



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

Cecilia Natalini

«BONUS IUDEX»

Saggi sulla tutela della giustizia
tra Medioevo e prima età moderna

2016



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

8

2016

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2016*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-544-6
ISSN 2421-7093

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli, con ISBN 978-88-6342-893-3.

Maggio 2016

Cecilia Natalini

«BONUS IUDEX»

Saggi sulla tutela della giustizia
tra Medioevo e prima età moderna

Università degli Studi di Trento 2016

*Alla Zia Nicla,
'karissimae amicae ac dominae'*

INDICE

	Pag.
Premessa	1
Capitolo Primo - Il giudice dei <i>pauperes</i> nei capitolari carolingi.....	11
Capitolo Secondo - «Bonus iudex, iustum iudicium». Esperienze giuridiche sulla corruzione del giudice nei secoli XII-XIII.....	25
Capitolo Terzo - «Periculis obviare et scandala remove». Note sul processo medioevale tra diritto e potere	75
Capitolo Quarto - L' <i>interpretatio</i> tardomedioevale tra centralizzazione e autonomia	107
Capitolo Quinto - La <i>voluntas</i> nel 'Dialogo della pratica della ragione' di Francesco Sansovino.....	125
Capitolo Sesto - 'La coscienza limita la coscienza'. Considerazioni su «ordo» e «processus» in alcune <i>practicae</i> del secolo XVI.....	143
Indice dei nomi	193

PREMESSA

La definizione classica e arcinota della giustizia data da Ulpiano, ripetuta in ogni tempo, talora persino abusata, così recita: «iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi» (*Dig.* 1.1.10; *Inst.* 1.1). Il peso della tradizione gravante su questa massima impedisce evidentemente di intrattenersi sugli infiniti significati e sui molti impieghi che, dal campo giuridico a quello filosofico e teologico, hanno animato la storia della giustizia proprio a partire dalla definizione ulpiana. Né d'altra parte è sulla storia della giustizia che intendo gettare una luce nell'apprestarmi a presentare, secondo il filo unitario a cui sono legate, alcune ricerche storico-processualistiche che mi hanno appassionato nel corso dei miei studi, talora stimolata da occasioni convengnistiche¹. Ciò che del problema della giustizia da sempre mi ha affa-

¹ Il saggio su *Il giudice dei pauperes nei capitolari carolingi* – che qui ripresento con parziali modifiche – è apparso in A. CERNIGLIARO (a cura di), *Il 'privilegio' dei 'proprietari di nulla'. Identificazione e risposte nella società medievale e moderna. Atti del Convegno di Studi (Napoli 22-23 ottobre 2009)*, Napoli, 2010 (Collana del Dipartimento di scienze giuridiche della Seconda Università degli studi di Napoli), pp. 59-71; il saggio su «*Bonus iudex, iustum iudicium*». *Esperienze giuridiche sulla corruzione del giudice nei secoli XII-XIII*, già destinato agli Studi in onore di Luigi Berlinguer, è apparso in *Studi senesi*, 119 (2007), pp. 61-118; il saggio su «*Periculis obviare et scandala remove*». *Note sul processo medioevale tra diritto e potere* fa parte degli atti del Congresso Internazionale tenutosi a Trento nel 2009, raccolti nel volume G. DILCHER, D. QUAGLIONI (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico, 3. Verso la costruzione del diritto pubblico tra medioevo e modernità (= Die Anfänge des öffentlichen Rechts zwischen Mittelalter und Moderne)*, Bologna, 2011 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi, 25 = Jahrbuch des italienisch-deutschen historischen Instituts in Trient. Beiträge, 25), pp. 245-273; il saggio su *L'interpretatio tardomedioevale tra centralizzazione e autonomia* è stato presentato al Convegno di Studi tenutosi a Trento nelle giornate del 29-30 aprile 2011 ed è apparso in L. CAMPOS BORALEVI (a cura di), *Challenging Centralism. Decentramento e autonomie nel pensiero politico europeo*, Firenze, 2011 (Biblioteca di Storia, 13), pp. 9-18. I saggi *La voluntas nel 'Dialogo della pratica della ragione' di Francesco Sansovino* e *'La coscienza limita la*

scinato, e per certi versi preoccupato, è la dipendenza del riconoscimento dei diritti di ciascuno, ossia dello *ius suum*, dalla volontà: cioè a dire da un soggetto che, in modo costante e perpetuo, voglia *reddere iura*. Si tratta di un problema destinato a non esaurirsi di fronte al sistema garantista degli Stati moderni, ed anzi ad irrigidirsi oltremodo nell'odierno 'Stato di diritto' dove «'Giustizia'... significa legalità... significa mantenimento di un ordinamento positivo tramite la sua cosciente applicazione»².

La mia preoccupazione rappresenta in realtà una vera e propria *quaestio* della storia del diritto, non ultimo del diritto medioevale. Basti un paio di esempi per tutti: la Magna Glossa accursiana denuncia a chiare lettere che la 'volontà costante e perpetua' della giustizia ulpiana appartiene solo a Dio e che, riferita alla fragile giustizia umana, significa 'conveniente disposizione dell'animo a giudicare rettamente le singole cause' (*animi congrua dispositio in singulis rebus recte diiudicans*)³. Di fronte ad una volontà umana mutevole proprio perché umana, la sola costanza e perpetuità attuabili si realizzano con il disporre l'*animus* opportunamente (*congrua dispositio*) e volta a volta (*in singulis rebus*) nell'atto del giudicare rettamente (*recte diiudicans*). È questo un concetto che segna il tratto di continuità tra l'idea romanistica dell'affidamento all'*animus* del giudice della valutazione degli elementi probatori del processo, e il pensiero sviluppato da san Tommaso laddove, nella *Summa Theologiae*, la nozione della giustizia viene presentata attraverso le categorie filosofiche della potenza e dell'atto, racchiuse nel lemma *habitus*: 'la giustizia è l'abito secondo il quale qualcuno at-

coscienza'. *Considerazioni su «ordo» e «processus» in alcune practicae del secolo XVI* vedono per la prima volta la stampa in questo volume.

² Così scriveva il Kelsen 'americano' che, pur con l'intendimento di sottrarre il concetto di giustizia «al regno insicuro dei giudizi soggettivi di valore per porlo sul terreno sicuro di un ordinamento sociale dato» (sul punto, con ulteriori considerazioni, cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, pp. 16-17), non può fare a meno di invocare la coscienza (cosciente applicazione), e dunque il momento soggettivo dell'amministrazione della giustizia, in vista del mantenimento del solo ordinamento kelsenianamente giusto, ovvero dell'ordinamento positivo.

³ Questa traduzione della gl. *Iustitia*, ad *Inst.* 1.1pr è di D. QUAGLIONI, *ibid.*, p. 39.

tribuisce a ciascuno il suo diritto con volontà costante e perpetua⁴. L'umana volontà costante e perpetua si estrinseca nell'atto fermamente, scientemente e volontariamente rivolto a *reddere iura*⁵, unitamente alla consapevolezza che la giustizia 'tende a ciò, che l'uomo ricompensi Dio per quanto gli è possibile (*quantum potest*), sottomettendo a lui tutta la sua anima'⁶.

L'elemento soggettivo, dunque, è effettivamente e criticamente al centro della giustizia. Fin dalle prime battute d'apertura del Digesto, è ancora Ulpiano a riflettere sul carattere derivato persino del *nomen* 'ius' da 'iustitia' (*Dig.* 1.1.1) – e ad esporne una rappresentazione attraverso il ricorso alla dimensione soggettiva dei giuristi: i giuristi sacerdoti, cioè coloro che onorano la giustizia, professano la conoscenza del buono e dell'equo, separando l'equo dall'iniquo, discernendo il lecito dall'illecito, desiderosi di plasmare uomini buoni non soltanto attraverso il timore delle pene ma anche con l'aspettativa di premi; sacerdoti perché cultori della filosofia vera e non simulata (*Dig.* 1.1.1.1: «...quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes»). Un coacervo di qualità soggettive che implicano sapienza, prudenza, coscienza è racchiuso in questa descrizione del giurista, il soggetto 'di buona volontà' dal quale in ultima analisi dipende l'effettiva attribuzione del diritto di ciascuno a ciascuno cui quel diritto spetta. Se tutto ciò presuppone l'esistenza della *iustitia* in senso oggettivo, il 'giusto naturale' precedente e svincolato da qualsiasi riconoscimento di mente umana, resta ferma però l'ulteriore essenza della giustizia declinata in senso soggettivo, legata cioè all'intervento di esperti – i sacerdoti del diritto appunto – che *colendo iustitiam* realizzano l'ordinamento civile giusto. Si potrebbe dire che la

⁴ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae} q. LVIII, a. 1. La traduzione italiana è ancora di D. QUAGLIONI, *ibid.*, p. 77.

⁵ *Ibid.*, pp. 76-77: «...perché un atto sia virtuoso si richiede in primo luogo che lo si compia scientemente, in secondo luogo poi che sia di proposito e per uno scopo debito, in terzo luogo infine che lo si compia con volontà immutabile».

⁶ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, II^a II^{ae} q. LVII, a. 1, *ibid.*, p. 61.

giustizia si presenti come la mela di Saffo, alta sul ramo e sempre in attesa di essere raggiunta dai coglitori: è qui l'eterno umanesimo che tiene viva la storia. Ebbero chiara contezza di ciò i giuristi medioevali, come si può ben osservare in quel passaggio della Magna Glossa in cui Accursio afferma che a ben poco gioverebbero le leggi se non ci fossero uomini, i magistrati, che possano render giustizia («...interest ut sint magistratus: parum enim prodesset iura esse in civitate nisi sint homines qui iura reddere possint...»)⁷. E ne ebbe massima contezza il diritto canonico laddove raffinò il dualismo, di tradizione romanistica, tra diritto naturale e diritto civile trasmutandolo nella dialettica tra l'*aequitas rudis* immutabile, e l'*aequitas constituta* mutevole, «facendo diventare l'*aequitas* qualcosa di più che un ideale di giustizia effettiva»⁸. Questo genere di *iustitia* è da sempre al centro del mio interesse, non come difesa dei diritti, ossia del complesso oggettivo degli *iura humanitatis*, ma invece come difesa di quell'elemento particolarissimo e delicatissimo che è appunto la volontà soggettiva di *reddere iura*; una volontà che facilmente può essere turbata e rivelarsi devastante per la giustizia, come ben insegna Dante nella *Monarchia*⁹:

Per quanto riguarda l'abito, la giustizia trova talvolta opposizione nel volere; dove infatti la volontà non è pura da ogni cupidigia, la giustizia, benché presente, non c'è però in tutto lo splendore della sua purezza; trova infatti a resisterle in qualche modo, sia pur di poco, il soggetto che deve attuarla; per questo a ragione sono respinti coloro che tentano di turbare l'animo del giudice. Per quanto invece riguarda l'operare, la giustizia trova opposizione nel potere; poiché essa infatti è una virtù che si esercita nei confronti degli altri, senza il potere di attribuire a ciascuno quel che è suo, come si potrà operare conformemente ad essa? Da ciò è evidente che quanto più il giusto sarà potente, tanto più la sua giustizia sarà ampia nel suo operato.

⁷ ACCURSIO, gl. *In sacris*, ad *Dig.* 1.1.1.2, ed. Augustae Taurinorum, 1576, coll. 12-13.

⁸ Cfr. D. QUAGLIONI, *op. cit.*, p. 51.

⁹ *Mn* I XI 6-7. La traduzione italiana è quella di Diego Quaglioni: *Monarchia* in DANTE ALIGHIERI, *Opere*. Edizione diretta da M. Santagata, II, *Convivio, Monarchia, Epistole, Egloge*, G. FIORAVANTI, C. GIUNTA, D. QUAGLIONI, C. VILLA, G. ALBANESE (a cura di), Milano, 2015 («I Meridiani»), pp. 984-989; ora in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*. Edizione commentata a cura di D. QUAGLIONI, Milano, 2015 («I Meridiani *paperback*»), pp. 86-91 al cui apparato critico rinvio per l'analisi del testo.

Attratta da questi moniti ho fatto riferimento alla tutela della giustizia nel sottotitolo scelto per questi scritti. Ad essa è preposto principalmente il *bonus iudex*: non soltanto il singolo giudice chiamato a dirimere la controversia per stabilire la *iustitia* del caso contingente, ma anche, più in generale, l'*ordo iuris* in cui sono depositati i criteri adatti per garantire l'uso 'giusto' della volontà di attribuire a ciascuno lo *ius suum*. L'ordinamento giuridico è per eccellenza il *bonus iudex* che, nell'espletamento della *voluntas ius suum cuique tribuendi*, manifesta se stesso e il potere. La questione della tutela della giustizia nella dimensione volontaristica soggettiva accompagna lo sviluppo della giurisdizione come potere, e dà la misura del *bonum* giuridico di ogni *civitas*.

Da qui è scaturita l'indagine condotta a più riprese e relativamente ad età storiche che vanno dal Tardoantico alla primissima modernità sul problema della volontà del giurista di rendere giustizia, ciò che impone obblighi e divieti, attraverso i quali l'*officium iudicis* è protetto da gravi precipizi, ovvero dal comportamento omissivo da un lato, e dall'arbitrarietà dall'altro. La *voluntas* ulpiana ha perciò molte sfaccettature, ciascuna foriera di questioni giuridiche differenti.

Come dimostro nel primo dei contributi che seguono, una espressione della *voluntas* ulpiana riguarda la volontà del *princeps iudex* di predisporre strumenti processuali *ad hoc*, e dunque privilegiati, laddove questi si rendano necessari per garantire la tutela dei diritti delle persone in difficoltà ad ottenere giustizia. In questo caso è l'intero sistema giurisdizionale ad essere coinvolto, fin dal Tardoantico e non meno intensamente al tempo dei capitolari carolingi, nella realizzazione di una volontà *sub specie iuris*, che finisce per identificarsi con la *potestas* imperiale: il *princeps* tanto più è potente quanto maggiore è il grado di giustizia che intende assicurare, tanto maggiore cioè è l'eguaglianza giuridica perseguita a vantaggio dei soggetti deboli (*qui sunt fortunae iniuria miserabiles*), la cui debolezza è al tempo stesso causa e conseguenza di una differenza giuridica sostanziale (*minus potentes*).

Parimenti coinvolto dall'elemento soggettivo e volontaristico della giustizia è il problema della corruzione del giudice. In questo caso, al centro dell'indagine è il problema dei divieti entro i quali contenere l'*officium iudicis*. In particolare, all'interno dell'articolato sistema preventivo e repressivo messo a punto dai giuristi medioevali, di cui si dà

un saggio nel secondo contributo, spicca l'attenzione per il momento della formazione del giudizio. Non risulta esclusivamente determinante, ai fini della responsabilità per corruzione, la giustezza della sentenza conclusiva della lite. Il giurista medioevale scava più a fondo, fino a porre in primo piano ciò che nel diritto giustiniano è abbozzato, ovvero la responsabilità del giudice che sia addivenuto alla sentenza giusta dietro corresponsione di denaro o sotto la promessa di qualche elargizione. L'attenzione per la limpidezza e linearità con cui l'organo giudicante deve addivenire alla formazione del giudizio è al centro della riflessione giuridica d'età intermedia, sempre sorretta da quel *colere iustitiam* (Dig. 1.1.1) che esclude categoricamente qualsiasi condizionamento dell'attività del giurista e massimamente del giudice. La compravendita della sentenza implica una grave violazione dell'*officium iudicis*, violazione che è discussa dai giuristi senza distinguere tra il profilo giuridico e il profilo morale, per via della concezione medioevale del diritto, esso stesso *religio*. A causa della corruzione, la formazione del convincimento del giudice in vista del giudizio finale risulta non libero, esprime una *voluntas* fuorviata e conduce ad un *iudicium* altrettanto inquinato, secondo il principio entrato a far parte della cultura giuridica dell'Europa medioevale, così ben sintetizzato nelle *Satirae* di Orazio (II, 2.8): «male uerum examinat omnis corruptus iudex».

Se poi a risultare condizionato è l'intero *ordo iudiciarius*, la questione si fa ancora più cruciale. In questo caso la *voluntas*, e specificamente la volontà del *princeps iudex*, è in lotta con il potere e per il potere: è un conflitto che si colloca sul fondo della dottrina medioevale degli elementi indisponibili del processo, cui dedico attenzione nel terzo saggio presentato in questo volume. La tensione tra lo *ius naturale*, in cui è radicata la *veritas*, e la *potestas* imperiale e pontificia che della *veritas* è interprete, segna certamente una delle pagine più sofferte della storia tra temporale e spirituale, ma ha il pregio storico di conquistare la fissazione di un principio basilare dell'*ordo iudiciorum*: l'obbligatorietà della citazione, intorno a cui comincia a declinarsi il processo moderno. L'atto che dà avvio al processo è elemento indisponibile non soltanto perché garantisce il diritto al processo, ma anche perché garantisce i diritti nel processo: ovvero, nel caso specifico, la corretta costituzione del negozio processuale che vede dialetticamente contrapposti l'attore e

il convenuto. Perciò la *vis* interpretativa sostenuta da *auctoritates* normative e dottrina, alle soglie del secolo XVI apre la via al modo moderno di discutere sui limiti da imporre alla *voluntas* del *princeps* in vista del buon esercizio del potere.

Ed è così perché il senso del diritto e del processo medioevale è tutto fondato sull'*interpretatio*. Il saggio dedicato a questo tema – a partire da una fonte, lo *Speculum* di Roberto Maranta, in cui la dottrina medioevale è ormai avviata ad essere selezionata solo apparentemente in maniera ripetitiva, ed imprime altresì il carattere alla prima modernità giuridica – studia l'interpretazione come elemento creativo della prima idea di Stato nazionale, tracciata nell'alveo dell'*auctoritas* imperiale. 'L'interpretazione interpreta l'interpretazione': cioè a dire lo Stato nazionale si va plasmando come forma di interpretazione del plurisecolare ordinamento imperiale, alla cui costruzione *de iure* aveva contribuito l'*interpretatio* medioevale. In questo caso la *voluntas* di cui si va discorrendo è quella dispiegata dalla attività creativa della scienza giuridica. Ciò basta per osservare come non sempre a ragione la letteratura contemporanea, ipersensibile all'aporia tra la dottrina giuridica e la realtà della giustizia medioevale, ha giudicato negativamente gli studi nei quali sia indagata la *scientia iuris* di *ius commune*, senza attenzione per gli aspetti fattuali. Le motivazioni di questa critica muovono dall'osservazione dell'anacronistico savignismo che avrebbe orientato e 'invecchiato' il genere di studi appena citati, ossia di quello *Juristenrecht* (diritto dei giuristi), declinato in Francia come *droit savant* (diritto scientifico), che ha ingenerato la contrapposizione tra il diritto vivo nella coscienza popolare e il diritto elaborato dai dottori. In realtà, se savignismo c'è esso si riconosce nella lettura delle dottrine medioevali attraverso la lente dello *Juristenrecht*: questa sì anacronistica perché ripiega all'indietro la sensibilità per gli aspetti teorici e pratici degli istituti, appartenente alla cultura giuridica moderna, soprattutto in materia di processo, e perché, così facendo, mostra di trascurare la prospettiva complessa con cui il 'diritto dotto' si manifesta nell'età intermedia. Scriveva in proposito Francesco Calasso¹⁰:

¹⁰ F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, 1965², p. 213.

...Noi ci troviamo anche qui di fronte a un processo circolare, che non può e non deve essere infranto: a un perpetuo ricambio fra le istituzioni e le idee, che può dare, esso solo, il senso della storicità del diritto. Ebbene, se c'è un'epoca storica in cui tale ricambio è stato particolarmente intenso, e il ciclo vitale del diritto ha ricevuto dall'attività della scienza un apporto che superava di gran lunga il ristretto ambito dell'interpretazione ed era veramente «produzione giuridica», questa è appunto l'epoca che abbiamo in istudio.

Non va dimenticato che nel Medioevo la pratica tende costantemente ad essere studiata 'a tavolino', come è ben testimoniato dal genere letterario del *consilium sapientis*. Se così non fosse non si potrebbe comprendere il significato assai più teorico che pratico delle *practicae* protoumanistiche. Il tema della *voluntas*, quale risulta trattato in questo nuovo genere letterario dei primi del secolo XVI, ne offre un esempio eloquente, come si può osservare a proposito della *voluntas* nel *Dialogo della pratica della ragione* di Francesco Sansovino, cui è dedicato il penultimo studio. Il giurista umanista si definisce *practicus* perché intende rivendicare il ruolo di guida e di governo della *civitas*. La dimensione speculativa astratta è elemento irrinunciabile per la pratica presentata nel *Dialogo*, giacché la conoscenza degli universali ha il ruolo specifico di orientare l'interpretazione della realtà contingente. Da questa solidissima piattaforma teorica scaturisce il profilo del *prudens activus*, ovvero del giurista che instilla nella realtà concreta i principi del diritto, e così facendo ancora una volta declina la *voluntas ius suum cuique tribuendi*, fino al punto di tratteggiare non soltanto il profilo del 'buon reggitore', ma anche del 'buon popolo', avente carattere politico e giuridico insieme. I *boni homines* plasmati dal giurista sacerdote – secondo le parole di Ulpiano – prendono così la forma del popolo avviato ad essere interpretato quale elemento costitutivo dello Stato in senso moderno: non più una sola *voluntas*, quella del reggitore, ma due *voluntates*, dei governanti e dei governati, cooperano per uno scopo comune, ovvero *reddere iura* alla *civitas*.

Dove, infine, si fa più evidente il problema difficile dell'equilibrio tra obblighi e divieti imposti al giurista è nell'ultimo di questi scritti, dedicato alla diligenza con cui il giudice deve disporre della propria volontà, del proprio *animus*, per la valutazione giuridica degli strumenti

processuali attraverso i quali si intesse la verità nel giudizio. In questo caso, la preoccupazione della scienza giuridica, nel passaggio tra Medioevo ed età moderna, non è soltanto quello di fissare i limiti per arginare il giudizio arbitrario, ed evitare che l'intervento equitativo del giudice possa far breccia nell'applicazione della legge; ma è anche quello di adoperarsi perché, dietro lo scudo del principio che vincola il giudice a giudicare *secundum allegata et probata*, non si nasconda in realtà un *officium iudicis* adempiuto con superficialità e negligenza. In sostanza, si vede come attraverso la messa a punto degli obblighi di *facere* e di *non facere* la scienza giuridica intermedia arrivi ad oggettivare ciò che è soggettivo. La *voluntas* soggettiva del giudice, impegnata nello *iudicium* specifico *ius suum cuique tribuendi*, ritorna all'*aequitas rudis*: giustizia in senso oggettivo, non più astratta però, viva altresì nella circostanza attuale.

Credo dunque che gli scritti che seguono possano essere letti alla luce del monito calassiano, straordinariamente tuttora efficace e meritevole e di essere meditato¹¹:

...Il problema del diritto comune, quando riuscirà a mostrarsi in tutta la sua suggestiva grandezza, potrà, se non andiamo errati, ricomporre la solidarietà scientifica che si è rotta. Esso, che diede già la sola e reale ossatura a una unità politica che fu per secoli nel mondo delle illusioni e delle speranze, può ancora porsi alla coscienza europea come problema vivo, con una forza pedagogica che questo continente antico, barcollante tra le spire di una crisi paurosa, non può respingere.

¹¹ F. CALASSO, *Premessa a Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970, p. XIII.

Capitolo Primo

IL GIUDICE DEI *PAUPERES* NEI CAPITOLARI CAROLINGI

SOMMARIO: 1. *Cenni al problema della relazione tra diritto e persone nell'interpretazione storiografica ottocentesca.* - 2. *I pauperes in età carolingia.* - 3. *La capacità giuridica dei pauperes.* - 4. *Le misure privilegiate della tutela processuale imperiale nei confronti dei pauperes.* - 5. *Il significato medioevale del 'diritto disuguale' dei pauperes.*

1. Cenni al problema della relazione tra diritto e persone nell'interpretazione storiografica ottocentesca

‘Il privilegio dei proprietari di nulla’ è il titolo scelto per l’incontro di studi tenutosi in tempi recenti a Napoli, sul problema dell’identificazione dei soggetti deboli e delle risposte con cui il mondo medioevale e il mondo moderno hanno cercato di considerarne il ruolo all’interno della comunità. La formulazione proposta in quella occasione – ‘il privilegio dei proprietari di nulla’ – sembra riproporre criticamente i motivi di fondo di una storiografia tendente ad intensificare la contrapposizione tra il Medioevo ed l’età contemporanea, sulla base del confronto messo a punto alla fine del sec. XIX dal sociologo tedesco Friedrich Tönnies – come ben ricorda Jean-Pierre Devroey¹ – tra i concetti di *Gemeinschaft* (comunità) e *Gesellschaft* (società) a segnare il confine tra l’età premoderna e l’età moderna. Rammenta Devroey che la tesi di Tönnies, ispirata da motivi tipicamente romantici e destinata ad influenzare il pensiero marxista, tendeva ad interpretare il gruppo, i grup-

¹ J.P. DEVROEY, *Puissant et misérables. Système social et monde paysan dans l'Europe des Francs (VI^e IX^e siècles)*, Bruxelles, 2006, pp. 586-587. Nello stesso senso già D. QUAGLIONI, rec. di K. BOSL, *Europa im Aufbruch. Herrschaft, Gesellschaft, Kultur vom 10. bis zum 14. Jahrhundert*, München, 1980, in *Il Pensiero Politico*, 15 (1982), pp. 442-443.

pi premoderni come ‘tipi’ o ‘condotte’ umane piuttosto che come persone². Di segno opposto, ancorché frutto del medesimo seno romantico, fu la corrente del personalismo³, caratterizzata come pensiero filosofico puro nei primi del XX secolo, secondo la quale lo studio della comunità prende avvio dalla persona, definita da Emmanuel Mounier, uno dei padri del personalismo francese, come «un centro di orientamento dell’universo oggettivo»⁴. L’*impasse* storico-interpretativa derivante dai diversi atteggiamenti filosofici sviluppatasi tra Otto e Novecento ha iniziato a vedere qualche schiarimento equilibrato negli anni Novanta del secolo scorso grazie alle intuizioni di Hans-Werner Goetz che, con riferimento specifico all’età altomedioevale, sottolineava l’assoluta inadeguatezza di certa terminologia che interpretava la società premoderna utilizzando i termini moderni di ‘ceto’ o di ‘classe’⁵. L’accorta e recente storiografia medioevale di Jean-Pierre Devroey, citato all’inizio, ha irrobustito e documentato ulteriormente la necessità di rinunciare allo strumentario concettuale del mondo moderno per comprendere la società medioevale. Egli è deciso – e condivisibile – nel sostenere che «la société médiévale constituait un ‘tout’ ... dont les différents éléments étaient suffisamment liés et interdépendants pour lui assurer une certaine dynamique et une cohérence d’ensemble»⁶. Parallelamente, lo strumentario gnoseologico moderno è stato talora respinto da certa storiografia contemporanea – ancorché non unanimemente, come avverte Sergio Cotta – con riguardo al concetto di persona: «in ricostruzioni storiche che si sono imposte, si suole sottolineare che ... tale nozione

² J.P. DEVROEY, *op. cit.*, p. 586.

³ Per una trattazione generale e per indicazioni bibliografiche sulla corrente del personalismo – alla quale, com’è noto, aderì in Italia Antonio Rosmini – si rinvia a F. MIANO, s.v. *Personalismo*, in *Enciclopedia filosofica*, IX, Milano, 2006, pp. 8535a-8547b.

⁴ E. MOUNIER, *Il personalismo*, trad. it. di A. CARDIN, Roma, 1982⁷, p. 25.

⁵ Maggiori ragguagli sulla tesi del Goetz in J.P. DEVROEY, *op. cit.*, pp. 27-28. Per una ricostruzione dei temi storiografici sull’idea di gruppo e di persona tra Otto e Novecento cfr. anche il recente studio di O.G. OEXLE, *I gruppi sociali del medioevo e le origini della sociologia contemporanea*, in M. GAZZINI (a cura di), *Studi confraternali: orientamenti, problemi, testimonianze*, Firenze, 2009, pp. 3-17.

⁶ J.P. DEVROEY, *op. cit.*, p. 9.

fosse ignota (a parte le culture orientali) alle culture occidentali antiche, come quella greca e romana classiche»⁷.

Dunque, alla luce di questa *querelle* interpretativa, la citazione del privilegio dei ‘proprietari di nulla’, quantomeno per l’epoca carolingia, una fase centrale per lo sviluppo del pensiero medioevale, ha il pregio di consentire e indirizzare la riflessione verso un apprezzamento giuridico. In altre parole, sembrano porsi queste domande: quale fu, allora, la natura del diritto privilegiato dei proprietari di nulla? Chi erano, per il diritto, i proprietari di nulla?

2. *I pauperes in età carolingia*

Il mondo carolingio rispondeva a questi interrogativi attingendo ad una tradizione il cui solco era stato tracciato fin dal diritto tardoantico, rispondeva cioè non tanto o non soltanto apprestando misure assistenziali ma soprattutto mediante peculiari misure processuali.

In quest’ambito, quello cioè della tutela dei diritti, i capitolari carolingi mettono a punto un linguaggio tecnico ed una disciplina che tengono conto di quelle situazioni e condizioni specifiche dei singoli, tali da indurre a predisporre forme altrettanto specifiche di garanzia della giustizia effettiva.

In questa direzione il grosso delle forze è speso da Carlo Magno ancor prima della sua incoronazione imperiale. Già nell’*Admonitio generalis* dell’a. 789 Carlo si presenta «*devotus sanctae aecclisiae defensor humilisque adiutor*»⁸, espressioni che consentono di scorgere l’avvio di un sistema della giustizia consono al nuovo ed imminente impero sacro e romano. Chi siano gli *humiles* di cui Carlo si considera difensore ed aiutante si percepisce in numerose disposizioni in cui si citano sempre singolarmente *viduae, orphani, pauperes, peregrini, pupilli, minus potentes*. Come si noterà, si tratta di individui che per ragioni

⁷ S. COTTA, s.v. *Persona (filosofia)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, Milano, 1983, p. 160a.

⁸ Per il testo in esteso cfr. il mio *Per la storia del foro privilegiato dei deboli nell’esperienza giuridica altomedioevale. Dal Tardoantico a Carlo Magno*, Bologna, 2008 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 14), p. 132.

diverse si trovano in una condizione di difficoltà e di debolezza, quasi a declinare puntualmente i soggetti che un'antica costituzione dell'imperatore Costantino aveva definito *qui sunt fortunae iniuria miserabiles* (Cod. 3.14un.). Al contempo una solida tradizione di impronta agostiniana aveva chiarito il significato largo del lemma *pauper*: era povero non solo colui che era economicamente bisognoso, ma in generale il debole e l'oppresso⁹. Proprio di questa tradizione semantica mostra di far memoria il lessico carolingio laddove aggiunge alla consueta trilogia dei *miserabiles* – poveri, vedove, orfani – i *minus potentes*. Si tratta cioè di 'proprietari di nulla' non solo in senso patrimoniale, ma nel senso largo di soggetti che non hanno capacità e condizioni personali sufficienti: non hanno nulla, appunto. In particolare la locuzione *minus potentes*, tipica dei capitolari carolingi, esprimeva con acribia il significato profondo e mobile del genere dei *miserabiles*, secondo l'orientamento che proveniva dagli ambienti ecclesiastici, particolarmente attenti ai soprusi dei potenti, promotori di oppressione, prevaricatori e dunque causa della debolezza altrui. E tanto più il *minus potens* acquistava rilievo al tempo di Carlo: un tempo in cui la difesa dei diritti si esprimeva attraverso il sistema privato delle faide e delle ordalie, divenute consuetudine radicata difficile da estirpare. In un Medioevo in cui il *princeps* si presenta come «il gran giustiziere del suo popolo», secondo l'efficace definizione di Paolo Grossi¹⁰, l'Imperatore non senza rischi per la sua immagine e per la conservazione stessa del potere sarebbe potuto andare contro la consuetudine¹¹. Proprio in questo contesto la

⁹ Maggiori ragguagli sul punto *ibid.*, pp. 44-45.

¹⁰ P. GROSSI, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 28.

¹¹ In questo senso P. GROSSI, *ibid.* La necessità da un lato di conservare la consuetudine, dunque il sistema ordalico, e dall'altro di introdurre forme di giustizia 'razionale' ossia guidate dalla *ratio aequitatis*, sembra essere al fondo del diverso e contrastante atteggiamento della storiografia del dopoguerra rispetto a quella più recente nel valutare il sistema di amministrazione della giustizia carolingia (sul punto cfr. P. GEARY, *Judicial Violence and Torture in the Carolingian Empire*, in R.M. KARRAS, J. KAYE, E.A. MATTER (edd.), *Law and the Illicit in Medieval Europe*, Philadelphia, 2008, p. 79). Il contrasto storiografico scaturente dall'enfatizzazione da un lato della giustizia razionale e dall'altro della irrazionalità e arbitrarietà sembra in realtà da interpretare come la doppia faccia d'una stessa medaglia. A ciò si aggiungano le considerazioni di P. GEARY, *op. cit.*, p. 82.

causa dei deboli, tanto più facilmente esposti a soccombere alla faida e all'ordalia, divenne il punto di forza per iniziare una riforma della giustizia imperiale nel senso cristiano che avrebbe improntato di sé tutta l'età medioevale. La nuova *qualitas* di *minus potens*, citata nei capitolari carolingi, era forgiata dalla relazione-contrapposizione con i potenti. La definizione classica di *potens*, tratteggiata dall'*apud omnes valere* tanto nella buona quanto nella cattiva sorte, secondo la matrice isidoriana diffusa nel Medioevo¹², risulta al fondo dell'ideologia carolingia. Il significato di *potens* sembra opporsi specularmente a quello di *pauper*, che nella accezione teorica è lo stesso *pauper* del Tardoantico di cui si è detto più sopra. La contrapposizione cioè non avveniva in astratto tra ricchi e poveri secondo un criterio economico. Ed anche il peso politico dei singoli non pareva rilevare sul piano dei privilegi processuali: lo stato di *minus potens* veniva valutato nella concretezza fino al punto che persino gli ecclesiastici facenti parte dei 'grandi' dell'impero carolingio e dunque dei *potentes*¹³ si aggiungevano alla lista dei *pauperes* bisognosi di protezione – come mostrano numerosi capitolari – allorché vi fosse una situazione di sofferenza e di indebolimento¹⁴. Situazione questa che si era verificata non tanto in relazione alla *potestas* ecclesiastica, espressione ancora *in fieri* nelle fonti, quanto in relazione all'*auctoritas* cioè in relazione al riconoscimento, da parte

¹² «Generatim et saepissime potens dicitur qui multum potest, qui gratia, opibus, divitiis apud omnes valet, tum in bonam, tum in malam partem», AE. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. *Potens*. Nelle Etimologie, Isidoro così scioglieva il lemma *potens*: (X, 208) «Potens, rebus late patens: unde et potestas, quod pateat illi quaquavelit, et nemo intercludat, nullus obsistere valeat»: A. VALASTRO CANALE (a cura di), *Etimologie o Origini di Isidoro di Siviglia*, I, Torino, 2004, p. 852. Si osservi che le *res* a cui Isidoro lega il significato della potenza dei singoli non sembra riferirsi soltanto alle ricchezze in senso economico, come lascerebbe intendere la traduzione italiana del curatore dell'edizione sopra citata (cfr. p. 853: «Potente, rebus late patens, il che significa che con le proprie ricchezze apre ogni porta»). Il termine *res* sembra da intendere nell'accezione più ampia possibile – consistenza patrimoniale sì, ma anche condizioni di fatto che comprendono una *potestas* alla quale nessuno può resistere – nel senso cioè della *qualitas* generale delle persone.

¹³ Sul punto cfr. J.P. DEVROEY, *op. cit.*, pp. 205-207.

¹⁴ Per i capitolari richiamati nel testo cfr. il mio *Per la storia*, cit., pp. 152, 153, 156, 159, 161, 164, 165, 166; e per le situazioni di diminuita autorevolezza ecclesiastica le pp. 170-171.

della collettività, del potere – soprattutto quello episcopale – di ordinare al bene: una *auctoritas*, dunque, che doveva essere sentita come tale *apud omnes*, e che fungeva da presupposto per l'azione della Chiesa nell'ambito delle comunità ad essa sottoposte. A delineare le differenze tra i singoli valeva dunque il criterio delle capacità e qualità personali complessive che mettevano la persona in condizione di operare e difendersi. Non è un caso perciò che al termine *pauper* si sia andato sostituendo in età carolingia quello di *minus potens*. Se *potens* era colui cui «nullus obsistere valeat», al contrario *minus potens* era chi non poteva sopperire e superare la limitatezza della sua qualità e condizione personale. In sostanza il *minus potens* era la persona *fortunaie iniuria miserabilis* costantiniana che l'età carolingia per così dire contestualizzava all'interno di un sistema di tutela della giustizia che si reggeva principalmente su rapporti di forza¹⁵.

3. La capacità giuridica dei pauperes

Nello specifico, il sigillo imposto dalla tradizione costantiniana si coglieva ancora nel mondo carolingio in relazione al problema della capacità giuridica dei *pauperes*. Il lemma *miserabiles* della costituzione di Costantino, sotto la spinta della cultura religiosa del tempo, aveva ricevuto in quella costituzione un preciso significato sul piano del diritto. Per quanto il termine *persona* non sia espresso, esso risulta essere il *nomen* sotteso al pronome *alii* che si accompagna ai *miserabiles* (*Cod.* 3.14un.): *Quod si pupilli vel viduae aliique fortunaie iniuria miserabiles* etc. Si tratta dunque di *personae miserabiles*, e qui *persona* indica il soggetto 'gaiano' libero, *sui iuris* e *alieni iuris*, cioè avente capacità giuridica per quanto in forme di esercizio diverse¹⁶. Ma l'aggettivo

¹⁵ Nello stesso senso cfr. T. DUVE, *Sonderrecht in der Frühen Neuzeit. Studien zum ius singulare und dem privilegia miserabilium personarum, senum und indorum*, in *Alter und Neuer Welt*, Frankfurt am Main, 2008 (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte, 231), pp. 96-97, 137-138.

¹⁶ Sul punto cfr. B. ALBANESE, s.v. *Persona (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXIII, cit., pp. 176b-179a. Ulteriori considerazioni sul concetto di persona nel diritto

miserabilis ne correggeva la portata, giacché specificava un genere di persona libera che tuttavia, senza propria colpa e temporaneamente (*fortunae iniuria*), disponeva di una capacità d'agire affievolita: la vedova e l'orfano perché, in assenza del 'naturale' tutore (il marito, il padre), erano incapaci di comparire in tribunale da se stessi; e d'altra parte i malati e gli indigenti perché nella reale difficoltà di provvedere a sé nei processi: i primi per la mancanza di mezzi economici, i secondi per la condizione di salute. Da qui del resto sarebbe scaturita la prassi del *patrocinium*¹⁷. Erano dunque, tutte queste, persone in difficoltà nel tutelare in giudizio i propri interessi, senza che rilevasse la considerazione che essi ricevevano nell'ambito della comunità, questione che si presentava semmai come riflesso della loro indebolita capacità d'agire, cioè appunto come conseguenza della scarsa capacità di difendere sé e i propri diritti di fronte alla comunità¹⁸. Similmente i *miseri homines* di quell'altra costituzione che l'imperatore Costantino promulga nell'a. 333 (*Const. Sirm.* 1), risultavano essere i soggetti limitati, all'atto pratico, nell'esercizio della propria capacità d'agire in giudizio a causa dell'oppressione esercitata dai potenti¹⁹. Perciò la condizione di *persona*

romano in E. STOLFI, *La nozione di «persona» nell'esperienza giuridica romana*, in *Filosofia politica*, 21 (2007), pp. 379-391.

¹⁷ Maggiori ragguagli nel mio *Per la storia*, cit., p. 16.

¹⁸ Significativa, al riguardo, la vecchia impostazione di E. BESTA, *Le persone nella storia del diritto italiano*, Padova, 1931, p. 15: a partire dal III secolo dell'Impero, l'A. distingue tra i concetti giuridici di *status* e di *condicio* da quello non giuridico della *qualitas* delle persone. Quest'ultima avrebbe avuto come criteri di riferimento la ricchezza, la professione, la appartenenza a qualche *ordo*, e avrebbe contribuito a creare le note personali dei soggetti, dalle quali peraltro – sempre secondo il Besta – «non dipendeva la capacità giuridica, ma un privilegio». Si deve osservare che proprio il 'privilegio' scaturente dalla *qualitas* della persona impone di riconsiderare la distinzione del Besta. Laddove il privilegio fu di carattere processuale, come nel caso dei *miserabiles*, si deve ammettere la rilevanza giuridica della *qualitas personarum*: il diritto tardoimperiale teneva conto delle situazioni di fatto, le *qualitates* appunto, che esponevano i singoli fino a modificare in tutto o in parte la propria capacità giuridica, come avveniva nel caso di quei *minores* che rischiavano persino la libertà (cfr. *ibidem*, p. 16). Per quanto dunque la capacità giuridica non fosse in stretta relazione con la *qualitas personarum*, tuttavia da quest'ultima poteva dipendere in concreto una modificazione della capacità d'agire, secondo quanto sostenuto sopra nel testo.

¹⁹ Cfr. *ibid.*, pp. 27-34.

miserabilis procurata da una situazione naturale o accidentale fonte di indebolimento, oltre alla considerazione sociale e religiosa aveva ricevuto, fin dal Tardoantico, una valutazione di natura più precisamente giuridico-processuale. Le *miserabiles personae* erano persone la cui capacità d'agire risultava in pericolo. Analogamente, i *minus potentes* dell'età carolingia erano coloro che rischiavano addirittura di perdere il proprio *status* di liberi²⁰: ecco perché essi erano indicati non pacificamente e genericamente come *impotentes* ma piuttosto come *minus potentes*: 'potenti' perché 'liberi', ma potenti in forma minore in ragione della difficoltà sul piano concreto di esercitare appieno la *potestas* connessa alla propria capacità d'agire. E così nei capitolari carolingi si continuano ad annoverare tra i *minus potentes* le vedove e gli orfani costretti a rivolgersi, per agire in giudizio, ad un *advocatus* o ad un *tutor*²¹, gli indigenti, gli stranieri privi, questi ultimi, nel diritto germanico, della possibilità di usare la propria legge personale, di disporre delle proprie sostanze. E certamente dovevano annoverarsi tra i *minus potentes* i malati perché impossibilitati a portare le armi e dunque privi in linea generale di capacità giuridica²². Si aggiungano, infine, tutte quelle persone umili che vivevano in una società feudale dove la condi-

²⁰ J.P. DEVROEY, *op. cit.*, p. 317 (ivi bibl.).

²¹ Per indicazione di fonti al riguardo cfr. P.S. LEICHT, *Il diritto privato preirneriano*, Bologna, 1933¹¹, pp. 45-53. In particolare sembra significativa l'osservazione dell'A. a p. 52: «Il nome stesso che esclude un interesse proprio da difendere, distingue nettamente questo *advocatus* dal mundualdo... Mi par verosimile che questo *advocatus* derivi dal *tutor* che la l. 5 del *Liber Papiensis* di Pipino prescrive per la vedova e per il pupillo *iuxta illorum leges*. Nelle altre provincie longobarde questo *tutor* è assegnato alla vedova soltanto quando debba difendere delle ragioni in giudizio: qui invece si è trasformato in un curatore stabile. Si porta così alle ultime conseguenze la equiparazione della vedova al pupillo già disegnata nelle leggi longobarde e franche. Se ci sono figli, la vedova, rimanendo nella comunione familiare, non ha bisogno dell'*advocatus*: in mancanza di essi, questi vien scelto dalla pubblica autorità, possibilmente fra i *propinqui*. Questo ci spiega come mai nell'istessa regione e nella stessa epoca troviamo nei medesimi paesi accanto a donne romane assistite dall'*advocatus*, molte altre che agiscono senza l'intervento di questi».

²² Per ulteriori e più dettagliate considerazioni sugli stranieri e sui malati nel mondo germanico ancora utili le considerazioni di C. NANI, *Storia del diritto privato italiano pubblicata per cura del Prof. Francesco Ruffini*, Torino, 1902 (rist. anast. Milano, 1972), pp. 58-60, 77-78.

zione dei liberi facilmente poteva confondersi con quella degli aldi e dei servi. Lo rilevava già il Leicht: «il libero che risiede su terra altrui, se anche è salvaguardato dal cadere nella condizione coloniarica per virtù della carta di livello o parzionaria, è però sottoposto a vere restrizioni nella sua capacità; così è costretto, ad esempio, a servirsi del padrone come intermediario per ogni controversia giudiziale»²³.

4. Le misure privilegiate della tutela processuale imperiale nei confronti dei *pauperes*

Dunque, la particolare condizione di debolezza della persona – qualunque ne fosse la causa: malattia, indigenza, stato vedovile, oppressione, incapacità di provvedere adeguatamente a se stessa – fonte di debolezza giuridica spingeva l'Imperatore a predisporre particolari misure di tutela processuale in linea con l'antico atteggiamento di favore imperiale per le cause dei deboli, divenuto anch'esso, a guardar bene, consuetudine ai tempi di Carlo. Il *favor* imperiale di natura processuale risalente alla disciplina costantiniana dettata per *qui sunt fortunae iniuria miserabiles*, era entrato nella cultura del potere pubblico sotto la spinta di principi teologici tenuti saldi negli ambienti della Chiesa e divenuti moniti imprescindibili per ogni *rex* del mondo. Così, da un lato, i capitolari carolingi si adeguavano agli indirizzi conciliari del tempo e disponevano che la giustizia verso i deboli fosse amministrata *secundum legem*; come se implicitamente ma decisamente – i capitolari dicono «*volumus atque omnimodis precipimus*» – si intendessero scongiurare i meccanismi ordalici, ma anche le forme di giustizia derivanti dall'arbitrio personale o da pratiche consuetudinarie come il *patrocinium*, foriere di iniquità²⁴. D'altro lato, l'Imperatore assicurava a queste persone il proprio diretto intervento²⁵ per ripristinare pace e difesa, un intervento

²³ P.S. LEICHT, *op. cit.*, p. 37. Più ampie argomentazioni e indicazioni di fonti in E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, I: *L'Alto medioevo*, Roma, 1995, pp. 336-341.

²⁴ Cfr. il mio *Per la storia*, cit., pp. 135, 136, 137, 143, 146.

²⁵ Si tratta di un intervento imperiale diretto, per l'ottenimento del quale non erano necessari gli intermediari richiesti generalmente per essere introdotti a corte. Su que-

che poteva spingersi fino alla concessione della grazia²⁶. Né è trascurabile che le disposizioni imperiali in materia di amministrazione della giustizia sui deboli fossero vincolanti e vincolate mediante la previsione, in caso di inosservanza da parte dei giudici, inizialmente del *bannum dominicum*²⁷, e successivamente, verso la fine del regno di Carlo, mediante la privazione della libertà personale o dell'esilio²⁸. Il corretto esercizio della amministrazione della giustizia dei molteplici giudici dell'età carolingia è dunque tra gli obiettivi primari dei capitolari imperiali al fine di evitare che i *minus potentes* possano soccombere di fronte a corruzione e oppressione. Nell'ambito di queste linee di fondo ricade anche l'attività giurisdizionale dei vescovi che da sempre, in realtà, avevano ricoperto un ruolo di primo piano nell'indirizzare i modi e le forme della giustizia verso i deboli. La giustizia episcopale era favorita e sostenuta dalla legislazione dei capitolari, tuttavia tendeva a dare nuovo impulso, tra gli indirizzi del passato, a quello che privilegiava l'attività di mediazione episcopale tra i *pauperes* e l'Imperatore. Sulla giustizia del vescovo i capitolari facevano buon conto, tuttavia essa si reggeva sulla carica di *missus*, funzionario dell'Imperatore, e tendeva così ad essere assorbita nell'ambito di un genere di giustizia certamente ossequiosa nei confronti della Chiesa ma avente pur sempre legittimazione imperiale. L'amministrazione episcopale della giustizia discendeva primariamente dall'istituzione imperiale e solo secondariamente dallo *status* di vescovo-giudice²⁹.

st'ultimo punto cfr. P. DEPREUX, *Hiérarchie et ordre au sein du palais: l'accès au prince*, in F. BOUGARD, D. IOGNA-PRAT, R. LE JAN (a cura di), *Hiérarchie et stratification sociale dans l'Occident médiéval (400-1100)*, Turnhout, 2008, pp. 305-323.

²⁶ Cfr. il mio *Per la storia*, cit., pp. 149, 149, 152, 156, 163.

²⁷ *Ibid.* pp. 150, 153.

²⁸ *Ibid.* pp. 163.

²⁹ Sotto altro aspetto, a rafforzare quanto sostenuto nel testo, cfr. T. LIENHARD, *La royauté et les élites urbaines: Charlemagne face aux villes de Bavière et à Rome*, in F. BOUGARD, D. IOGNA-PRAT, R. LE JAN (a cura di), *op. cit.*, p. 292. Sempre con riguardo all'età carolingia, l'A. dimostra che «c'est certes l'évêque, l'archevêque ou le pape qui constitue le partenaire privilégié des carolingiens pour renforcer une hiérarchie au service du pouvoir royal. Mais il ne l'est pas par défaut, parce qu'aucun autre groupe dominant n'a subsisté en ville».

Se poi si osservano le disposizioni impartite ai conti in vista della giustizia da rendere ai *pauperes*, se ne ricava un quadro così dettagliato da far pensare al primo abbozzo di un *ordo iudiciarius*, con incluse tutte le ‘reminiscenze’ ecclesiastiche che una predicazione plurisecolare aveva fruttato. I conti avrebbero dovuto amministrare la giustizia sui deboli *sine ullo malo ingenio, sine ullo iniusto pretio, sine ulla dilatione aut non necessaria mora, pleniter et irreprehensibiliter, iuste ac recte*³⁰.

In definitiva nell’impero di Carlo *tuitio* e *iurisdictio* verso i deboli erano prerogative dell’Imperatore, secondo un genere di sacertà della sovranità regale il cui attributo primario – come ha affermato ancora di recente Francesco Casavola – era la giustizia³¹.

5. Il significato medioevale del ‘diritto disuguale’ dei *pauperes*

Il quadro delle disposizioni caroline in materia di giustizia destinate ai *pauperes* e ai giudici dei *pauperes* lasciano intravedere il significato finale del tutto peculiare del privilegio dei proprietari di nulla. Certamente il lessico delle fonti caroline non lascia spazio al *privilegium* di natura processuale in senso tecnico, cioè ad un *privilegium fori* esclusivo, come quello che sarà discusso più tardi dalla scienza giuridica medioevale. Il termine *privilegium* non è neppure citato nei capitolari, allo stesso modo di quanto del resto si può notare nella costituzione costantiniana, ricordata all’inizio, ed in generale nelle fonti altomedioevali. Né, a ben guardare, poteva essere citato in un sistema di amministrazione della giustizia in bilico tra pubblico e privato. Tuttavia è evidente

³⁰ Cfr. il mio *Per la storia*, cit., pp. 165-166.

³¹ «Nel mondo cristiano la giustizia resa dal sovrano è addirittura pegno della salvezza della sua anima... Il primo attributo sacro della sovranità regale è la giustizia», cfr. F.P. CASAVOLA, *La giustizia*, in A. CERNIGLIARO (a cura di), *Themis. Tra le pieghe della giustizia*, Torino, 2009, p. XIV. Per un’ampia trattazione sulle radici teologiche del concetto medioevale della regalità cfr. D. QUAGLIONI, *Il modello del principe cristiano. Gli «specula principum» fra Medio Evo e prima Età Moderna*, in V.I. COMPARATO (a cura di), *Modelli nella storia del pensiero politico*, I, pp. 103-122; ID., *L’iniquo diritto. “Regimen regis” e “ius regis” nell’esegesi di I Sam. 8, 11-17 e negli “specula principum” del tardo Medioevo*, in A. DE BENEDICTIS (a cura di), *Specula principum*, Frankfurt am Main, 1999 (*Ius commune. Sonderhefte*, 117), pp. 209-242.

la natura privilegiata delle forme processuali, di cui si è detto più sopra, concesse a tutela di persone che si trovassero in una situazione di difficoltà e incertezza. Si tratta sostanzialmente di misure previste per ripristinare la situazione di parità ed eguaglianza la cui carenza, soprattutto in caso di controversia, avrebbe potuto causare iniquità. Il giudice dei *pauperes*, nei capitolari carolingi, è un giudice che deve rendere piena giustizia secondo le leggi, non secondo le consuetudini. Di conseguenza, la natura giuridica privilegiata sottesa a queste disposizioni non può essere compresa se non in relazione al genere dei destinatari: non *potentes* verso i quali si voglia istituire un regime di maggior favore che tenga conto della loro miglior condizione, ma al contrario si tratta di *minus potentes* verso i quali le misure di maggior favore tengono conto della necessità di assicurare un sistema equilibrato di amministrazione della giustizia. Perciò se pur si volesse accettare di utilizzare il termine privilegio lo si dovrebbe fare avendo presente l'accezione originaria ed etimologica: *privus e lex*, disposizione che riguarda una sola persona³², e non l'accezione traslata che sospinge verso forme di favoritismo di gruppo. La disciplina di favore fissata per chi si trovava in stato di debolezza era tesa a consentire di riacquistare quella posizione di parità e eguaglianza che l'ingiuria della sorte talora può negare. La relazione semantica che intercorre tra l'oggetto 'privilegio' e i soggetti 'proprietary di nulla' rende ragione dell'esistenza nel mondo carolingio, e più in generale nell'Alto Medioevo, di una categoria di persone fluida nei confronti della quale il diritto interviene non per creare confini, e dunque ceti o classi, e neppure *iura singularia* come si comincerà a fare nella prima età moderna, secondo le recenti ricerche di Thomas Duve³³. Il privilegio è posto a tutela delle differenze affinché il diritto possa resistere di fronte a 'gerarchie' di carattere fattuale, create dalle condizioni effettive in cui i singoli versano, e non volute dal diritto³⁴. C'è un

³² C. BATTISTI, s.v. *privilegio*, in *Dizionario etimologico italiano*, IV, Firenze, 1965, p. 3085b.

³³ Su quest'ultimo punto si veda l'ampia e documentata monografia di Thomas Duve, citata alla precedente nota 15.

³⁴ Recentemente G. BÜHRER-THIERRY, *Pensée hiérarchique et différenciation sociale: quelques réflexions sur l'ordonnancement des sociétés de haut Moyen Age*, in F. BOUGARD, D. IOGNA-PRAT, R. LE JAN (a cura di), *op. cit.*, p. 367 commentando gli

primissimo tentativo di astrazione non dell'idea di individuo al fine di realizzare un soggetto tipo che, nella dimensione collettiva, diviene una classe tipo, ma un tentativo di astrazione giuridica della situazione di fatto in ragione della quale il potere interviene dopo una valutazione empirica *a posteriori* per correggere lo stato di disuguaglianza che la sorte ha provocato tra le persone.

In definitiva, sembra di poter rintracciare nell'Alto Medioevo di cui l'era carolingia fu uno snodo fondamentale, l'origine della sintesi interpretativa proposta da Gerard Dilcher, ancorché in diverso contesto³⁵: la tutela delle differenze disegnava un *ordo*, era cioè «Die Ordnung der Ungleichheit». Il privilegio dei proprietari di nulla contribuiva così a forgiare nella sua unità concettuale l'ordine giuridico medioevale. In ciò riposa la «modernità del medioevo»³⁶.

studi ivi raccolti sottolinea l'esistenza, nell'Alto Medioevo, «d'un société qui, certes, n'est pas égalitaire, mais qui secrète une hiérarchie dont le point de référence ne saurait être la cascade des dignité et des fonctions distribuées et reconnues par l'État».

³⁵ G. DILCHER, *Die Ordnung der Ungleichheit. Haus, Stand und Geschlecht*, in U. GERHARD (hrsg.), *Frauen in der Geschichte des Rechts. Von der Frühen Neuzeit bis zur Gegenwart*, München, 1997, pp. 55-72.

³⁶ Così, interpretando Max Weber, O.G. OEXLE, *op. cit.*, p. 17.

Capitolo Secondo

«BONUS IUDEX, IUSTUM IUDICIUM». ESPERIENZE GIURIDICHE SULLA CORRUZIONE DEL GIUDICE NEI SECOLI XII-XIII

SOMMARIO: 1. I presupposti epistemologici del concetto di corruzione. - 2. L'impianto normativo al tempo dei glossatori. - 3. La responsabilità del giudice corrotto: alcuni esempi della prima canonistica. - 4. (segue) Trattati della civilistica fino ad Accursio. - 5. L'honor publicum offeso. - 6. La responsabilità del litigator corrumpens. - 7. Le misure preventive della corruzione. - 8. Le misure repressive della corruzione: le pene da infliggere al giudice corrotto. - 9. (segue) Le pene da infliggere al litigator corrumpens. - 10. Il problema della validità delle sentenze venales. - 11. La tutela della bona iustitia nell'esperienza giuridica tra il 1100 e il 1200.

1. I presupposti epistemologici del concetto di corruzione

Nell'età di mezzo «il paradigma romanistico racchiude... non solo un'idea della giustizia come nozione etica fondamentale e come 'fonte' dalla quale il diritto deriva, ma un'idea della stessa scienza giuridica come scienza morale, che nel 'diritto civile'... vede solo una delle forme disciplinatrici del 'privato'. ...Nel Medioevo quel paradigma, in cui principi inviolabili di giustizia sono fonte e misura della legittimità del potere, diviene patrimonio di concetti generali comuni a un ambito assai largo, in cui possono dirsi compresi insieme diritto, teologia e politica»¹. Ben si comprende quindi perché Accursio ripresenti un'antica e nota definizione, condivisa dai glossatori fin dall'età degli esordi²: «iustitia est virtus, ius est eius virtutis executivum, iuris prudentia est

¹ D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, p. 33.

² Maggiori ragguagli sul punto in S. KUTTNER, *A Forgotten Definition of Justice*, in *Studia Gratiana*, 20 (1976), pp. 76-77, anche in *The History of Ideas and Doctrines of Canon Law in the Middle Ages*, Aldershot, 1992² (Collected Studies 113), V.

scientia illius iuris. Item iustitia vult tribuere unicuique ius suum, ius vero coadiuvat, iuris prudentia docet qualiter illud fiat»³. E non desta meraviglia che una rappresentazione etica della giustizia, del diritto e della scienza giuridica così robustamente radicata in spazi sapienziali diversi sia intesa, nel Medioevo, come il parametro per valutare il momento giurisdizionale, per vagliare cioè l'eventuale fase patologica di una attività importante e complessa al tempo stesso quale è il *reddere iura*. Anche per questo aspetto l'antico paradigma romanistico risulta assorbito ed assorbente la mentalità del giurista medievale: non soltanto la tradizione giuridica romanistica del *Corpus* giustiniano studiato nella scuola dei glossatori, ma anche la tradizione filosofica, di stampo ciceroniano, costituiscono – come è noto – l'*humus* da cui il mondo giuridico medievale trae alimento. Basti solo ricordare che, in Cicerone, la nozione della *iustitia* si qualifica altresì attraverso il suo contrario, cioè attraverso l'esperienza opposta: l'*iniuria*, da intendere come comportamento negativo in cui incorre sia chi commette ingiustizia, sia chi non si attiva per evitarla⁴. Sono i *Moralium dogma philosophorum* di Guglielmo De Conches (1080-1154), filosofo platonico della scuola di Chartres⁵, ad offrire uno spaccato di quanto si va affermando. Si tratta, naturalmente, appena di un esempio, assai eloquente tuttavia. La giustizia è una *virtus* tesa alla conservazione della società e della vita comu-

³ Gl. *notitia* ad *Inst.* 1.1.1

⁴ Sul punto cfr. R. FOSSATELLI, *Il concetto di iustitia nel De officiis di Cicerone*, in *La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma, 1993 (Atti del Convegno dell'Accademia ciceroniana, Arpino 11-12 ottobre 1991), p. 109. La bibliografia circa l'influsso filosofico antico sul pensiero dei glossatori in tema di giustizia è naturalmente vastissima. Qui si rinvia a due studi fondamentali: E. CORTESE, *La norma giuridica*, II: *Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano, 1964 (*Ius Nostrum*, 6.2), pp. 3-37; S. KUTTNER, *Tra giurisprudenza, filosofia e diritto: la giustizia e i canonisti nel medioevo*, in "*Lex et iustitia*" nell'*utrumque ius: radici antiche e prospettive attuali. Atti del VII colloquio internazionale romanistico-canonistico (12-14 maggio 1988)*, Città del Vaticano, 1989 (*Utrumque Ius. Collectio Pontificiae Universitatis Lateranensis*, 20), pp. 83-93.

⁵ Guglielmo di Conches fu certamente fonte delle *Derivationes* di Ugucione (cfr. S. KUTTNER, *A Forgotten*, cit., pp. 98-99). Per indicazioni bibliografiche cfr. A. SPEER, s.v. *Wilhelm v. Conches*, in *Lexicon für Theologie und Kirche*, X, Freiburg-Basel-Rom-Wien, 2001, col. 1177.

nitaria. Senza giustizia prevalgono invidia e discordia⁶. Per contro, l'*iniustitia* è definita come «truculentia inferens iniuriam», e poi come *negligentia*, ossia il non adoperarsi per evitare l'*iniuria* pur potendolo e dovendolo fare; pertanto è immorale (*liberalitati repugnat*) *beneficium dare et iniuriam irrogare*⁷. Quanto poi alla figura del giudice – che Guglielmo ritrae da un passo delle Satire di Orazio (II, 2.8) – è chiaro che «male uerum examinat omnis corruptus iudex»⁸: un giudizio, questo, entrato a tutto tondo nella cultura del giurista medievale, come dimostra il Piacentino, ripetitore pedissequo, ancorché non dichiaratamente, della medesima massima⁹.

Un simile bagaglio culturale, proveniente dal mondo romano, è bacino di raccolta per il cristianesimo, ed attraverso quelle matrici – romana, filosofica e cristiana – la valenza etico-religiosa della *iustitia* rifluisce negli ambienti scolastici dei glossatori, fucina del modo medievale di concepire la giustizia e di considerare la funzione quasi sacerdotale del giudice. Quel bagaglio culturale si trasforma così in un sapere scientifico. Si tratta però di un pensare concreto non metafisico, se è vero, come è vero, che l'alone etico-religioso disteso attorno alla giustizia, e di conseguenza anche attorno al giudice, diviene punto di forza persino di una letteratura processuale rivolta soprattutto alla pratica quale è l'*ordo iudiciarius*. Sintomatico, al riguardo, un passaggio dell'*Ordo* 'Invocato Christi nomine' (1198) in cui l'autore, ormai prossimo al '200, fa propria una nota costituzione giustiniana del 530

⁶ J. HOLMBERG (ed.), *Das Moralium dogma philosophorum des Guillaume de Conches. Lateinisch, altfranzösisch und mittelniederfränkisch*, Uppsala, 1929, p. 12: «Iusticia est uirtus conseruatix humane societatis et vite communitatis... Idcirco concitaretur inuidia et sedicio nisi iusticia adesset, que cuique ius suum conferret» (sub tit. I. B. 'De iustitia').

⁷ «Duobus prefatis iusticie generibus totidem contrapposita iniusticie genera summpere cauere oportet, scilicet truculentiam et negligentiam. Et est truculentia iniusticia inferens iniuriam, negligentia uero non propulsare iniuriam, cum possit et debeat. Est autem negligentia seueritati contraria; contraponuntur enim defendere et defensionem contempnere. Similiter truculentia liberalitati repugnat; repugnant enim beneficium dare et iniuriam irrogare» (ed. HOLMBERG, p. 28, sub tit. I. B. 'De iniustitia').

⁸ Ed. HOLMBERG, p. 51 (sub tit. D. 3-6 'De abstinentia, honestate, moderantia, paritate').

⁹ Cfr. *infra*, § 4 e nota 44.

(*Cod.* 3.1.14) per dichiarare: «quod omnis iudex a primordio litis usque ad recitationem sententiae diffinitivae debet semper habere sacras scripturas coram se positas vel saltem in ipsa prolatione sententiae, ut dei presentia motus maturiori consilio et providentia litem dirimat, sciturus, quod non magis iudicat quam ipse iudicabitur, ut *C. de iudiciis*, l. rem non novam (*C. III. I. 14*)»¹⁰. Si tratta appena di un esempio circa l'importanza delle *Sacrae Scripturae* sul tavolo del giudice, certamente di più antica memoria, come si evince dal *Brachylogus* (sec. XII) e dagli *Excerpta legum* di Bulgaro (*ante* 1148) nei quali si trova riecheggiato il medesimo precetto giustiniano¹¹.

Queste premesse – del tutto sommarie – paiono fare da sfondo alle misure adottate ai tempi della prima età comunale per punire la corruzione dei giudici: sia a carico di colui che corrompe, sia a carico del giudice che si lascia corrompere.

Ma quando e in che modo il giudice poteva dirsi corrotto? Al riguardo, le fonti giustiniane giunte al Medioevo attraverso il *Corpus iuris civilis*, e le fonti canonistiche accolte nel Decreto di Graziano trattano a più riprese – come si vedrà – l'ipotesi in cui il giudice calibri opportunamente il proprio giudizio dietro corresponsione di denaro, cioè mercanteggi la sentenza: a questo comportamento alcuni passi del *Corpus* giustiniano – talvolta confluiti nel Decreto – ricollegano il concetto di corruzione¹². Non è un caso, allora, che l'intera questione,

¹⁰ *Der Ordo Invocato Christi nomine*, L. WAHRMUND (ed.), in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, V.1, Heidelberg, 1931 (rist. anast. Aalen, 1962), p. 127 (*in rubr.* 51, 'De sententia diffinitiva').

¹¹ Per i passi del *Brachylogus* e degli *Excerpta legum* di Bulgaro richiamati supra nel testo cfr. N. SARTI, *Maximum dirimendarum causarum remedium. Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei sec. XI-XIII*, Milano, 1995 (Seminario giuridico della Università di Bologna, 160), rispettivamente p. 71 e p. 169 n. 19.

¹² Sul punto sono esplicite, tra le fonti del *Corpus iuris civilis*, *Dig.* 12.5.2.2: «Sed si dedi, ut secundum me in bona causa iudex pronuntiaret, est quidem relatum conditioni locum esse: sed hic quoque crimen contrahit (iudicem enim corrumpere videtur...); *Cod.* 7.49.1: «Constitut in quacumque causa... ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit»; *Cod.* 7.64.7 «Venales sententias, quae in mercedem a corruptis iudicibus proferuntur... a divis principibus infirmas esse decretum est». Quanto alle fonti graziane, il collegamento esplicito tra il *corrumpere* e la

nello studio originale e nuovo dei glossatori, ruoti intorno ad un interrogativo primario, dietro il quale si cela la nozione della corruzione della giustizia: quale è la responsabilità del giudice che vende il *iudicium*¹³? E quale è la responsabilità del *litigator* che compra il *iudicium*?

2. L'impianto normativo al tempo dei glossatori

Sul piano normativo, l'impulso a riflettere sulla responsabilità del giudice corrotto deriva innanzitutto dal *Corpus* giustiniano dove, in posizione talora separata dalla categoria del *iudex qui litem suam facit*, accanto a disposizioni specifiche volte ad accordare mezzi di tutela a

vendita della sentenza avviene mediante l'inserimento del testo di *Cod.* 7.64.7 – appena riportato – nel d.p.c.141 (§ 9 dell'ed. Friedberg) della C.II q.6. Ed è questa l'occasione per notare come si possano qui ripetere, a proposito della corruzione, le medesime conclusioni a cui mi è parso di poter giungere nello studio *Il diritto giustiniano nella Causa III del Decretum*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 70 (2004), pp. 403-405: man mano che la scuola dei civilisti costruisce e stabilizza una certa dottrina in tema di corruzione (analizzata più oltre nel testo), l'*auctoritas* giustiniana d'appoggio ed emblematica per l'argomento trattato, entra per intervento della scuola nel Decreto di Graziano, al fine di armonizzare diritto canonico e diritto romano. Va notato inoltre l'indizio a conferma che il d.p.c.141 della C.II q.6, segnalato dal Friedberg come *palea*, è presente nel manoscritto di Firenze, *Conv. Soppr.* A. 1402 – testimone di una delle redazioni più antiche del Decreto – come aggiunta marginale (f. 30rb). Analogamente – ad ulteriore riprova – si deve segnalare che i canoni da 126 a 130 della C.I q.1 – tutti riguardanti la corruzione e tratti rispettivamente da *Cod.* 9.27.4, *Dig.* 3.6.3, *Dig.* 47.13.2, *Dig.* 48.2.3, *Dig.* 48.2.6 – sono anch'essi presenti nel manoscritto fiorentino (f. 23rb-ab) come aggiunte marginali.

¹³ Per una panoramica sul tema della responsabilità del giudice nel Medioevo cfr. G. ASTUTI, *Considerazioni introduttive*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'Educazione giuridica*, III: *La responsabilità del giudice*, Perugia, 1978, pp. XV-XVIII; A. GIULIANI, N. PICARDI, *La responsabilità del giudice*, Milano, 1987 (Dialettica, Diritto e Processo, 1), pp. 23-29, 32-36 (ivi bibl.). Cenni alle dottrine dei glossatori sul tema della responsabilità del giudice anche in M. NARDOZZA, *Intorno al problema delle radici storiche della responsabilità del giudice*, in *Legalità e Giustizia*, 1-2 (1993), pp. 147-152. Sull'attività professionale del giudice come *ars* – messa in luce anche dal controllo cui vengono sottoposti i giudici – cfr. E. SPAGNESI, *Jurisprudencia, stilus, au(c)toritas*, in C. ALZATI (a cura di), *Cristianità ed Europa. Miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, Roma-Freiburg-Wien, 2000, p. 144.

chi abbia subito un danno per la corruzione del giudice, vi sono norme che impongono in linea generale ai giudici di non accettare denaro, ed altre ancora che rigettano la sentenza mercanteggiata, senza riguardo al fatto che essa abbia realmente generato un danno. Così, il giudice corrotto è un giudice che *male iudicavit*, come chiarisce il titolo del *Codex* (*Cod.* 7.49) ‘De poena iudicis qui male iudicavit, vel eius qui iudicem vel adversarium corrumpere curavit’, sotto cui sono raggruppate le norme volte a punire i responsabili – il *litigator* e il giudice – che, con il pagamento, abbiano cercato di ottenere l’esito viziato della lite¹⁴. Qui, a sorreggere l’intera materia, si instaura un nesso tra corruzione, cattivo giudizio e lesione subita. Similmente, sotto il titolo ‘De calumniatoribus’, *Dig.* 3.6.1 dichiara espressamente la responsabilità del giudice *qui accepit pecuniam*. In questo caso un simile verdetto deriva dalla circostanza che il pagamento sia intervenuto per ottenere un risultato favorevole, *per calumniam*: il requisito della calunnia – cioè la falsa pretesa rivendicata processualmente da una delle parti, e per il cui ottenimento viene pagato un prezzo – si presenta come sostanziale, e intorno ad esso ruota, in realtà, la sanzione pecuniaria a carico del giudice che ha accettato del denaro per conoscere o per non conoscere del negozio processuale calunnioso¹⁵. Senza contare poi che, quando *Cod.* 9.27.4 colpisce la *sententia venalis*, è dal lato del *litigator concussus* o assoggettato alla

¹⁴ *Cod.* 7.49.1 (per il testo, nella parte saliente, cfr. *supra*, n. 12) punisce con la perdita dell’*actio* il *litigator* che ha pagato il giudice o l’avversario. *Cod.* 7.49.2 invece si rivolge espressamente al giudice corrotto prevedendo una pena corrispondente alla lesione procurata: «De eo, qui pretio depravatus aut gratia perperam iudicaverit, ei vindicta quem laeserit non solum existimationis dispendiis, sed etiam litis discrimine praebeatur».

¹⁵ *Dig.* 3.6.1pr.-2: «In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicitur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicitur, post annum simpli in factum actio competit. Hoc autem iudicium non solum in pecuniariis causis, sed et ad publica crimina pertinere Pomponius scribit, maxime cum et lege repetundarum teneatur, qui ob negotium faciendum aut non faciendum per calumniam pecuniam accepit. Qui autem accepit pecuniam sive ante iudicium sive post iudicium acceptum, tenetur». Il passo prosegue con la citazione della «constitutio imperatoris nostri, quae scripta est ad Cassium Sabinum» – ossia *Cod.* 7.49.1 – che vieta di pagare i giudici in qualunque genere di causa – pubblica, privata, fiscale – sotto pena della perdita dell’*actio*.

sentenza mercanteggiata che è affrontata la questione¹⁶. D'altra parte però, *Cod.* 9.27.3 intende punire direttamente la corruzione, senza indicare la qualità del giudizio venduto, quando impone al giudice di rifiutare qualunque elargizione¹⁷. E *Cod.* 7.64.7¹⁸ dichiara *infirmas* le *sententiae venales*, senza neppure un accenno alla giustezza o meno delle stesse. Tale sanzione pare dovuta al fatto che le *venales sententiae* «in mercedem a corruptis iudicibus proferuntur». Qui affiora di riflesso come non siano decisivi l'errore, doloso o colposo, nella applicazione del diritto, o l'accettazione del giudizio calunnioso, né sembra essere importante il prodursi di un danno, quanto piuttosto acquista rilievo di per sé il comportamento del giudice che mercanteggia la sentenza: perciò sono dichiarate *infirmas* tutte le sentenze *venales*, indistintamente. Oggetto della norma non è il merito della sentenza, quanto piuttosto il passaggio di denaro che dà luogo ad una sentenza corrotta. Il giudice, inoltre, deve soggiacere *ad legem Iuliam repetundarum* sia se compie ciò che non dovrebbe, sia se non compie dietro pagamento ciò che dovrebbe¹⁹. Ne risulta un assetto finale in cui da un lato si respinge la corruzione della giustizia, cioè il mercanteggiare il giudizio, con precise sanzioni imposte al giudice venale, dall'altro – e con particolare insistenza – si prevede una disciplina specifica volta a tutelare chi subisce il giudizio corrotto. Nel quadro del rigetto della corruzione, il diritto giustiniano tiene in considerazione e regola il danno prodottosi a seguito del passaggio di denaro tra il giudice e il corruttore, offre tutela alla parte vittima della giustizia corrotta, prevede l'*infirmitas* della sentenza: sono questi argomenti primari su cui le fonti del *Corpus iuris civilis* tornano a più riprese.

¹⁶ Ecco il testo di *Cod.* 9.27.4, nella parte significativa: «Iubemus hortamur, ut, si quis... cuiuslibet ordinis a iudice fuerit aliqua ratione concussus, si quis scit venalem de iure fuisse sententiam..., si quis postremo quacumque de causa improbum iudicem potuerit approbare, is... crimen deferat, delatum approbet... et victoriam reportaturus et gloriam».

¹⁷ *Cod.* 9.27.3: «Omnes cognitores et iudices a pecuniis atque patrimoniis manus abstineant neque alienum iurgium putent suam praedam. Etenim privatarum quoque litium cognitor idemque mercator statutam legibus cogetur subire iacturam».

¹⁸ Il testo alla nota 12.

¹⁹ *Dig.* 48.11.3: «Lege Iulia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit».

Dove invece la vendita del *iudicium* giusto e del *iudicium* ingiusto diviene esplicita nel tratteggiare i caratteri della corruzione del giudice ed argomento di primo piano è nel Decreto di Graziano. Qui si presta dichiaratamente interesse alla corruzione del giudice a prescindere dal danno effettivo, dalla lesione causata: si tende a dare rilievo primario a quello che si potrebbe definire un ‘danno oggettivo’, dato dalla mera situazione del passaggio di denaro nel processo. Elementi, questi, fondamentalmente già chiari nell’impianto romanistico giustiniano, ma divenuti oggetto di trattazione primaria e specifica nel *Decretum*. La posizione della Chiesa, su questo punto, non è dell’ultim’ora. Una lettera di sant’Agostino dell’anno 414 – tanto risalente quanto attuale ai tempi della scuola di Bologna – rifluita nel Decreto graziano (C.XIV q.5 c.15), ribadisce in modo fermo e cogente l’espresso divieto per lo *iudex* di vendere il *iudicium*, anche se *iustum*. Mentre l’avvocato e il giurisperito possono vendere il *patrocinium* e il *consilium iustum*, il giudice non può fare altrettanto della sua attività cognitiva e decisoria. I giudici, a differenza degli avvocati e dei *consiliatores*, sono chiamati ad esaminare la posizione non di una sola parte ma di due. E pertanto il *iudicium* non può essere venduto né se *iustum* e *verum* né se *iniquum* e *falsum*. Piuttosto, se il *iudicium* è *iniquum* e *falsum*, il giudice che vende si comporta *multo sceleratius*, ancorché non vi sia estorsione, cioè se il *litigator*, senza difficoltà, voglia pagare²⁰. Da queste disposizioni – che conferiscono attualità e valenza giuridica alle idee professate ai tempi di Agostino (354-430) – si percepiscono chiari tutti i fattori che qualificano la nozione della corruzione: il giudice non può vendere il *iudicium* perché, così facendo, verrebbe meno quel carattere di impar-

²⁰ Ecco il testo agostiniano – nella parte espressamente riferita al divieto per il giudice di vendere il *iudicium* – secondo la redazione rifluita nel Decreto di Graziano (C.XIV q.5 c.15): «Non sane quicquid ab inuito sumitur iniuriose aufertur. Nam plerique nec medico uolunt reddere honorem suum, nec operario mercedem; nec tamen hec qui ab inuito accipiunt, per iniuriam accipiunt, que potius per iniuriam non darentur. Sed non ideo debet iudex uendere iustum iudicium, aut testis uerum testimonium, quia uendit aduocatus iustum patrocinium et iurisperitus uerum consilium. Illi enim inter utramque partem ad examen adhibentur: isti ex una parte consistunt. Cum autem iudicia et testimonia, que nec iusta et uera uendenda sunt, iniqua et falsa uenduntur, multo sceleratius utique pecunia sumitur, quia scelerate etiam, quamuis a uolentibus, datur» (ed. Friedberg, col. 742).

zialità che contraddistingue invece il suo ufficio, essendo egli in posizione intermedia ed equidistante rispetto alle parti processuali²¹. Perciò, non è rilevante la qualità del giudizio – se cioè sia venduto il *iudicium* giusto o il *iudicium* iniquo – al fine di ravvisare la situazione di corruzione. Semmai, la buona o la cattiva condotta nel giudicare inciderà sulla gravità minore o maggiore del comportamento del giudice, ma non è essa il criterio di riferimento per far scattare la responsabilità del giudice, ossia per trovarsi di fronte a quella empietà che scaturisce invero dall'aver egli meramente accettato un prezzo. Né è di interesse che il *litigator* sia d'accordo a pagare, cioè che non sia stata esercitata alcuna forma di pressione – e quindi di estorsione – da parte del giudice nei confronti del soggetto processuale. Del resto, un altro passaggio della medesima lettera agostiniana – divenuto il c.71 della C.XI q.3 del Decreto – afferma espressamente che «non licet iudici uendere iustum iudicium». E sempre nella C.XI q.3, tutto il c.66 fa luce su un ulteriore aspetto del problema, laddove estende apertamente al campo della morale cristiana il profilo della corruzione del giudice. In questo canone è in disamina proprio *qui recte iudicat* dietro la corresponsione di un prezzo. Costui prevarica la verità, non pronuncia il vero col proposito di difendere la giustizia ma in vista di un premio, inganna Dio. Coloro che giudicano con giustizia solo dietro l'aspettativa di un compenso, se svanisce questa speranza, subito si ritraggono dall'attestare ciò che è giusto. Il disappunto per la vendita di un giudizio giusto, dunque, consiste anche in un divieto di carattere religioso, giacché «*fraudem in Deo perpetrat*» chi mercanteggia il *iudicium*²². Ed è appena nascosto, in que-

²¹ Naturalmente vastissima è la letteratura circa il pensiero agostiniano in materia di giustizia e sugli interventi di Agostino volti a reprimere l'*acceptio personarum*, pratica frequentissima nel IV secolo. Per una panoramica su questi punti cfr. J.T. NOONAN JR., *Ungere le ruote. Storia della corruzione politica dal 3000 a.C. alla Rivoluzione francese*, trad. it. di S. FUSINA, A. CARRER, Milano, 1987, pp. 84-120.

²² C.XI q.3 c.66: «*Qui recte iudicat, et premium remunerationis expectat, fraudem in Deo perpetrat, quia iustitiam, quam gratis impertire debuit, acceptione pecuniae uendit. Bonis male utuntur qui pro temporali lucro iuste iudicant. Tales quippe ad ueritatem non iustitiae defensio, sed amor premii prouocat; quibus si spes nummi subtrahitur, confestim a iustitiae confessione recedunt. Acceptio nummorum prevaricatio ueritatis est. Unde et pro iusto dicitur: 'Qui excutit manus suas ab omni munere, iste in excelsis habitabit'*».

ste asserzioni, l'impianto biblico della questione, in cui si propone come modello la giustizia 'vera' di Dio. Basti pensare – per fare solo un esempio – a quel passo del titolo *Ecclesiastico* dei Libri sapienziali in cui si dice «Noli offerre munera prava: non enim suscipiet illa. Et noli inspicere sacrificium iniustum. Quoniam Dominus iudex est, et non est apud illum gloria personae»²³. Del resto, Graziano accoglie il principio generale secondo cui il giudice, nel dettare la sentenza, deve imitare la giustizia di Dio²⁴. In questo quadro di fondo, nel Decreto, si trovano inserite alcune precise disposizioni romanistiche tramandate dal *Corpus* giustiniano su cui anche i civilisti, come si vedrà, fondavano la dottrina della corruzione. È per rispondere alla domanda «an sit peccatum emere spiritualia»²⁵ che compaiono nel testo graziano quei passi giustiniani in cui la corruzione è collegata alla concussione, alla calunnia, e alle sanzioni previste nella *Lex Iulia repetundarum*²⁶.

Non sfugge allora come il profilo della corruzione del giudice, tracciato nei canoni graziani, tenda a dare un peso particolare non solo all'aspetto giuridico dovuto alla violazione dell'imparzialità, ma anche all'aspetto moralmente riprovevole – o meglio, cristianamente condannabile – fino al punto di respingere con toni vigorosi e non sottintesi anche il *iudicium iustum* se venduto, il che logicamente non si giustificerebbe. In sostanza l'aspetto giuridico della questione affonda radici profondissime nell'etica cristiana²⁷.

²³ Eccl. 35, 14-15. La Bibbia offre numerosi esempi del dovere di imparzialità del giudice. Indicazioni sul punto in S. LAFONT, *Le juge biblique*, in J.M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, 1999, pp. 39-40. Più in generale – ma sotto l'angolo d'osservazione del giudicare *secundum conscientiam* – offre una panoramica del tema della giustizia divina come modello per il giudice, quale è affrontato in alcune fonti giuridiche medievali, J.M. CARBASSE, *Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales*, *ibidem*, pp. 68-76 (con bibl.).

²⁴ Cfr. J. ZELIAUSKAS, *De excommunicatione vitata apud glossatores* (1140-1350), Zürich, 1967 (*Studia et Textus Historiae Juris Canonici*, 4), pp. 166-167 (con indicazione delle fonti).

²⁵ C.I d.a.q.1.

²⁶ Si tratta dei passi indicati *supra*, alle note 15, 16 e 19.

²⁷ Sui rapporti tra «teologia e diritto nella dinamica sociale del medioevo» particolarmente illuminante è la ricostruzione di P. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto cano-*

3. La responsabilità del giudice corrotto: alcuni esempi della prima canonistica

Questo impianto normativo, romanistico e canonistico insieme, con la sua limpidezza precettiva che abbraccia la sfera etico-religiosa, trova facile accoglimento nella mentalità dei glossatori. Essi – forti talora dell'esperienza giustiniana – citano varie fattispecie di reato: la calunnia, la concussione, l'usura, la simonia. Tutto questo si percepisce in maniera netta, com'è naturale, tra i canonisti. Già Rufino, nella *Summa Decretorum* (1162-1164)²⁸, sottolinea la perversità del giudice che vende il *iudicium*, ingiusto o giusto che sia²⁹. E sempre in Rufino si affaccia la possibilità di equiparare il giudice corrotto al concussore e al calunniatore. Sono, queste, figure che evocano di per sé un comportamento anti-giuridico specifico, ma che Rufino considera per la contrarietà alla morale cristiana: «calumniator et concussus... ita apud Deum reum teneri»³⁰.

Ma è soprattutto la lezione costituita nel Decreto a segnare la via, e a divenire stabile nella scuola, come dimostra Benincasa in uno dei suoi

nico, diritto comune, in *Università di Macerata. Annali della Facoltà giuridica*, n.s. 1 (1966), pp. 23-25.

²⁸ Per questa datazione della *Summa* rufiniana cfr. A. GOURON, *Sur les sources civilistes et la datation des Sommes de Rufin et d'Étienne de Tournai*, in *Bulletin of Medieval Canon Law*, 16 (1986), pp. 68-70, rist. in *Droit et coutume en France aux XIIe et XIIIe siècles*, Aldershot-Brookfield, 1933 (Collected Studies Series, 422) X.

²⁹ RUFINO, *Summa Decretorum*, [C.XIV q.5 c.15] ad vv. *Ille tamen etc.*: «Quamvis qui vendit iniustum et iustum iudicium scelerate sumat pecuniam, ille tamen solet etc.», H. SINGER (ed.), *Summa Decretorum*, Paderborn, 1902 (rist. anast. Aalen, 1963), p. 343. Questo commento di Rufino segue ad vv. *Ille tamen* in cui si dice che il *litigator* che compra il *iustum iudicium* «male sibi ablatam pecuniam repetere», poiché il giudicato «uenale esse non debuit».

³⁰ RUFINO, *Summa Decretorum*, [C.XIV q.5 c.15] ad vv. *furtis, rapinis, calumpniis etc.*: «Ita hoc dicit, quasi officiales, qui per immoderatam improbitatem aliquid accipiunt, non videantur per calumpniam et oppressionem auferre, cum alibi idem Augustinus dicat quoniam quicumque stipendia publice decreta consequitur, si amplius querit, tamquam calumpniator et concussor Iohannis sententia condemnatur, ut infra Cs. XXIII. q. I. c. Militare (5.). Sed ibi non dicit eum proprie esse calumpniatorem vel concussorem, sed ita apud Deum reum teneri, ac si per calumpniam et concussionem talia rapuisset» (ed. SINGER, p. 344).

Casus (post 1191)³¹. Qui l'elemento di rilievo non è ravvisabile nel merito, giacché si tratta di una reiterazione sostanzialmente priva di originalità rispetto al testo di partenza (C.XI q.3 c.66)³², ma nel fatto che l'impostazione graziana è presentata come un insegnamento consolidato sul finire del 1100. In altre parole, il c.66 della C.XI q.3 qui è semplicemente parafrasato, e il testo semplificato che ne deriva diviene il contenuto di uno strumento metodologico avente un preciso significato nell'ambito della scuola: il *casus* appunto. Quel canone diventa così il mezzo per tracciare il profilo finale del *bonus iudex*. Qui sta la novità. Il giudice che difende la giustizia e si tiene lontano da qualunque genere di elargizione in suo favore, questi guadagna la vita eterna, questi è *iudex bonus*, come conclude Benincasa³³. Al contrario, il giudice corrotto è concussore³⁴. Perciò l'antieticità della corruzione diviene anti-giuridicità e viceversa, in una straordinaria mescolanza di campi che fa toccare con mano come le considerazioni riferite in apertura circa il 'paradigma romanistico' trasmesso al Medioevo si adattino perfettamente anche al Decreto graziano. Si comprende allora perché Giovanni Teutonico, nell'Apparato al Decreto (1216-1220), consideri peccato l'aspettativa, da parte del giudice, di una remunerazione. Un tal giudice è equiparato, da Giovanni, all'usuraio – nel senso medievale del termine e con le relative implicanze di ordine morale e giuridico – senza che

³¹ Indicazioni sui *casus* di Benincasa nel mio *Convenientem reconvenire. Genesi e sistematica della riconvenzione nella dottrina dei glossatori (1120-1234)*, Bologna, 2001 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 5), p. 170 n. 17.

³² Per il testo di questo canone cfr. la precedente n. 22.

³³ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.XI q.3 c.66] ad vv. *Qui recte*: «Quidan iudex, ordine iudiciario seruato, iustam tulit sententiam, pro pretio tamen. Qæsitum fuit a Greg. utrum talis iudex debeat dici bonus. Et respon. quod non quia non amor iustitiæ sed pecunia illud ad veritatem prouocauit, cui si spes nummi non aderit, a iustitiæ tramite deuiavit. Sed bonus iudex ab omni munere excutit manus suas, qui pro recto iudicio vitam accipiet sempiternam» (*Decretum Gratiani*, Romae, 1582, col. 1250).

³⁴ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.I q.1 c.128] ad v. *Concussionis*: «Dicitur hic (C.I q.1 c.128) et in legibus sequentibus quod illi incurrunt crimen concussionis et poenam legis Corneliae quia aspirant ad accusationem innocentium, vel quia accipiunt pecuniam pro accusando vel eius contrario, pro testificando vel eius contrario, pro iudicando vel eius contrario, vel pro quolibet officio exercendo vel non exercendo ad quod gratis tenebantur. His intellectis per te casus singularum legum singulatim pones in quibus quandoque eadem repetuntur» (ed. Romae, 1582, col. 744).

neppure sia importante se tra il giudice e colui che paga è intervenuta una pattuizione: la sola aspettativa di una qualche forma di remunerazione configura l'usura³⁵. In questo modo, la nozione della corruzione presenta profili perfino più ampi di quelli delineati, nel *pactum sceleris*, dai nostri giuristi contemporanei³⁶; e l'insieme dell'aspetto antiggiuridico ed antietico della corruzione si rafforza, mediante l'incanalamento di essa nel tema dell'usura³⁷: perché è usura *exigere aliquid praeter sor-*

³⁵ GIOVANNI TEUTONICO, Apparato ordinario, [C.XI q.3 c.66] ad v. *expectat*: «Arg. quod licet non intercessit pactio, peccat tamen qui expectat remunerationem, sicut fenerator ut 14 q.3 c.1 (C.XIV q.3 c.1)» (ed. Romae, 1582, col. 1250). Quest'ultimo passo del Decreto, citato da Giovanni, condanna come usuraio chi riceve *plus quam dederit*, non soltanto se si tratti di una somma di denaro, ma anche di altre forme di elargizione: «sive unum, sive oleum, sive quodlibet aliud». Ed è evidente, anche per questo aspetto, l'impianto romanistico del canone graziano: sotto il titolo 'De usuris' (Cod. 4.32) i frammenti 11, 26.2 ed in particolare il 23 fanno riferimento a *quicumque fructus* per delineare l'usura. La medesima impostazione, in ambiente civilistico – all'incirca nello stesso torno di anni in cui viene composto il Decreto, si ritrova nella *Summa Trecensis* [in *rubr. tit. XXXIV, De usuris* (Cod. 4.32)]: «In speciebus fenori datis, ueluti uineo oleo frumento, etiam pacto usque ad tantumdem usurę sei additamenta debentur», H. FITTING (ed.), *Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*, Berlin, 1894 (rist. anast. Halle a. S. 1977), p. 109. Quanto invece alla configurazione della corruzione come peccato, è evidente che Giovanni traduce per così dire in termine tecnico – *peccatum* appunto – quanto il canone graziano di partenza presenta come frode a Dio. Per qualche indicazione di sintesi sull'origine del concetto del peccato, trasmessasi poi al Medioevo – e cioè come trasgressione non ad una norma morale o giuridica, ma ad una norma divina – cfr. N. ABBAGNANO, s.v. *Peccato*, in *Dizionario di filosofia*, Torino, 1984, p. 653a-b.

³⁶ Indicazioni bibliografiche sul punto in D. QUAGLIONI, *Delinquens in officio. Spunti dal diritto comune*, in G. FORNASARI, N.D. LUISI (a cura di), *La corruzione: profili storici, attuali, europei e sovranazionali*, Padova, 2003 (Dipartimento di Scienze Giuridiche. Università di Trento, 36), p. 37 n. 71.

³⁷ Per l'ampio impiego, nelle fonti medievali, del termine usura, oltre il «suo significato fondamentale di compenso per l'uso del denaro», e tale da «ricomprendere ogni lesione della giustizia commutativa» cfr. M. BOARI, s.v. *Usura* (*dir. interm.*), in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Milano, 1992, pp. 1140-1141. Sul tema dell'usura in età medievale, oltre alla bibliografia indicata nello studio appena citato (alle pp. 1141-1142) cfr. anche U. SANTARELLI, *Mercanti e società tra mercanti*, Torino, 1998³, pp. 153-169; e per i legami tra simulazione e usura cfr. F. MANCUSO, *La teorica della simulazione nell'esperienza dei glossatori. Da Irnerio ad Accursio e da Graziano a Giovan-*

tem – come dice Benincasa, ancora in un *Casus*, sulla scorta dei canoni raccolti sotto la C.XIV q.3 del Decreto – e, al tempo stesso, *exigere aliquid praeter sortem* configura una fattispecie di simonia³⁸. Anche per questa via torna ad affacciarsi la considerazione della corruzione del giudice in senso giuridicamente sanzionabile e cristianamente biasimabile. Quale poi sia il significato con cui la corruzione del giudice possa essere considerata simonia era dibattuto, in ambiente canonistico, almeno un decennio circa prima di Benincasa. L’*Ordo* ‘*Quia iudiciorum*’ (*post* 1182)³⁹ si dilunga su questo tema. La coscienza di essere di fronte ad un comportamento antiggiuridico e anticristiano si percepisce con chiarezza nell’argomentare dell’autore di questo scritto processualistico, in cui risuonano con vigore le parole di Graziano: il giudice – a differenza dell’avvocato e del giureconsulto – *inter utramque partem ad examen adhibetur*, e per questo non può *iustum vendere iudicium: fraudem in Deo perpetrat*⁴⁰. A questo punto l’autore porta a sostegno del

ni Teutonico, Bologna, 2004 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 8), pp. 35-37, 151-164, 255-264.

³⁸ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.XIV q.3 c.1] ad vv. *Quod autem*: «Hic intitulatur tertia quaestio, in qua quaeritur utrum sit usura si aliquid praeter sortem exigatur. Et certum est quod sic... Similiter non licet aliquid expectare praeter sortem, ut infra e., c. I (C.XIV q.3 c.1). Spes enim facit usurarium sicut simoniacum, arg. I q.3, Non solum (C.I q.3 c.11)» (ed. Romae, 1582, col. 1397). E ancora, *Casus* [C.I q.1 c.114] ad vv. *Sunt nonnulli*: «Ostenditur hic quod non solum si pecunia accipiatur pro ordinatione committitur simonia, sed si obsequium vel fauor siue humana gratia propter hoc accipiatur, et hoc probatur auctoritate Esaiæ» (ed. Romae, 1582, col. 736).

³⁹ Sull’*Ordo* ‘*Quia iudiciorum*’, di scuola anglonormanna, a metà tra il diritto romano e il canonico, cfr. W. LITEWSKI, *Der römisch-kanonische Zivilprozeß nach den älteren ordines iudicarii*, I, Kraków, 1999, p. 40 (ivi bibl.).

⁴⁰ Sembra significativo rammentare che il concetto di *fraus* evocato da Rufino sulla scorta del Decreto graziano, nell’età dei glossatori viene dibattuto con riguardo specifico al tema della *fraus legi* per giungere a rifiutare la violazione della *sententia servatis verbis* (ampi ragguagli sul punto in E. CORTESE, *La norma giuridica*, II, cit., pp. 300-319). Ciò sembra rendere ancor più manifesta la ragione per cui i *doctores*, canonisti e civilisti, insistono sulla necessità di respingere lo *iustum iudicium*, se venduto: per quanto giusto nel merito, questo giudizio contravviene alla *ratio* della *iustitia*, una *virtus* caratterizzata dalla gratuità, come indicato più oltre, nel testo. Il giudizio giusto mercanteggiato viene ad essere una specie di violazione della *sententia servatis verbis*, e pertanto una *fraus*.

proprio pensiero l'intera concezione etica della giustizia che sorregge la questione della corruzione, e per la quale si intravede, secondo una certa lezione condivisa dall'autore dell'*ordo*, la simonia. La giustizia deve essere amministrata gratuitamente, e poiché è qualificabile come *virtus*, essa deve essere annoverata tra i *praemia spiritualia*. Di conseguenza, chi mercanteggia la giustizia è simoniaco⁴¹. Diversa peraltro è la posizione di altri *doctores*, secondo cui la simonia riguarda ciò che è puramente spirituale e in cui *spiritus sancti gratia datur*, perciò vendere la giustizia è peccato ma non configura la simonia⁴². Il diverbio dottrinale però non sposta il rendiconto finale: la *dissensio* non riguarda la giustizia intesa come *virtus*, chiusa in un contenuto trascendente, dal quale deriva il carattere peccaminoso della vendita del *iudicium*, ma piuttosto riguarda la nozione della simonia, il che è altra questione.

4. (segue) *Tratti della civilistica fino ad Accursio*

All'opinione trasmessa negli ambienti canonistici si associa la posizione dottrinale dei legisti. Vero è che essi sembrano aggiungere la propria voce, e non esattamente fare eco a quella dei canonisti: perché l'elemento antietico della corruzione è inteso dai civilisti non espressa-

⁴¹ ORDO 'QUIA IUDICIORUM': «Illud sciendum est, quia non licet iudici iustum vendere iudicium, nec testi testimonium vendere, etsi liceat advocato vendere iustum patrocinium et iuris consulto rectum consilium, ut XI. q.3 non licet (c.71) et XIV. q.5 non sane (c.15). Diversitatis haec ratio est: nam testis et iudex inter utramque partem ad examen adhibetur, isti ex una parte consistunt. Qui enim non recte iudicat et praemium remunerationis expectat, fraudem in Deo perpetrat, quia iustitiam, quae gratis impertiri debuit, acceptione pecuniae vendit etc., ut XI. q.3 qui recte (c.66). Sed quaeritur, an iustitiam vendere sit symonia? Quod videtur; cum iustitia virtus sit et inter praemia spiritualia computatur, videtur symoniam committere, qui iustitiam vendere vult, ut I. q.3 in templo (c.10)», J.F. VON SCHULTE (ed.), *Der Ordo iudiciarius des Codex Bambergensis P I 11*, in *Sitzungsberichte der kaiserlichen Akademie der Wissenschaften in Wien*, phil.-hist. Classe, 70 (1872), p. 315 (sub tit. XVII 'De iudiciis et iudicibus').

⁴² Il passo dell'*Ordo* così prosegue: «Dicunt quidam, quod, licet vendere iustitiam sit peccatum, non est tamen symonia. Ibi enim symonia committitur, ubi illud spirituale venditur, in quo spiritus sancti gratia datur; quia, licet sacramentum coniugii sit spirituale, quia tamen in matrimonio nulla gratia confertur, ipsum vendere vel emere non est symonia, ut XXXII. q.2 honorantur» (ed. SCHULTE, pp. 315-316).

mente nel senso cristiano della frode a Dio, e quindi di *peccatum*, ma piuttosto nel senso di degrado morale, ancorché sia arduo – e forse addirittura fuorviante – distinguere, all'epoca dei glossatori, tra coscienza morale e coscienza religiosa. Come si osservava più sopra, le fonti giustiniane rintracciate dai glossatori legano ripetutamente il rifiuto della corruzione al danno che da essa consegue, pur nel quadro generale della condanna del giudice corrotto. Quelle norme vietano al giudice di accettare denaro o dichiarano *infirmae* le *sententiae venales*, e dalla formulazione onnicomprensiva di esse si percepisce il divieto di vendere il *iudicium* anche se *iustum*. Al contrario, la riflessione dei civilisti segue percorsi espliciti su questo punto, ed anzi la qualità del giudizio venduto, giusto o ingiusto, è l'argomento centrale per costruire certe *distinctiones* di cui si dirà meglio più avanti, ma anche per chiarire come, in ogni caso, il giudice debba rispondere della sua condotta. L'impianto normativo giustiniano è utilizzato dai *doctores* sotto tutti i profili – la calunnia, la concussione, il *crimen*, l'infamia – al fine di colpire la corruzione al tempo stesso nel suo aspetto antietico e antiggiuridico: e questo – è detto espressamente – anche nel caso in cui il giudice pagato abbia ben giudicato. Il punto di contatto più evidente tra canonisti e civilisti riguarda proprio l'accentuazione della valutazione negativa nel senso della corruzione, anche quando il giudice accetti di essere pagato per analizzare correttamente la lite, ed eserciti quindi i doveri del suo *officium* secondo la giustizia di merito, si impegna cioè in un *iudicium iustum* per dirla con Graziano. In questo senso appare assai significativa l'espressione «iudex turpiter fecit» usata dal Piacentino nella *Summa al Codex* (1165) per stigmatizzare il giudice che abbia accettato del denaro «ne male iudicet» o «ut bene iudicet». La differenza tra lo *iudex* che *male iudicavit* e quello che *iudicavit bene* o *non male* non serve a dimostrare o escludere la sua responsabilità per corruzione: in ogni caso «iudex turpiter fecit». Semmai essa è l'elemento primario per accertare l'eventuale e ulteriore responsabilità del *litigator* che ha pagato al fine di ottenere una sentenza a sé favorevole ma ingiusta⁴³: a questo *litigator*

⁴³ PIACENTINO, *Summa Codicis*, in rubr. tit. 'De poena iudicis qui male iudicavit uel eius qui iudicem uel aduersarium corrumpere curauit' (*Cod.* 7.49): «Si iudex male iudicauerit siquidem dolo, in ueram litis aestimationem condemnabitur, præterea danti pecuniam conditio dabitur. Hoc tamen ita si quis dederit iudici pecuniam ne male

non è concesso *repetere*. Su questo punto è tassativo il giudizio del Piacentino: in ogni caso il giudice corrotto *male verum examinat* e per questa ragione egli deve soggiacere alla *Lex Iulia repetundarum* in cui si vieta al giudice di accettare qualunque donazione che superi cento *aureorum* annui⁴⁴. Ancora Azzone, alcuni decenni più tardi, nel distinguere tra la vendita del *iudicium* giusto e quella del *iudicium* ingiusto per ammettere o escludere la ripetizione del prezzo pagato, addossa la *turpitudine* soltanto allo *iudex* corrotto – e non anche a colui che corrompe – qualora il prezzo sia stato pagato al giudice *ut bene iudicet* o *ne male iudicet*: per ottenere cioè quello che i canonisti chiamano il *iudicium iustum*⁴⁵. Al culmine della scuola della glossa Accursio conferma questa posizione con toni ancora più decisi rispetto ad Azzone, come egli stesso dichiara, almeno con riguardo alle liti calunniose. Accursio, in aderenza alla disciplina fissata sotto il titolo del Digesto ‘De calumniatoribus’, ritiene responsabile il giudice che dietro pagamento accetta o non accetta il *iudicium calunnioso*: la sola intenzione di accettare denaro, *calumniae causa* rende il giudice colpevole, ancorché egli non abbia poi dato seguito alla trattazione del giudizio falso. Il caso è specifico giacché si tratta dell’espletamento dei doveri dell’*officium iudicis* non nell’ambito di un processo correttamente iniziato, cioè in *bona causa*, ma al contrario nell’ambito di un giudizio instaurato *calumniae*

iudicet, hoc in casu quia iudex turpiter fecit quia accepit, datum condici poterit. Idem si dederit pecuniam ut bene iudicet. Enimvero si quis iudici pecuniam dederit ut non iudicet uel ut male iudicet, is qui dedit non repetit, quia ipse (sicut et qui accipit) turpiter agit..., forte fiscus ex generali regula ab indigno poterit auocare», ed. Moguntiae, 1536 (rist. anast. Torino, 1962), p. 350 (sub tit. 52).

⁴⁴ PIACENTINO, *Summa Codicis*, in rubr. tit. ‘Ad legem Iuliam repetundarum’ (*Cod.* 9.27): «Tenetur quoque lege Iulia, qui accepit pecuniam ob iudicandum uel non, ob honorem discernendum uel non, ob militem legendum uel non, ob mittendum uel non, iudicium dandum uel non, ob accusandum uel non, ob arbitrium dandum uel mutandum uel non, hominem in publica uincula conuicendum uel non. Haec ita quia corruptus iudex male uerum examinat, et quia iudices ab omni munere debent excutere manus suas et cauere ne plus doni munerisue in anno accipiant quam quod sit aureorum centum, ut ff. eo., l. eadem (*Dig.* 48.11.6.2)», ed. Moguntiae, 1536, p. 442 (sub tit. 27). Sulla derivazione della locuzione «corruptus iudex male verum examinat», citata dal Piacentino e circolante negli ambienti filosofici medievali, cfr. *supra*, nel testo, § 1.

⁴⁵ Per il passo azzoniano cfr. la successiva nota 72.

causa. Forse per questa ragione Azzone – come riferisce Accursio – esclude qui la responsabilità del giudice, se *accepit ut negotium faceret et non fecit*. E il fondamento normativo invocato da Azzone – sempre secondo la citazione accursiana – induce ad equiparare l'attività decisoria del giudice con la *locatio operae*, così che «qui autem operas suas locavit, ut prodiret artis ludicrae causa neque prodit, non notatur (*Dig.* 3.2.3)»⁴⁶.

A qualificare poi la vendita della giustizia in senso non soltanto immorale ma più precisamente anticristiano si riaffaccia, in Accursio come tra i canonisti, il *nomen* della simonia. C'è una duplice responsabilità nella pronuncia resa dal giudice a vantaggio di chi ha pagato: quella di colui che paga per ottenere una sentenza favorevole, tentando così di vincere *simoniace* la lite, e quella del giudice che si presta a pronunciare una simile sentenza⁴⁷. Il genere di *litigator* che Accursio definisce simoniaco è quello descritto in *Cod.* 7.49.1 – *qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit* – ma la novità accursiana sta nel legare *turpitude* e *simonia* in un concetto unico, quello della corruzione della giustizia, in maniera simile a quanto era avvenuto in ambiente canonistico. Pertanto l'impostazione dei civilisti – almeno quella osservata a grandissime linee in questo studio – finisce per affiancare gli indirizzi canonistici, con la loro tendenza a mescolare gli aspetti antiggiuridico e antietico, in maniera più energica di quanto si possa pensare *prima facie*. Pur senza citare, come i canonisti, locuzioni del tipo 'fraudem in Deo perpetrat' con riguardo al giudice corrotto, i civilisti (Piacentino, Azzone, Accursio) considerano la corruzione del

⁴⁶ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, [*Dig.* 3.6.3] ad vv. *siue non fecerit*: «et sic punitur propositum, licet non sequatur effectus, ut supra de postu., l. I, § item senatus (*Dig.* 3.1.1.6ca. pr.) et supra quod quisque iur., l. III in prin. (*Dig.* 2.2.3pr.). Set az. contra, supra de his qui no. infra., l. Qui autem (*Dig.* 3.2.3)», ed. Venetiis, 1488, rist. anast. in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, VII, Augustae Taurinorum, 1969, p. 137a.

⁴⁷ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, [*Dig.* 12.5.2.2] ad vv. *Sed et si dedi secundum me in bonam*: «Istud 'secundum me' potest determinare uerbum 'pronunciaret' et nomen 'bonam', prout uero determinat uerbum est sensus, quia dedi iudici ut iudicet pro me et quod subicit 'est relatam' scilicet a quibusdam. Sed male secundum omnes et ideo corrigit statim 'sed hic quoque' etc. et quod subicit litem perdere dicit, scilicet 'conditione ob tur. cau.' et aliam scilicet litem quam simoniace uoluit vincere, et secundum hoc vertitur turpitude utriusque...» (ed. Venetiis, 1488, p. 407b).

iudex come *turpitudō*, e come *simonia* (Accursio); tendono a far uso cioè sia della terminologia ricavata dai testi giustiniani (*turpitudō*) sia della terminologia propria dei canonisti (*simonia*). Nel concetto della corruzione dunque si mescolano valutazioni antireligiose e valutazioni antimorali e anti giuridiche, la cui risultante tiene uniti i due ambienti scolastici.

5. *L'honor publicum offeso*

La corruzione è ritenuta comportamento tanto grave da escludere quella sorta di 'immunità' che è prevista per i giudici *illustres*. È Giovanni Bassiano, in un passaggio dell'*Ordo* 'Propositum presentis operis' (1167-1181), a far luce sulla questione. Il *magistratus qui habet imperium* e che ha il potere di infliggere pene gravi non può essere citato in giudizio *ratione publici honoris*, se non al termine dell'anno di carica. Ma se egli ha dato o accettato denaro per espletare i compiti connessi al suo ufficio, allora certamente dovrà rispondere in giudizio e dovrà sottostare alla disciplina fissata nella *Lex Iulia repetundarum*⁴⁸. Ancora Accursio terrà a sottolineare che la corruzione rende possibile indagare l'operato del *magistratus* anche prima del termine del suo

⁴⁸ GIOVANNI BASSIANO, *Ordo* 'Propositum presentis operis': «§ 99. Honoris publici ratione in ius non vocas magistratum qui habet imperium et qui potest coerere aliquem et iubere in carcerem deduci, ut consulem, prefectum, pretorem, et consimiles, idest illustres. Sed nec presidem, licet sit clarissimus, ut in Auth. de non alienandis § ult. (Nov. 7 c.12); habet enim imperium, ut D. de officio presidis l. preses (D. 1, 18, 3). Et quod dicit 'coerere' intellige pena graviori, nam modicam coercionem habent magistratus minores, ut D. de officio eius cui mandata l. ult. (D. 1, 21, 5). Hii, namque minores recte vocari possunt, ut D. de iniuriis l. nec magistratus (D. 47, 10, 32); sed illa greca lex D. de iudiciis l. magistratibus (D. 5, 1, 48) generaliter prohibere videtur. § 100. Sed intelligo de maioribus magistratibus; nec contradicit legi illi de iniuriis l. nec magistratibus (D. 47, 10, 32); sed addit aliquid, hoc scilicet ne omnes agere possint, idest pro omni causa. Recte tamen vocabuntur si pecuniam pro administratione dedisse vel accepisse dicantur, vel si in officio suo officii occasione deliquerint, ut in coll. II ut iudices sine quoquo suffragio fiant § si quis autem preter hoc (Nov. 8 c. 8 § 1); et C. ad legem Iuliam repetundarum l. iubemus (C. 9, 27, 4)», J.B. PALMIERI (ed.), *Libellus de ordine iudiciario*, in *Scripta Anecdota Glossatorum*, Bononiae, 1892 (Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, II), p. 222a.

mandato⁴⁹. Entra così in gioco l'*honor publicum*: il quale è tutelato attraverso il divieto di chiamata in giudizio dei *magistrati illustres*, ma è ugualmente tutelato attraverso la circostanza opposta, cioè mediante la possibilità di chiamare in giudizio il *magistratus* quando, a seguito della corruzione, egli abbia appannato il prestigio di cui gode la carica che ricopre. Si tratta di un aspetto peculiare nel modo di trattare il problema della corruzione del giudice, che ci fa comprendere quale fosse la posizione del giudice non soltanto di fronte alla legge, ma anche di fronte alla comunità destinataria principale del suo operato⁵⁰. Anche perché la testimonianza del Bassiano, sotto questo profilo, non è affatto isolata. Ed anzi, ancora più esplicito è il giudizio dell'*Ordo* 'Olim' (post 1177), laddove la perdita di credibilità a cui va incontro il giudice corrotto è ricondotta espressamente all'aver egli giudicato *gratia vel pro pecunia*. Nel ripetere sostanzialmente il testo di *Cod. 7.49.2*⁵¹ l'autore dell'*Ordo* considera non l'ingiustizia del pronunciamento finale, ma la corruzione in sé, in quanto generatrice della cattiva qualità del *iudicium* tutto intero⁵². Il tratto è breve per giungere a raffigurare la corruzione come una

⁴⁹ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [Cod. 9.27.4] ad v. *administrante*: «Contra ff. de iudi., l. Pars litterarum (Dig. 5.1.48) et ff. de in ius vo., l. II (Dig. 2.4.2) et ff. de iniur., l. Nec magistratibus (Dig. 47.10.32). So.: speciale quando occasione officii conuenitur ut hic (Cod. 9.27.4), secus si ex alia causa» (ed. Venetiis, 1488, p. 563b).

⁵⁰ Sui rapporti tra *dignitas*, *nobilitas* e *fama*, elementi caratterizzanti il ceto-casta dello *iudex*, cfr. E. CORTESE, *Intorno agli antichi iudices toscani e i caratteri di un ceto medievale*, in *Scritti in memoria di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, pp. 32-34, ora in I. BIROCCI, U. PETRONIO (a cura di), *Scritti*, I, Spoleto, 1999 (Centro Italiano di studi sull'Alto Medioevo. Collectanea, 10), pp. 776-778.

⁵¹ Il testo completo di *Cod. 7.49.2* alla precedente n. 14.

⁵² ORDO 'OLIM': «Sordibus uero iudex abstineat etenim si precio deprauatus aut gratia perperam iudicauerit, æstimationis dispendium patietur, et in litis discrimine erit ei obnoxius, quem sua læsit sententia, ut Cod. de pœna iudicis qui male iudicauerit, l. De eo (Cod. 7.49.2), et l. Si filius (rect. Filius) ff. de iudiciis (Dig. 5.1.15)», *Ordo iudiciarius qui dicitur «Olim»*, Moguntiae, 1536, rist. anast. in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, IV.2, Augustae Taurinorum, 1967, p. 155 = p. 29 della rist. (sub caput XXVI 'De officio iudicis post litem contestatam, deque Sententia ferenda'). Quanto alle diverse ipotesi storiografiche inerenti il problema dell'autore di questo *ordo* cfr. da ultimo A. GOURON, *Qui a écrit l'ordo «Olim edebatur»?*, in *Initium*, 8 (2003), pp. 65-84 (ivi bibl.). In questo studio il Gouron respinge l'attribuzione dell'opera ad Ottone da Pavia, e riprendendo la tesi della paternità d'un maestro d'area inglese, ipotizza (p. 79)

condotta infamante, il che avviene in un passaggio della glossa accursiana in cui il *dispendium extimationis* è ricollegato proprio all'infamia⁵³. Né si tratta di una novità. Azzone, utilizzando opportunamente e nella sua completezza lo strumentario romanistico repressivo della corruzione – su cui si tornerà più oltre – cita espressamente l'*actio doli* e la perdita della buona fama di cui v'è traccia in *Cod. 7.49.2* per qualificare il comportamento del giudice corrotto⁵⁴. Se poi si considera che il testo della legge 'Iubemus' (*Cod. 9.27.4*), su cui si appoggia Bassiano per riconoscere tutela all'*honor publicum*, entra nel Decreto graziano (C.I q.1 c.126), il quadro mirabilmente si completa: puntualmente, il *casus* di Benincasa dà rilievo alla possibilità di citare in giudizio lo *iudex improbus* non soltanto al termine del suo mandato, ma anche prima. Si ottiene così la rimozione dall'incarico qualora sia dimostrata la responsabilità del giudice (*si convictus fuerit*)⁵⁵.

Questo modo di concepire l'offesa all'*honor publicum* e la perdita della buona reputazione da parte del giudice corrotto non rappresenta un interesse meramente speculativo, legato ad un'esigenza puramente esegetica della tradizione romanistica; o a quell'altra esigenza filosofica, che tendeva a sottolineare la funzione sociale della giustizia in vista

che questo *Ordo* debba essere ascritto ad «un canoniste anglais ou écossais de l'école parisienne», probabilmente «Rodo[r]icus Modicipassus».

⁵³ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [*Cod. 7.49.2*] ad v. *estimationis*: «...Vel dic quod patitur dispendium estimationis idest quia efficitur infamis sequens non mutatur» (ed. Venetiis, 1488, p. 457b). Sull'infamia cfr. P. LANDAU, *Die Entstehung des kanonischen Infamiebegriffs von Gratian bis zur Glossa Ordinaria*, Köln-Graz, 1966 (Forschungen zur kirchlichen Rechtsgeschichte und zum Kirchenrecht, 5). In particolare, sul significato della 'buona fama' e sugli effetti dell'infamia elaborati nella dottrina dei glossatori cfr. F. MIGLIORINO, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania, 1985, pp. 139-157 (si vedano in particolare le pp. 156-157 sull'incapacità dell'infame ad essere giudice).

⁵⁴ Per il passo azzoniano in questione cfr. *infra*, n. 117.

⁵⁵ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.I q.1 c.126] ad v. *Iubemus*: «Dicitur in hac lege quod, si quis honorem habens siue administratione possessor alicuius decurio vel colonus reipub. ab aliquo iudice fuerit concussus, idest grauatus in pecunia, item si iudex venalem tulit sententiam vel pretio poenam imposuerit vel aliqua ratione improbus repertus fuerit, ante administrationem vel post poterit accusari. Et si convictus fuerit, remouebitur» (ed. Romae, 1582, col. 743).

della pacifica convivenza⁵⁶. Esso sembra trovare una dimensione tangibile nell'atteggiamento di tutela dei Comuni italiani, i quali sottoponevano a sindacato i propri magistrati per cautelarsi di fronte a funzionari che erano stranieri, e che erano espressione più o meno diretta di gruppi familiari e non, legati da alleanze politiche⁵⁷, dei quali è immaginabile difendessero tendenzialmente gli interessi. Il Comune «mira a garantirsi dall'arbitrio di funzionari nominati per breve tempo e che, non essendo burocrati diremo così di carriera, non erano in certo modo forzati... dalla durata stessa della loro carica ad una onestà media, senza della quale la loro posizione sarebbe presto caduta miseramente»⁵⁸. Dietro questa esigenza «la legislazione statutaria non si ferma alla responsabilità civile del giudice e del magistrato, cui si fa sempre... obbligo di risarcire il danno... Questa pura e semplice restaurazione del danno ristabilisce l'equilibrio della vita giuridica turbata dall'illegale attività del magistrato comunale soltanto da un punto di vista privatistico... Ma in tal modo, secondo gli statuari, non si soddisfa certamente alla ferita inferta alla costituzione comunale, ed al principio di legalità che ne è fondamento»⁵⁹. Perciò i Comuni sottoporrono i propri magistrati al sindacato, istituto avente carattere politico⁶⁰. I pur brevi passaggi tratti dagli *ordines iudicarii* sopra citati sembrano dunque essere ben radicati nella realtà del loro tempo, ed in sintonia con le esigenze che il Comune cittadino, dal canto suo, andava tutelando.

6. *La responsabilità del litigator corrumpens*

Notevoli analogie con l'impostazione dogmatica della responsabilità del giudice corrotto si riscontrano nei caratteri della responsabilità del

⁵⁶ Su quest'ultimo punto cfr. *supra*, § 1.

⁵⁷ Numerosi esempi sul punto negli studi raccolti in *I podestà dell'Italia comunale, I: Reclutamento e circolazione degli ufficiali forestieri (fine XII sec.-metà XIV sec.)*, J.-C.M. VIGUEUR (a cura di), Roma, 2000 (Collection de l'École Française de Rome, 268), *passim*.

⁵⁸ U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, Padova, 1955, p. 137.

⁵⁹ *Ibid.*, p. 125.

⁶⁰ *Ibid.*, pp. 132, 134.

litigator corrumpens, almeno per come essi risultano elaborati in alcune fonti di rilievo dell'età dei glossatori. Anche in questo caso, la possibilità di riconoscere responsabile la parte che corrompe lo *iudex* deriva sostanzialmente dallo stesso principio di fondo già osservato con riguardo al giudice. Come si notava all'inizio, l'idea della giustizia si accompagna a quella di *virtus*, e come tale pertanto deve essere stimata. Con questo intendimento paiono doversi leggere le parole tratte dal *Codex* giustiniano (*Cod.* 7.49.1)⁶¹, talora ripetute dai glossatori, in cui la *turpitudine* del *litigator* pagante è legata al fatto che egli non ha avuto fiducia nella giustizia, e perciò si è deciso a corrompere il giudice: la sfiducia, il discredito per una entità che è pressoché sacra è la ragione scatenante della responsabilità di colui che corrompe il giudice. Dalla mancata reverenza per la *iustitia* – rappresentata, è appena il caso di ricordarlo, come un tempio celeste nelle *Questiones de iuris subtilitatibus*⁶² – discende non soltanto la responsabilità del giudice per la vendita del giudizio ma anche la responsabilità del *litigator* che lo compra. Piacentino, al riguardo, pronuncia un verdetto emblematico quando definisce «*contra fas et pium*» la condotta di chi compra la giustizia⁶³. V'è poi al fondo della questione, ancora una volta, un solido impianto normativo di matrice giustiniana e graziana. Come si diceva, nel *Corpus iuris civilis* la parte che corrompe il giudice è condannata perché «*diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposuerit*» (*Cod.* 7.49.1). Essa inoltre è sottoposta alle sanzioni previste sotto il titolo del Digesto 'De calumniatoribus', e sotto il titolo 'De conditione ob turpem vel iniustam causam'⁶⁴. Ecco dunque che di nuovo il Piacentino non ha esitazioni nel dichiarare che il *litigator* «*qui dedit*» soggiace ad

⁶¹ Per il testo di *Cod.* 7.49.1 cfr. *supra*, n. 12.

⁶² Sull'idea di Giustizia quale è rappresentata nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* cfr. M. SBRICCOLI, *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano, 2003, pp. 47-57.

⁶³ PIACENTINO, *Summa Codicis*, in rubr. tit. 'Ad legem Iuliam repetundarum' (*Cod.* 9.27): «*Aliquando quoque is qui pecuniam dedit mirabili lege Iulia repetundarum tenetur: puta si quis dedit ut honorem sortiatur, ut Cod., eod., l. ult. (Cod. 9.27.6). Præsumitur enim quod sicut iudicem corrupit, sic et ipse constitutus iudex etiam corrumpi posse facile putetur; et quod quicquid potuerit passim et contra fas et pium lucrabitur et extorquebit*», ed. Moguntiae, 1536, pp. 441-442 (*sub tit.* 27).

⁶⁴ *Dig.* 3.6.3.3; *Dig.* 12.5.2.2.

una serie di effetti – dei quali si dirà meglio oltre – per il fatto che ha diffidato del giusto processo. Un tal *litigator* «turpiter fecit»: si rinnova, in questa espressione, il disprezzo di ordine morale che accompagna generalmente, nell’atteggiamento mentale dei glossatori, la questione della corruzione della giustizia. Ad accomunare la condotta del giudice corrotto e del *litigator corrumpens*, ancora il Piacentino pone in evidenza come «eadem laborat turpitudine»⁶⁵. E il medesimo frammento giustiniano (*Cod.* 7.49.1) – sempre per richiamare la pena cui è sottoposto il *litigator qui iudicem corrupit* – è citato dall’autore dell’*Ordo ‘Olim’*⁶⁶, e più tardi da Azzone⁶⁷. D’altro canto, sempre sul piano normativo, è il Decreto di Graziano a fissare i termini della questione, con il ribadire quanto già chiarito con riguardo alla responsabilità del giudice: «solet male sibi ablatam pecuniam repetere, qui iustum iudicium emit, quoniam uenale esse non debuit» (C.XIV q.5 c.15 §1 *in fi.*).

Che il comportamento dello *iudex* corrotto e del *litigator corrumpens* siano riconducibili al medesimo schema teoretico trova ulteriore riprova in quelle fonti in cui si rintracciano asserzioni simili alla seguente: «Turpitude enim versatur aliquando ex parte dantis et accipientis, aliquando ex parte dantis tantum, aliquando ex parte accipientis tantum»⁶⁸. Sono parole di Rufino che distingue il caso in cui la corruzione coinvolga sia il giudice sia la parte, dal caso in cui coinvolga soltanto uno dei due. La suddivisione serve a stabilire se sia possibile o meno, per colui che paga, *repetere*⁶⁹. Non sfugge però come la *turpitude* – in linea con il dettato giustiniano – sia la componente che accomuna tutte

⁶⁵ PIACENTINO, *Summa Codicis*, in rubr. tit. ‘De poena iudicis...’: «...eadem laborat turpitudine... Item auarus et perfidus litigator non in eo tantum punitur, quia id quod dedit non condicit, immo cum diffidentia iustæ causę in corruptelam pecunię spem reposuerit a causa cadit, litem amittit, contrariam sententiam reportabit», ed. Moguntiae, 1536, p. 350 (*sub* tit. 52). Per la prima parte del testo cfr. *supra*, n. 43.

⁶⁶ ORDO ‘OLIM’: «Litigator quoque si iustæ sententię diffidentia iudici uel ei qui pro domino litis contra ipsum litigat dando in pecunię corruptelam spem negotii repunit, sententia iure amittat actionem», ed. Moguntiae, 1536, p. 155 = p. 29 della rist. (*sub* caput XXVI ‘De officio iudicis...’).

⁶⁷ Per il passo azzoniano cfr. *infra*, n. 72.

⁶⁸ RUFINO, *Summa Decretorum*, [C.XIV q.5 c.15] ad vv. *Ille tamen* (ed. SINGER, p. 344).

⁶⁹ Sul punto cfr. il successivo § 9.

le fattispecie poi elencate. Con questo preciso significato si esprime, senza veli, l'autore dell'*Ordo* 'Quia iudiciorum', quando afferma «qui dat et qui accipit, turpiter facit»⁷⁰. E la stessa locuzione, come si osservava più sopra, caratterizza il pensiero del Piacentino.

Ma commette peccato il *litigator corruptens*, così come lo *iudex* corrotto? Interessanti le opinioni, su questo tema, riferite da Giovanni Teutonico, che mostrano una apertura dei canonisti, nel modo di considerare la responsabilità del *corruptens*, nuova e in qualche misura contrastante con quanto fissato nel c.15 della C.XIV q.5, cui si è accennato. Giovanni condivide la posizione di alcuni dottori, secondo cui pecca il *litigator* che paga il giudice per ottenere una sentenza in proprio favore. Ricompare l'espressione 'turpiter facit' che suona ora come un giudizio cristianamente qualificante, in senso negativo, il comportamento del *litigator*. Non cade invece nel peccato chi ha pagato il giudice *ut iuste iudicet*. Si presenta allora una differenza rispetto al *iudex corruptus*: mentre quest'ultimo risponde di fronte a Dio qualora venda il *iudicium*, anche se giusto – secondo il profilo giuridico ed etico più sopra esaminato – chi compra il *iudicium* giusto non commette peccato, almeno per certi canonisti di cui Giovanni serba memoria. Da qui discenderebbe la possibilità – condivisa anche dal Teutonico – di *repetere* quanto pagato. Più severa – nel racconto del nostro – è la posizione di certi *doctores legum*: per molti di loro, il mero fatto dell'aver pagato il giudice configura la fattispecie prevista nella legge *Ut puta*, sotto il titolo 'De conditione ob turpem vel iniustam causam' (*Dig.* 12.5.2), e per questo è da escludere la ripetizione di quanto pagato⁷¹. A ben guardare, risulta provato che la questione avesse generato un dibattito dottrinale proprio durante la prima decade del '200, quando sono attivi Giovanni Teutoni-

⁷⁰ ORDO 'QUIA IUDICIORUM', ed. SCHULTE, p. 316 (sub tit. XVII 'De iudiciis et iudicibus').

⁷¹ GIOVANNI TEUTONICO, Apparato ordinario, [C.XI q.3 c.66] ad v. *expectat*: «...Sed numquid peccat qui iudici dat pecuniam ut iuste iudicet? Dicunt quidam si: dans hoc exprimit quod ideo det pecuniam ut pro eo ferat sententiam, turpiter facit, nec tunc repetet quod dedit. Sed si simpliciter det ei ut iuste iudicet, vel ut iuste testetur, non peccat et tunc repetet quod dedit 14 q.5, Non sane (C.XIV q.5 c.15). Plerique doctores legum dicunt qualitercumque det non repetit quia voluit corrumpere iudicem, ut ff. de condi. ob tur. causam, l. 2 (*Dig.* 12.5.2), et venales sententiæ nulle sunt, 2 q. 6 § venales (C.II q.6 d.p.c.141 § 9)» (ed. Romae, 1582, col. 1250).

co ed Azzone, e come essa abbia subito un'evoluzione tale da condurre, nell'arco di qualche decennio, a soluzioni opposte. È Azzone, contemporaneo all'incirca del Teutonico, ad interrogarsi sulla qualità del giudizio comprato, e a dilungarsi sulla distinzione di molteplici comportamenti che vedono diversamente responsabile il *corrumpens*: il tutto sempre nel quadro della ammissibilità della *repetitio* del prezzo pagato; *repetitio* che Azzone – dal canto suo – non esita ad accettare qualora il *litigator* abbia inteso ottenere il *iudicium iustum*⁷². Il Piacentino prima di Giovanni ed Azzone, e dopo di loro Accursio non accennano ad alcuna disputa sulla questione; adottano però, rispettivamente, soluzioni opposte. Il Piacentino teorizza una disciplina rigida, senza distinzioni, e per far ciò dà rilievo alla *turpitudō* del *corrumpens*, che è tale indipendentemente dalla qualità del *iudicium* comprato, ingiusto o giusto⁷³, alla maniera di quanto stabilito in C.XIV q.5 c.15. Accursio, invece, esprime una posizione contraria a quella del Piacentino: il *litigator* che compra il giudizio giusto non agisce con dolo, come chi corrompe il giudice per ottenere una sentenza a sé favorevole ma ingiusta. Il primo agisce in vista della *bona iustitia*. Pertanto – non rientrando il caso in *Dig.* 12.5.2.2, non rilevandosi cioè, nel comportamento del *litigator*, gli estremi della *condictio ob turpem vel iniustam causam* – è possibile

⁷² Azzone prospetta una casistica articolata: talora il *litigator* è *litigator corrumpens*, e dunque responsabile (se pagò per ottenere il *iudicium* ingiusto, o semplicemente per ottenere la trattazione del *iudicium*); talora, invece, è esclusa la responsabilità del *litigator* (se questi comprò il giudizio giusto) e, contemporaneamente, la *turpitudō*, dolosa o colposa, ricade soltanto sul *iudex*: con la conseguenza che soltanto nel secondo caso, essendo il giudice colpevole *ex quasi meleficio*, il *litigator* può ripetere il prezzo, attraverso un'*actio in factum*. Il passo azzoniano così corre: *Summa super Codicem*, in tit. 'De pena iudicis...': «Sed nunquid ille qui dedit pecuniam poterit eam repetere a iudice? Et certe, si dederit ei ut male iudicaret, non repetit, ut ff. de condi.ob tur. cau., l. III (*Dig.* 12.5.3). Idemque puto et si dederit ei ut non iudicet. Si autem dederit ei ne male iudicet vel ut bene iudicet forte locum habet repetitio, quia turpitudō est ex parte iudicis tantum. Si autem dederit simpliciter ut iudicet, dixerunt quidam dari repetitionem, sed tamen litigator amittit principalem causam, ut ff. de condi. ob tur. ca., l. II § ul. (*Dig.* 12.5.2.2). Set et eadem lege magis puto denegari repetitionem pecunie, sicut et ibi dedit ut pro se iudicaret» (ed. Papias, 1506, rist. anast. in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*, II, Augustae Taurinorum, 1966, p. 284b).

⁷³ Sul punto cfr. *supra*, § 2.

ammettere la *repetitio* del prezzo pagato⁷⁴. Una simile circostanza lascia intravedere come l'indirizzo canonistico meno risalente, testimoniato da Giovanni Teutonico, risulti vincente ai tempi della glossa accursiana. E c'è da chiedersi quale sia stata la ragione del cambiamento così radicale nell'impostazione dottrinale della responsabilità del *litigator corrumpens*, tale da rovesciare la posizione dei *doctores*. Suggerisce qualche spiegazione, al riguardo, ancora una volta Giovanni Teutonico. E il nodo si scioglie: una decretale di papa Celestino III, degli anni tra il 1191 e il 1198 prevede la ripetizione di quanto pagato in relazione ad un caso specifico a lui sottoposto: poteva *repetere* colui che aveva consegnato del denaro ad un prelado affinché quest'ultimo cessasse di molestarlo (*multa gravamina et varia iniuria*), ma non avesse potuto ottenere lo scopo. Giovanni estende questa disposizione alla corruzione in atti processuali, facendo leva – evidentemente – sul fatto che il denaro sia servito al conseguimento di una causa giusta, senza possibilità di ottenerla⁷⁵. *Mutatis mutandis*, il *litigator* che paga perché il giudice «iuste iudicet» persegue, in verità, la *bona iustitia*, e dunque può chiedere di riavere indietro quanto corrisposto. Perciò, la legislazione decretalistica segna i profili giuridici del problema della *repetitio*, fino ad uscire dai confini canonistici, come dimostrano le tesi di Azzone e di Accursio. In definitiva, per quanto, tra i civilisti, non vi sia accenno alla questione del *peccatum*, la loro attenzione da un lato per l'*animus* con cui agisce il *litigator* che compra il giudizio giusto, dall'altro per il fine del raggiungimento della *bona iustitia*, rivela come il giudizio morale, rapportato dai canonisti all'esistenza o meno del peccato, acquisti rilievo

⁷⁴ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [Cod. 7.49.2] ad v. *discriminis*: «...An autem ille qui dedit repetere potest quod dedit habes ff. De condi. ob tur. causam, l. II in fi. (Dig. 12.5.2.2). Et hic cum dolo» (ed. Venetiis, 1488, p. 457b).

⁷⁵ GIOVANNI TEUTONICO, *Apparato ordinario*, [C.XIV q.5 c.15] ad v. *Ille*: «Arg. contra illos qui dicunt, si dedi tibi pecuniam ut pro me iudicares in iusta causa, quod non possum repetere pecuniam datam, ut ff. de condi. ob tur.cau., l. 2 (Dig. 12.5.2) ubi dicitur quod talis litem perdit quia videtur velle iudicem corrumpere. Ego credo quod possit talis repetere pecuniam si non eo animo dat ut iudicem corrumpat. Nam si dat eo animo ut ius et quietem sibi conseruet, tunc potest repetere, ut probatur extra. de simo., Dilectus (2 Comp., 5.2.10 = X V.3.28). Sed ibi dicitur quod repetit si non seruatur pactum» (ed. Romae, 1582, coll. 1411-1412).

decisivo anche presso i civilisti: attraverso questa via la soluzione per così dire indulgente finisce per avere la meglio.

La questione, come si può intuire, è tutt'altro che teorica. Tant'è vero che alcuni *ordines iudicarii* mostrano i segni di una certa evoluzione nel modo di trattare la responsabilità del *litigator corrumpens*. Significative, per questo aspetto, sono le formule del giuramento di calunnia pronunciate dalle parti, con riguardo specifico al nostro tema. Mentre l'*Ordo* 'Si quis de re quacumque' e l'*Ordo* 'Olim' – entrambi risalenti agli anni '70 del XII secolo – portano una dicitura generica in ordine all'impegno dei *litigatores* di non pagare il giudice⁷⁶, le formule del giuramento posteriori al 1200 tendono a specificare che il *litigator* deve dichiarare di non aver pagato, e di non pagare in futuro, il giudice per ottenere una sentenza favorevole. Questa aggiunta finale, tendente ad impedire che la parte prevarichi la giustizia cercando di ottenere, attraverso pagamento, un giudizio a sé favorevole ma ingiusto, si ritrova ad esempio nell'*Ordo* 'Quia utilissimum fore' (1216, 1 red.; 1234, 2 red.) e nell'*Ars notariae* di Raniero da Perugia (1214)⁷⁷. Ciò a dimostrazione della rinnovata esigenza di stabilire, all'atto pratico, quando e a carico di chi agisca il degrado morale che dà luogo al giudizio corrotto.

7. Le misure preventive della corruzione

La risposta alla corruzione del giudice avviene su due fronti: preventivo e repressivo. E se certamente esercita una qualche forza dissuasiva la lezione dottrinale dei civilisti e dei canonisti attraverso i richiami alle figure della simonia, dell'infamia, della concussione, della calunnia, e con l'avvertimento – soprattutto della canonistica – di come sia *peccatum* mercanteggiare il *iudicium* ancorché *iustum*, non è di poco rilievo neppure il fatto che, in questa impostazione della scienza giuridica preaccursiana, vi sia una certa vicinanza all'idea di fondo con cui, al di fuori degli ambienti giuridici scolastici, si affronta il problema della scelta degli ufficiali del Comune. L'*Oculus pastoralis*, un'operetta pre-

⁷⁶ Per il testo cfr., rispettivamente, le successive note 101 e 102.

⁷⁷ I passi *infra*, note 103 e 105.

cettistica del 1222 diretta ai podestà⁷⁸, con riguardo a questo tema così si apre: «Officiales curet habere catholicos»⁷⁹. La caratteristica dell'aderenza all'istituzione religiosa è requisito primo e fondamentale nella scelta degli uomini che reggeranno il Comune ed amministreranno la giustizia. Ed è sempre dell'*Oculus pastoralis* quella parte dell'*Invectiva justitiae contra rectores gentium* dove, nell'invitare il podestà a tenersi lontano «ab iniustis iudiciis et exactionibus illicitis», si fa esplicito riferimento alla responsabilità dei podestà di fronte a Dio, ed a come non possa essere rimesso il peccato se prima non si restituisce ciò che si è tolto⁸⁰. Ricompare – con scopo preventivo della corruzione – e con tutta la forza morale e giuridica che già gli era stata attribuita da Giovanni Teutonico, il termine 'peccatum'⁸¹.

Di natura tecnicamente preventiva, poi, risulta essere il giuramento richiesto al giudice al momento di entrare in carica. La dottrina affronta l'argomento dal lato dell'obbligo dello *iudex* di giudicare *secundum leges*⁸², ma sono gli statuti a chiarire la necessità che il giudice si comporti *sine fraude*, richiamando così una terminologia (*fraus*) tipica, in

⁷⁸ Indicazioni bibliografiche sull'*Oculus pastoralis* di Boncompagno da Siena in D. QUAGLIONI, *Delinquens in officio*, cit., p. 44 n. 89. L'A. osserva che, in tema di scelta degli ufficiali del Comune, v'è un parallelo tra i 'manuali dei podestà', come l'*Oculus*, e la *Magna Glossa* accursiana.

⁷⁹ Il passo è riportato per esteso in D. QUAGLIONI, *ibid.*, pp. 44-45.

⁸⁰ Riporto il passo da U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 41: «abstinetes itaque ab iniquitatibus et operibus pravis et estote contenti praemissis finibus vobis datis, ut luceant opera vestra coram hominibus et exitus officii habeatur merito commendandus... cavete igitur ab iniustis iudiciis et exactionibus illicitis... ut, quum tempus reddendae prout gessistis rationis advenerit, non inveniat vos (Jesus Christus) restitutioni obnoxius; quoniam non dimittetur peccatum nisi restituatur vel remissum fuerit oblatum. Dirigat Dominus gressus vestros in semitis suis et perducat ad exitum regiminis gratiosum».

⁸¹ Cfr. il precedente § 3.

⁸² Per una panoramica sul punto cfr. U. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 191-199. Più in generale, ampi ragguagli sulla polemica dei *doctores* medievali circa il *iudicare secundum leges* o *secundum conscientiam* cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Sur la conscience de juge dans le ius commune européen*, in J.M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *op. cit.*, pp. 97-115 (trad. it. in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VI, Napoli, 2002, pp. 123-141, ora in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003, pp. 253-271).

fatto di corruzione, del Decreto graziano – come indicato più sopra⁸³ – ancorché con diverso significato. Già il giuramento richiesto ai consoli della prima età comunale mostra queste caratteristiche. Se ne trova un esempio nello Statuto di Genova del 1143, in cui i consoli promettono che amministreranno la giustizia *sine malo ingenio et sine fraude*⁸⁴. Ed ancor più convincenti esempi si ritrovano nei brevi dei consoli pisani, del 1162 e del 1164. La formula di chiusura del breve del 1162 recita «hęc omnia, me sciente, sine fraude observabo, per me vel per meos socios, toto tempore huius mei consulatus»⁸⁵: nel confermare l'impegno ad osservare tutto quanto indicato nei capitoli del breve che precede, questa formula rafforza e completa la promessa prestata dal console in prima persona: «nullum officialium nostrorum studiose subducam ad diminuendam alicuius iustitiam»⁸⁶. Ancor più significativa è la chiusa finale del breve del 1164 in cui si fa esplicito riferimento alla promessa del console di attendere ai propri doveri «per bonam fidem ac purum et bonum intellectum non respiciendo studiose amorem seu hodium, pretium seu preces»⁸⁷. Inoltre, sempre nel breve pisano del 1164, si legge un capitoletto in cui il console si impegna a che i giudici chiamati a giudicare delle discordie tra Pisa e Lucca «sine fraude iudicent atque cognoscant»⁸⁸. Di qualche interesse risulta anche l'obbligo imposto al console di *dare consilium sine fraude* qualora ne fosse richiesto dal *consul de iustitia*, obbligo che si ripete nei due brevi pisani⁸⁹, e che è da

⁸³ Cfr. §§ 2 e 3.

⁸⁴ Riporto il testo da U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 44 n. 9.

⁸⁵ O. BANTI, *I brevi dei consoli del Comune di Pisa degli anni 1162 e 1164*, Roma, 1997 (Istituto storico italiano per il medioevo. Fonti per la storia dell'Italia medievale. Antiquitates, 7), p. 69.

⁸⁶ *Ibid.*, p. 54 (sub cap. 15).

⁸⁷ *Ibid.*, p. 101 (sub cap. 61).

⁸⁸ *Ibid.*, p. 80 (sub cap. 11). E, per notizie sulla magistratura a carattere permanente, competente a conoscere del caso indicato in questo capitolo, cfr. *ibidem*, p. 80 n. 12.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 58 (sub cap. 21): breve del 1162; p. 77 (sub cap. 6): breve del 1164. Per l'esattezza l'obbligo di cui sopra, nel testo, è imposto al console che, a Pisa, non giudica personalmente ma elegge i giudici. Maggiori ragguagli sul punto in C. STORTI STORCHI, *Intorno ai Costituti pisani della legge e dell'uso (sec. XII)*, Napoli, 1998 (Europa Mediterranea. Quaderni, 11), pp. 85-91. Si deve inoltre rilevare con G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, I:

intendere come una assistenza di ordine amministrativo e fiscale offerta dal podestà «per tutelare i diritti del fisco e della formale legalità e per l'esecuzione delle sentenze»⁹⁰. La locuzione «bona fide et sine fraude», tendente a divenire formula di stile, si rintraccia anche nei brevi dello Statuto di Treviso del 1207⁹¹ e delle consuetudini di Milano del 1216⁹². E ad ulteriore assicurazione della 'non venalità' del giudicante, lo statuto di Treviso fissa il compenso per il giudice, da chiedere alle parti in egual misura: «Pro iudicatura ultra XII. denarios pro libra ab actore, et XII. denarios pro libra a reo, sciens non auferam»⁹³.

D'altro canto, sempre di natura tecnicamente preventiva, v'è una precisa misura predisposta per evitare che il *litigator* divenga *corruptens*: si tratta del giuramento di calunnia, studiato con particolare accuratezza

Secoli XII-XIII, Milano, 1958 (Seminario giuridico della Università di Bologna, 18), p. 254 che – in certa legislazione statutaria della fine del 1200 – anche il *sapiens* è tenuto a *consulere* «bona fide et sine fraude». E con riguardo al problema della cattiva condotta dei *sapientes* che «amministravano la giustizia sotto la influenza, più o meno diretta, delle passioni di parte» cfr., dello stesso Autore, le pp. 153-155. Per quanto le osservazioni del Rossi si fondino su una testimonianza di Guglielmo Durante (attivo nella seconda metà del '200) – e quindi si riferiscano ad un'epoca più tarda rispetto ai limiti temporali considerati in questo studio – sembrano peraltro qui da richiamare giacché mostrano come il problema della *bona iustitia* andasse aggravandosi.

⁹⁰ A. D'AMIA, *Studi sull'ordinamento giudiziario e sulla procedura delle curie pisane nel sec. XII*, Firenze, 1922, p. 24.

⁹¹ G. LIBERALI, *Gli statuti del Comune di Treviso*, I, Venezia, 1950 (Monumenti Storici pubblicati dalla Deputazione di Storia Patria per le Venezie. Nuova serie, 4), p. 23: «Et infra L. dies a lite contestata... causam finiam vel finiri faciam secundum ius aut leges vel consuetudinem quam melius putavero sine fraude observandam» (sub cap. III: 'De causis infra L. dies finiendis). Questa formula di giuramento del Podestà si ripete identica anche nel giuramento dei consoli (ed. LIBERALI, p. 61, sub cap. 74).

⁹² E. BESTA, G.L. BARNI, *Liber Consuetudinum Mediolani anni MCCXVI*, Milano, 1949, p. 136: «Iuro ego ad sancta Dei evangelia quod consuetudines omnes huius civitatis, quae debent observari, bona fide et sine fraude, secundum quod credidero vel putavero melius pertinere communi utilitati civitatis Mediolani et eius iurisdictionis et hominum iurisdictionis Mediolani inquiram diligenter et eas omnes in scriptis redigam vel redigi faciam et eas potestati Mediolani scriptas dabo vel dari faciam» (sub cap. 30). Per altri esempi circa l'imparzialità del giudice cui fanno riferimento i brevi podestarili cfr. U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 45 n. 13.

⁹³ G. LIBERALI, *op. cit.*, p. 25 (sub cap. VII: 'De XII. denariis iudicatura accipientis').

dai *doctores*⁹⁴, non ritenuto sempre obbligatorio dagli statuti⁹⁵. È stato dimostrato in letteratura come già la *Summa Vindobonensis* e poi il Piacentino – nella ricostruzione dogmatica del *iuramentum calumniae*, sulla scorta dell'autentica giustiniana 'Ut litigantes' (*Nov.* 124 = *Auth.* 117, coll. 9.5) da cui i glossatori trassero l'*authentica Codicis* 'Principales personae' (post *Cod.* 2.58.2 ex *Nov.* 124 c.1) – facciano esplicito riferimento al divieto, per la parte, di dare denaro al giudice⁹⁶. Un tema, questo, arricchito e precisato da Azzone, il quale lascia intendere come si tratti di una formula specifica, separata e aggiunta alle altre di cui si compone il *iuramentum calumniae*⁹⁷, ed avente scopo preventivo nei confronti del *corrumpens*, accusabile di spergiuro qualora, pagando il giudice, venga meno a quanto precedentemente garantito col giuramento⁹⁸. Finché Accursio, nell'elencare le varie parti del giuramento di calunnia prestato dai *litigatores*, afferma: «...actor enim iurat... quod non dabit, vel dedit aliquid iudici ut proferatur pro eo sententia... Et contra reus iurat haec eadem»⁹⁹. Sul versante delle fonti processuali, sono gli *ordines iudicarii*, un genere letterario a metà tra la teoria e la pratica, a dar conto, fin dalla metà del 1100, della presenza, all'interno della formula del *sacramentum calumniae* pronunciato dalle parti, del preciso impegno assunto dal *litigator* a non corrompere il giudice¹⁰⁰. Qualche esemplificazione, al riguardo, si coglie nell'*Ordo* 'Si quis de re qua-

⁹⁴ Ampi ragguagli in N. SARTI, *op. cit.*, pp. 92-254.

⁹⁵ P. SELLA, *Il procedimento civile nella legislazione statutaria italiana*, Milano, 1927, pp. 65-70.

⁹⁶ Al riguardo si vedano i passi riportati in N. SARTI, *op. cit.*, pp. 98-99: SUMMA VINDOBONENSIS, «...qui agunt vel conveniuntur, coram iudicibus iurent nihil iudicibus vel alii persone per se vel per alium dedisse, vel promisisse, neque dabunt...»; e p. 106: PIACENTINO, *Summa Codicis*, «...Sed iurabunt (*scil.* actor et reus) se nihil iudici vel alii promisisse, vel dedisse neque daturus postmodum fore».

⁹⁷ Complessivamente, N. SARTI, *op. cit.*, p. 178 avanza la possibilità «che non esistesse un solo giuramento di calunnia, ma tante specie di giuramenti, differenziati variamente nelle modalità di prestazione quante erano le sedi giudiziarie e le relative prassi». E sulla tendenza della dottrina a delimitare la *materia iurandi* per ridurre la possibilità di incorrere nel peccato di spergiuro cfr. ancora le pp. 194-198.

⁹⁸ Per il passo azzoniano di riferimento cfr. la successiva nota 127.

⁹⁹ La glossa ad *Inst.* 4.16 è riportata da N. SARTI, *op. cit.*, p. 195 n. 106.

¹⁰⁰ Per ulteriori considerazioni sulle formule del *iuramentum calumniae* tramandate negli *ordines* studiati nel testo cfr. il paragrafo precedente.

cumque' (sec. XIIIm)¹⁰¹, nell'*Ordo* 'Olim'¹⁰², nell'*Ordo* 'Quia utilissimum fore'¹⁰³, nell'*Ordo* 'Invocato Christi nomine'¹⁰⁴, e nell'*ars notariae* di Raniero da Perugia¹⁰⁵: in tutti si ripete l'impegno del *litigator* a non offrire alcunché al giudice presso cui pende la causa. Ed è oltremodo significativo che una formula assai simile a quella contenuta negli *ordines* ora citati si ritrovi, ad esempio, nella *coutume* di Montpellier del 1204, ma con la particolarità che il giuramento è pronunciato non dalla parte nei confronti del giudice, ma al contrario dal *bajulus* e dai *curiales* del luogo nei confronti dei *litigatores*¹⁰⁶.

¹⁰¹ ORDO 'SI QUIS DE RE QUACUMQUE': «...non aliter actorem fugientem litis exerce-
re certamina permittit nisi iureiurando propter calumniam prestito... Et quod nihil iudi-
ci dedit vel daturus est...», *Placentini Libellus de varietate actionum, Liber III. de
expediendis iudiciis*, Moguntiae, 1535 (rist. anast. in *Corpus Glossatorum Juris Civilis*,
I, Augustae Taurinorum, 1973), p. 129 (sub tit. XI 'De progressu sive ordine iuditio-
rum'.

¹⁰² ORDO 'OLIM': «Utriusque (*scil.* actor et reus) uero adiicitur sacramento, quod
pro hac causa, uel iudici uel alii nihil dederint, uel daturi sint, uel promiserint...», ed.
Moguntiae, 1536, p. 138 = p. 12 della rist. (sub caput VII 'De iuramento calumniae').

¹⁰³ ORDO 'QUIA UTILISSIMUM FORE': «Lite igitur contestata restat ut iuramentum ca-
lumpnie prestetur quod ita computabitur actori: ...quod non dedisti iudici aliquid vel
alii, nec dabis nec promisisti nec promittes ad hoc ut pro te debeat iudicare»: M.T. NA-
POLI (ed.), *L'Ordo iudiciarius "Quia utilissimum fore"*. *Contributo alla conoscenza del-
le fonti del processo romano-canónico*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtge-
schichte*, kan. Abt., 62 (1976), p. 97.

¹⁰⁴ ORDO 'INVOCATO CHRISTI NOMINE': «Item (iurabit actor) quod nichil iudici
propter hanc causam dedit vel promisit aut dabit vel promittet in futurum per se vel per
alium, exceptis his, que leges dari permittunt», ed. WAHRMUND, p. 70 (*in rubr.* 35,
'Qualiter actor vel reus debeat iurare de calumpnia').

¹⁰⁵ RANIERO DA PERUGIA, *Ars notariae*: «Que dicis isti, qui est hic, ideo dicis...
michi vel alii pro me nec per te nec per alium dedisti nec promisisti aliquid, quod pro te
sententiam detur, nisi quod michi concessum est a iure»: L. WAHRMUND (ed.), *Die Ars
notariae des Rainerius Perusinus*, in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen
Processes im Mittelalter*, Innsbruck, 1917 (rist. anast. Aalen, 1962, III.2), pp. 145-146
(*in rubr.* 288 'De iuramento calumpnie'). Su Raniero cfr. P. WEIMAR, s.v. *Rainerius Pe-
rusinus*, in *Lexicon des Mittelalters*, VII, München, 1995, col. 420.

¹⁰⁶ «Bajulus et curiales tale faciunt sacramentum: ...juro... quod neque per me
neque per alium, ullo modo, ulla occasione, pecuniam vel aliam rem seu promissionem
vel aliquod servitium accipiam ab hiis qui causam habent vel habituri sunt coram me
vel in curia, occasione illius placiti, vel ab aliis nomine eorum; et quod iusticiam vel
aliquid nomine iusticie non accipiam per me vel per alium ante finem cause vel

Pertanto, sulla base del giuramento si contrasta la corruzione della giustizia. L'attenzione prestata a questo tema specifico, durante l'età dei glossatori, spinge a ritenere verosimile che, in assenza di un apparato giurisdizionale strutturato, quale è quello comunale¹⁰⁷, soltanto l'impegno personale e giurato di tenere un comportamento onesto possa offrire le garanzie di cui necessita la *iurisdictio* in senso tecnico. Ancor più tutto questo sembra vero se si considera che, oltre al giuramento preventivo, pronunciato dai consoli e dal podestà al momento di entrare in carica, si ha notizia di un ulteriore giuramento del *iudex* prima di pronunciare la sentenza: a Pisa, il giudice, prima di pronunciare la sentenza rileva di essersi mantenuto imparziale, di modo che la sentenza non possa essere altro che giusta¹⁰⁸; d'altro lato, in maniera simile, l'*Ordo* 'Invocato Christi nomine' afferma che il giudice «tactis evangelii iuravit se cognoscere et diffinire secundum ius»¹⁰⁹. Si rafforza, volta per volta, la garanzia della *bona iustitia*¹¹⁰. Una garanzia, questa, che è frutto dell'intera antica tradizione romano-canonica, di cui si alimenta la cultura giuridica di quest'epoca e che l'esperienza reimpiega nella particolare sfera pubblicistica del comune cittadino¹¹¹.

antequam solutum sit vel satisfactum sit creditoribus vel actoribus». Riporto il passo da J.M. CARBASSE, cit., p. 93.

¹⁰⁷ Sull'assenza, nell'età intermedia, di una amministrazione statale e di uno Stato nel senso moderno – concetti che si legano all'idea moderna di sovranità – cfr. da ultimo D. QUAGLIONI, *Delinquens in officio*, cit., pp. 38-41; ID., *La sovranità*, Bari, 2004, *passim*.

¹⁰⁸ A. D'AMIA, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰⁹ Ed. WAHRMUND, p. 128 (*in rubr.* 51, 'De sententia diffinitiva').

¹¹⁰ Il che subirà ulteriori sviluppi nell'atteggiamento degli statuti più tardi. Citando gli statuti di Diano del 1363, U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 53 rileva «il carattere politico di queste norme statutarie sul giuramento...; le quali tendono tutte a garantire nel modo migliore la legalità della pubblica amministrazione della giustizia».

¹¹¹ Sul significato del giuramento come «instrument of public and state authority» cfr. da ultimo le *Conclusions* di A. PADOA-SCHIOPPA, in *Legislations and Justice*, Oxford, 1997, pp. 354-355.

8. *Le misure repressive della corruzione: le pene da infliggere al giudice corrotto*

Quanto alle misure repressive della corruzione, il sistema elaborato dai dottori riorganizza le sanzioni predisposte nel *Corpus* giustiniano secondo uno schema che tende a sanzionare non soltanto il risultato ingiusto della corruzione – ossia il *iudicium iniustum* mercanteggiato – ma anche il comportamento stesso, qualificato come doloso, e per questa ragione punito. Il che è in linea con quanto osservato più sopra: la valutazione antietica e anti giuridica della corruzione del giudice prescinde dalla giustezza o meno della sentenza venduta, e quest'ultimo elemento non vale di per sé a scagionare o incriminare il giudice che sia stato pagato. La canonistica – sorretta dalle disposizioni del Decreto, esplicitate su questo punto – denuncia il giudice corrotto come calunniatore e concussore (Rufino; Benincasa)¹¹², come infame (*Ordo* 'Quia iudiciorum')¹¹³, prevede inoltre la rimozione dall'incarico (Benincasa)¹¹⁴, senza mai fare riferimento alla qualità del *iudicium* venduto, ingiusto o giusto. Se poi il *iudicium* fu *iniustum*, ricadrà sul giudice la pena ingiustamente comminata¹¹⁵. La misura e la tipologia della pena, peraltro, cambiano in ragione della minore o maggiore gravità della condotta del giudice, cambia cioè il grado della sua responsabilità. È la civilistica a scendere nel dettaglio della questione, in particolare Azzone. Egli innanzitutto distingue tra la corruzione consumata nelle cause civili e quella consumata nelle cause penali. Se il giudice, in una causa civile, accettò del denaro per pronunciare la sentenza (*dolo malo*) è responsabile *ex maleficio*. Sarà quindi perseguibile per rilevare il danno cagionato (*actio in factum, actio de dolo*), così che la parte lesa possa ottenere le spese del giudizio e la vincita della lite. Il giudice che giudi-

¹¹² Cfr. *supra*, § 3 e note 30, 34.

¹¹³ «Si iudex quid dolo malo iudicavit, litem suam facit, et infamatur» (ed. SCHULTE, p. 316 (sub tit. XVII 'De iudiciis et iudicibus')).

¹¹⁴ Il testo alla precedente nota 55.

¹¹⁵ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.I q.1 c.126] ad v. *Iubemus*: «Ad hoc introduct has leges ut ostendat pari poena multandos qui pretio inducti impediunt fieri quod de iure fieri debet, et qui faciunt (*rect. faciunt*) quod de iure fieri non deberet» (ed. Romae, 1582, col. 743).

cò *dolo malo* è dichiarato infame, con le note conseguenze¹¹⁶, e verrà rimosso dall'incarico. Inoltre il *comes privatorum* potrà esigere dal giudice il triplo della somma ricevuta, o il doppio della somma promessa ma non riscossa¹¹⁷. Resta esclusa invece la possibilità, per il *litigator corruptens*, di *repetere* la somma pagata, per le ragioni più sopra esposte, qui riassumibili nel fatto che si tratta di una sentenza ingiusta¹¹⁸. Ancor più severe sono le pene, per lo *iudex corruptus*, nel giudizio penale. In questo caso, se il giudice giudicò *dolo malo*, vedrà confiscati i suoi beni e verrà esiliato. Inoltre dovrà rispondere del reato di falso, che comporta la pena di morte, e del reato di concussione. Egli infine è responsabile civilmente, di conseguenza la parte condannata nella sentenza venduta potrà citare il giudice corrotto per conseguire il quadruplo della somma da costui ricevuta¹¹⁹.

¹¹⁶ L'infamia comminata al giudice come pena conseguente al comportamento corrotto sembra da classificare nell'ambito dell'infamia «ex genere pene», su cui cfr. P. LANDAU, *op. cit.*, pp. 27-30. Si deve inoltre rilevare che le medesime pene previste per il giudice corrotto sono comminate al *sapiens*, qualora abbia formulato un *consilium* dolosamente errato. Sul punto cfr. G. ROSSI, *op. cit.*, p. 259, ed in generale sulla responsabilità del *sapiens* le pp. 255-262.

¹¹⁷ AZZONE, *Summa super Codicem*, in tit. 'De pena iudicis...': «Videamus que sit pena competentis iudicis male iudicantis. Pena autem iudicis varia est secundum qualitatem delicti. Si enim iudex iudicauerit dolo malo, videtur ex maleficio obligatus vel ac. in factum vel ac. de dolo, et ad expensas et ad extimationem litis, et ita prestat omne interesse ei quem lesit. Item sit infamis, ut infra, e., l. ult. (Cod. 7.49.2), et ff. De iudi., si filius (*rect.* Filius, *Dig.* 5.1.15). Set si pecunia iudici non est data, vel promissa? Tunc enim dati triplum, promissi duplum a comite priuatorum exigitur iudex, dignitate uel cingulo amisso. Hoc in ciuili causa» (ed. Papiae, 1488, p. 284b).

¹¹⁸ Maggiori dettagli *supra*, § 6.

¹¹⁹ AZZONE, *Summa super Codicem*, in tit. 'De pena iudicis...': «In criminali enim, bonis omnibus confiscatis, mittetur in exilium, ut in auten. Ut litigantes iurent, § qui uero accepit et § si autem (*Nov.* 124 c.2pr. = *Auth.* 117 c.2pr., coll. 9.5). Set et iure veteri iudex tenetur l. iul. repetundarum, que penam extraordinariam imponit, ut ff. ad l. iul. repe., l. Lex iul. § hodie (*Dig.* 48.11.7.3). Item et tenetur crimine falsi quod penam deportationis uel ultimi supplicii continet, ut ff. ad l. cor. de fal., l. I § qui inducem (*rect.* iudicem) et § ul. (*Dig.* 48.10.1.2in fi. et 13), et ff. de iudi., l. Si filius (*rect.* Filius, *Dig.* 5.1.15). Item et tenetur crimine concussionis, ut infra de concussionibus (*rect.* ff. de concussione), l. ul. (*Dig.* 47.13.2). Item ciuiliter potest conuenire ex edicto de calumniatoribus in quadruplum ab eo quem debebat damnare per pecuniam, ut ff. de ca-

In realtà, la distinzione tra le cause civili e quelle penali, cui sono da riconnettere le diverse tipologie di pene, non è creazione azzoniana: a questa differenziazione è dedicato il c.2 dell’*Auth. ‘Ut litigantes’* (*Nov.* 124 c.2). Ma Azzone ha il merito di ripresentare la questione nell’ambito di una teorica generale delle sanzioni volte a reprimere la corruzione del giudice¹²⁰. E si tratta di una posizione singolare del civilista bolognese. Non invoca la stessa *distinctio* Accursio, laddove commenta *Cod.* 7.49.2, *sedes materiae* centrale in tema di corruzione del giudice *qui perperam iudicaverit*¹²¹. Anzi, il glossatore ordinario – occupandosi della corruzione del giudice *ut calumniae causa* – fa menzione della possibilità di applicare la *Lex Iulia repetundarum* alle cause civili oltre che a quelle penali, e perciò di impiegare in ogni caso la pena dell’esilio, ancorché egli serbi memoria di una lezione contraria, risalente a Bulgaro¹²². Da Accursio, poi, si apprende come la corruzione *ut calumniae*

lum., l. I (*Dig.* 3.6.1) et l. III § si illud (*rect.* illud, *Dig.* 3.6.3.3)» (ed. Papiae, 1488, p. 284b).

¹²⁰ A rafforzare quanto sostenuto nel testo, si rinvia, a titolo di esempio, al *Tractatus criminum* (1155-1164), cfr. G. MINNUCCI (ed.), *Tractatus criminum saeculi XII*, Bologna, 1997 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 2), p. xli n. 22, in cui la pena dell’esilio, da comminare al giudice corrotto nell’ambito di un giudizio penale, è citata da *Dig.* 48.19.38.10 con riguardo alla trattazione generale delle pene, condotta sotto il Tit. VI ‘De criminibus’: «Honestiores ‘iudices quoque pedanei, si pecunia corrupti dicantur, plerumque a preside aut a curia submouentur, aut in exilium mittuntur, aut ad tempus relegantur’» (ed. MINNUCCI, p. 57).

¹²¹ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [*Cod.* 7.49.2] ad v. *discriminis*: «idest periculi, et hoc per actorem in factum ut Insti. de obl. ex quasi delicto, in prin. (*Inst.* 4.5pr.). Teneatur etiam l. repetundarum, ut ff. ad l. iul. repe, l. III et IIII (*Dig.* 48.11.3 et 4) que extraord. punit, ut in eo. ti., l. Lex iul., § hodie (*Dig.* 48.11.7.3). Item et crimine concussionis ut ff. de cri. concussionis (*rect.* ff. de concussionem), l. fi. (*Dig.* 47.13.2). Item crimine falsi quod penam deportationis vel ultimi supplicii continet, ut ff. ad l. cor. de fal., l. I, § et qui iudicem (*Dig.* 48.10.1.3). Item et edicto de calum., ut ff. de calumn., l. I et l. III § illud (*Dig.* 3.6.1 et 3.6.1.3)» (ed. Venetiis, 1488, p. 457b).

¹²² ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, [*Dig.* 3.6.1] ad v. *Maxime*: «ob negocium criminale et forsan pecuniarium, ut infra ad l. iuliam repetun., l. anteve<rbum> ibi ‘iudicium capitis pecunieve’ etc. (*Dig.* 48.11.7pr.). Set b. contra. Et nota quod hic tenetur quinque modis. Primo, hoc edicto. Secundo l. iul. repe. ut hic que imponit penam extraor., ut infra ad l. iul. repetun., l. Lex iulia, § hodie (*Dig.* 48.11.7). Tertio tenetur crimine falsi quod penam deportationis vel vltimi supplicii continet, ut infra ad l. cor. de fal., l. I (*Dig.* 48.10.1), idem respondet et § fi. (*Dig.* 48.10.1.13). Quarto

causa configuri un crimine ancora più grave, e come conseguentemente il giudice responsabile debba soggiacere alle ulteriori sanzioni predisposte dalla *Lex Remnia de calumniatoribus*¹²³.

9. (segue) *Le pene da infliggere al litigator corrumpens*

Quanto invece alle pene repressive della corruzione da imporre al *litigator corrumpens*, acquista rilievo la diversificazione derivante dal requisito della *turpitude* con cui la parte abbia cercato di ottenere un giudizio favorevole. Il caso in cui il *litigator* abbia agito per ottenere la *bona iustitia*, lo scagiona dall'accusa di corruzione, e consente la *repetitio* di quanto pagato, ancorché questa soluzione sia passata attraverso certe contrarietà dottrinali delle quali si è detto in precedenza ed a cui si rinvia¹²⁴. Ugualmente, si rinvia alle considerazioni più sopra espresse per ciò che concerne la responsabilità della parte che pagò il giudice per ottenere una sentenza favorevole ma ingiusta¹²⁵. Qui interessa far luce sugli effetti della responsabilità, ossia sulle sanzioni da applicare al *litigator*. Di nuovo, è Azzone a trattare l'argomento con singolare completezza. A parte il fatto che la *repetitio* della somma pa-

tenetur de crimine concussionis, ut infra de concus., l. fi. (*Dig.* 47.13.2). Et his quattuor modis tenetur qui pecuniam vel simile accepit, ut infra, e., Et generaliter (*Dig.* 3.6.3). Sed in alio differunt quia lex cor. et iul. repe. non distinguunt faciebas per calumniam vel non faciebas, sed satis est quod accepisti...» (ed. Venetiis, 1488, f. 69vb). Il passo prosegue come indicato alla nota successiva. Sul problema dell'applicazione della *Lex Iulia repetundarum* sia nel civile sia nel criminale cfr. anche D. QUAGLIONI, *Delinquens in officio*, cit., pp. 48-49.

¹²³ ACCURSIO, *Glossa in Digestum Vetus*, [*Dig.* 3.6.1] ad v. *Maxime*: «...at hoc edicto et crimine concussionis, ita demum teneris si ita accepisti quod negocium calumniose instituas vel non instituas: quinto tenetur lege remia. Set hic ob aliam causam punit, scilicet quia crimen inchoatum non prosequitur, et punitur ad similitudinem supplicii vel extra ordi., ut infra ad turpil., l. I in prin. (*Dig.* 48.16.1pr.) et Cod. de accu., l. fi. in prin. (*Cod.* 9.2.17pr.)...». Il passo riportato prosegue quello della nota precedente.

¹²⁴ Cfr. *supra*, § 6.

¹²⁵ *Ibidem*.

gata per ottenere un risultato ingiusto spetta al fisco¹²⁶, e a parte l'irrelevanza della natura del giudizio – civile o penale – le conseguenze cui il *litigator* va comunque incontro sono le seguenti: la perdita del diritto ad agire (*amittit actionem*) e l'imputazione del crimine (*de crimine videtur confiteri*). Nel civile, poi, il *comes privatorum* potrà esigere dalla parte *corrumpens* – divenuta infame (*dignitatem amittit*) – il triplo della somma pagata, il doppio di quella promessa. Il *litigator* che corrompe il giudice, inoltre, potrà essere accusato di spergiuro, come più sopra chiarito, a meno che non confessi di aver pagato, ed indichi, con prove, la persona che ricevette il denaro (*personam declarauerit cui dedit vel promisit et eam conuicerit*). Nell'impossibilità di procurare questa dimostrazione, il *litigator* sarà condannato al valore della lite civile, la quale proseguirà ordinariamente. Verrà portata a termine *legitime* la causa penale a cui seguirà la confisca dei beni e l'esilio del *corrumpens*; con l'aggiunta – sempre limitatamente alle cause penali – che la persona indicata come quella che accettò il denaro – nel nostro caso il giudice – dovrà giurare la propria innocenza per essere scagionata¹²⁷.

¹²⁶ AZZONE, *Summa super Codicem*, in tit. 'De pena iudicis...': «...fiscus ibi (*scil. si dedit ut pro se iudicaret*) forte repetet qui successor est eorum que scelere quesita sunt, ut ff. de iure fis., l. Lucius (*Dig. 49.14.9*)» (Papiae, 1488, p. 284b). La medesima posizione, al riguardo, si ritrova nel Piacentino (cfr. *supra*, n. 43), ed è adottata – tra i canonisti – dall'autore dell'*Ordo* 'Quia iudiciorum': Verum licet ille (*scil. qui iudicem pecuniam dedit*) non possit repetere, fiscus ex generali regula ab indigno poterit revocare», ed. SCHULTE, p. 316 (sub tit. 17, 'De iudiciis et iudicibus').

¹²⁷ AZZONE, *Summa super Codicem*, in tit. 'De pena iudicis...': «Pena autem litigatoris qui iudicem corrupit vel in civili vel in criminali causa est ea quia amittit actionem et de crimine videtur confiteri, nam diffidentia iuste sententiae spem negotii reposuit in corruptellam pecuniae, ut infra e., l. I (*Cod. 7.49.1*). Item et in civili causa dat triplum, promissi duplum a comite privatorum exigitur et dignitatem amittit et in exilium damnatur, ut supra dictum est in iudice. Et est hoc propter periculum quia in sacramento calumnie hec sit adiectio ut iuret se non dedisse vel promisisse alicui pro causa pecuniaria, nisi quibus disponunt leges. Parcitur tamen litigatori qui sponte confitetur facinus suum, si personam declarauerit cui dedit vel promisit et eam conuicerit. Si autem eam non potuit conuincere et causa erat civilis, punitur a comite rerum privatarum in extimatione litis, et lis sustinet proprium euentum. In criminali autem causa confiscantur omnia eius bona, et causa criminalis legitime terminatur, et qui non potest conuinci iuret se non accepisse et sic liberatur, ut in auten. Ut liti. iurent, § si quis autem (*Nov. 124 c.2 = Auth. 117 c.2, coll. 9.5*)» (ed. Papiae, 1488, p. 285a).

Come si può notare, l'impianto repressivo della corruzione del giudice predisposto nel sistema romanistico (*Cod.* 7.49.1; *Nov.* 124 c.2), viene opportunamente applicato al *litigator corruptens*, con il fine ulteriore di consentire un'indagine accurata delle rispettive responsabilità e conseguentemente dei colpevoli di *corruptio*. La dottrina azzoniana risulta essere un punto fermo nel modo di intendere le punizioni per il *litigator corruptens*. La perdita dell'azione e della lite, e l'applicazione delle sanzioni previste nella *Lex Iulia repetundarum* – illustrate così scrupolosamente da Azzone – erano peraltro già chiare al Piacentino¹²⁸. E rimarranno le stesse anche nella dottrina accursiana¹²⁹. Accursio, in più, sviluppa il tema specifico della perdita del diritto a procedere. Non v'è dubbio che a questa sanzione debba soggiacere l'*actor corruptens*. Più complesso, invece, è il caso in cui sia il *reus* a pagare il giudice per ottenere una sentenza favorevole. Il glossatore ordinario senz'altro propende per la medesima applicazione di pena: il convenuto, in quanto tale, *ratio equitatis* perde non il diritto di veder trattata la causa (*actio*), ma il diritto a difendersi (*ius defendendi*) in quella causa: sostanzialmente il *reus* perde l'*exceptio*. La questione tuttavia, ai tempi di Accursio, non pare essere ancora pacifica¹³⁰.

10. Il problema della validità delle sentenze venales

Sotto un diverso profilo viene affrontata la corruzione del giudice alorché i giuristi discutono circa l'invalidità della sentenza mercanteggiata. Il *Corpus* giustiniano, naturalmente, pone le basi disciplinari relative a questo tema, laddove in *Cod.* 7.64.7 stabilisce che le *sententiae*

¹²⁸ Cfr. *supra*, note 43 e 44.

¹²⁹ Così risulta complessivamente dall'apparato accursiano a *Cod.* 7.49.1 e all'*authentica Codicis* 'Novo iure' (post *Cod.* 7.49.1 ex *Nov.* 124 c.2), ed. Venetiis, 1488, p. 457.

¹³⁰ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [*Cod.* 7.49.1] ad vv. *amittat actionem*: «Scilicet actor. Set quid in reo? Dicunt quidam non habere locum legem istam (*Cod.* 7.49.1). Tu dic idem in reo, cum eadem sit ratio equitatis ut scilicet amittat ius defendendi, et sic causam amittat» (ed. Venetiis, 1488, p. 457b).

venales siano *infirmas*¹³¹. La struttura normativa romanistica circa la sentenza venale, inoltre, è accolta *tout court* nel Decreto di Graziano (C.II q.6 d.p.c.141 § 9 = *Cod.* 7.64.7). Tuttavia i glossatori, tra i secoli XII e XIII, sembrano non appiattare la loro posizione sul modello romanistico-canonistico a loro disposizione. Vero è che, in linea con le fonti normative, già la dottrina più risalente dichiara come la sentenza pronunciata a seguito della corruzione del giudice è nulla (*non tenet*), e come non sia necessario interporre appello per rilevarne il vizio. La *Summa Trecensis*, ad esempio, recepisce con risolutezza questo principio¹³², condiviso, più tardi, da Azzone¹³³, da Accursio¹³⁴, e ripetuto – tra

¹³¹ Per il testo di *Cod.* 7.64.7 cfr. *supra*, n. 12. Rileva una dissonanza nella disciplina giustiniana circa la validità del procedimento corrotto (*Cod.* 7.49.1: perdita dell'*actio*, con conseguente validità del processo; *Cod.* 7.64.7: nullità della sentenza venale) A. PADOA-SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II: *I glossatori civilisti*, Milano, 1970 (Università di Milano. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza. Serie II, 4), p. 34 n. 29 e bibl. *ivi cit.* In proposito si deve osservare che, nella dottrina dei glossatori, la perdita dell'*actio* è prevista quando l'atto di corruzione sia da imputare non solo al giudice ma anche al *litigator corruptens* (cfr. il precedente § 9), mentre la nullità della sentenza venale, fissata in *Cod.* 7.64.7 è dibattuta con riguardo alla corruzione come atto del giudice, e con riguardo ulteriore alla giustezza o meno della sentenza stessa.

¹³² SUMMA TRECENSIS, [in rubr. tit. 'Quando provocare non est necesse' (*Cod.* 7.64)]: «Non est opus prouocatione, si iure lata sententia non tenet, ut si contra ius sit pronuntiatum... uel iudex aliter quam ei iure permittatur iudicet, seu uenalem mercede corruptus sententiam proferat...», H. FITTING (ed.), *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894 (rist. anast. Halle am Saale, 1977), p. 259.

¹³³ AZZONE, *Summa super Codicem*, in tit. 'Quando prouocare non est necesse' (*Cod.* 7.64): «...Item nulla est (*scil.* sententia) ratione precii si lata est pro pecuniam, ut infra e. l. Venales (*Cod.* 7.64.7)» (ed. Papias, 1488, p. 29a).

¹³⁴ ACCURSIO, *Glossa in Codicem*, [rubr. tit. *Cod.* 7.49.1] ad vv. *de pena iudicis qui male iudicauit, etc.*: «Est enim nulla sententia si iudex corrumpitur, unde dicit que sit pena corrupti iudicis vel corruptentis» (ed. Venetiis, 1488, p. 457a). E ancora [*Cod.* 7.49.2] ad vv. *vel gratia*: «Primo (*scil.* precio) non valet ipso iure, ut infra quando prouo. non est ne., l. Venales (*Cod.* 7.64.7), secundo (*scil.* gratia) valet sed rescinditur, ut ff. ad Treb., l. Seruo inuito, § cum pretor [*Dig.* 36.1.67 (65).2]» (ed. Venetiis, 1488, p. 457b). E ancora [*Cod.* 9.27.4] ad v. *sententiam*: «Que ipso iure non valet, ut supra quando prouo. non est ne., Venales (*Cod.* 7.64.7)» (ed. Venetiis, 1488, p. 563b).

i canonisti – da Benincasa¹³⁵. Sennonché, la linearità della regola generale risulta talora soggetta a interpretazione, fino al punto di incrinare il principio. L'origine della questione risale a Paucapalea. Nel qualificare la sentenza mercanteggiata come *vitiata*, egli precisa che il vizio può essere rilevato attraverso l'appello¹³⁶, e così mostra di adottare una soluzione *prima facie* stridente con il precetto della nullità *ipso iure* della sentenza venale accolto, del resto, anche nel Decreto (C.II q.6 d.p.c.141 § 9). Non si tratterebbe, in sostanza, di una sentenza nulla, ma annullabile¹³⁷. D'altra parte, le *dissensiones dominorum*, edite da Gustav Haenel, nell'affrontare in chiave problematica il tema della validità della *sententia venalis*, riprendono la possibilità che quest'ultima sia una sentenza valida ancorché annullabile, e gettano una luce sulle ragioni che permettono di accettare una simile soluzione. L'avvio è dato dal fatto che, ai fini della responsabilità del giudice per corruzione, non è di rilievo il merito del *iudicium* – se esso cioè sia *iniustum* o *iustum* – come illustrato in precedenza. Dal lato della validità della sentenza, invece, quella distinzione diviene decisiva. I maestri dichiarano nulle *ipso iure* le sentenze venali che contengano un *error iuris* (*contra leges vel contra constitutiones expressim*)¹³⁸, e annullabili attraverso l'appello le

¹³⁵ BENINCASA SENESE, *Casus*, [C.II q.6 d.p.c.141 § 9] ad v. *Venales*: «Venales sententiæ quæ a corruptis iudicibus proferuntur, nullæ sunt ipso iure» (ed. Romae, 1582, col. 900).

¹³⁶ PAUCAPALEA, *Summa*, [C.II q.6 d.a.c.1] ad vv. *qua queritur, quo remedio causa vitiata sublevetur?*: «Quæ tunc vitiata dicitur, quando iudex livore odii vel favore adversariorum sive pecunia aut inscientia ductus in audiendo sive iudicando gravat iniuste quem iudicat. Causa vero vitiata... remedio appellationis sublevari poterit», J.F. VON SCHULTE (hrsg.), *Summa über das Decretum Gratiani*, Giessen, 1890 (rist. anast. Aalen, 1965), p. 61.

¹³⁷ Sulla sentenza ingiusta *ex animo* e *ex causa* – categorie sotto le quali ricadono, rispettivamente, le sentenze venali obiettivamente giuste e le sentenze venali ingiuste – cfr. R. BALBI, *La sentenza ingiusta nel Decretum di Graziano*, Napoli, 1990, pp. 22-23, 137-138.

¹³⁸ Significativo inoltre è il fatto che i *doctores*, all'incirca agli inizi del 1200, considerano *contra ius* non soltanto la sentenza che contravviene al *Corpus* giustiniano, ma anche quella che viola le norme statutarie. Sul punto cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., pp. 23-24.

sentenze che contengano un *error facti (contra ius litigatoris)*¹³⁹. Se invece la sentenza non determina alcuna lesione, essa *tenet*. Il punto di forza di una simile soluzione è il ragionamento *e contrario* del Piacentino, come riferito nelle *dissensiones*: se il giudice corrotto è perseguibile in giudizio, ciò significa che la sentenza da lui pronunciata è valida. E la validità della sentenza, in questo caso, sembra essere implicita conseguenza dell'esistenza di un interesse ad agire del *litigator*, interesse sul quale si fonda l'*actio de dolo* esperibile contro il giudice¹⁴⁰. Se dunque è condivisibile, per Piacentino, il principio (*de iuris rigore*) della nullità *ipso iure* della sentenza mercanteggiata¹⁴¹, ciò vale però per la sentenza *expressim contra ius*, non per quella contenente un *error facti*

¹³⁹ Tratta ampiamente il tema della sentenza *contra ius e contra ius litigatoris* U. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 107-119 (disciplina statutaria), 337-367 (dottrina intermedia). Sulla sentenza *contra ius* cfr. anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., pp. 21-32.

¹⁴⁰ DISSENSIONES DOMINORUM [in rubr. 'An valeat sententia a iudice corrupto lata?'] (§ 140): «Item quum iudex sorde pecunia corruptus iniustam sententiam fert, quaeritur, an sententia teneat? Respondent: tenet, quum non sit contra leges vel constitutiones expressim lata; tunc enim non valet, ut *D. de appellat.* (49, 1) *L. Si expressim* (19.), imo potius videtur contra ius litigatoris lata, licet hic expressim non sit admittendum, quia tunc necessaria erat appellatio. Praeterea non videtur, quod adsumat probationis onus, ergo tenet. Nam si nullus laedatur, ad quid habet actionem de dolo, vel in factum condemnatur, quum ad interesse dantur hae actiones? Quum quis iniquum ius adversus aliquem statuit, alter adversus eum eodem iure utetur, et sic ius iniquum tenet et dicitur, iniquum ius imo cum effectu accipiendum est, quum statuit, quod communis iuris potest esse, ut *D. Quod quisque iuris* (2, 2.) *L. 1.* Sic argumentatur P. (*Placentinus*): aliqua actione tenetur is, qui pecunia corruptus iniustam protulit sententiam, ergo tenet sententia, quia iudicem dictum est actione teneri», *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, G. HAENEL (ed.), Leipzig, 1834 (rist. anast. Aalen, 1964), p. 233.

¹⁴¹ In questo senso, il Piacentino, nella *Summa Codicis*, afferma [in rubr. tit. 'Quando provocare non est necesse' (*Cod. 7.64*)]: «...nunc audiamus quando prouocare non sit necesse... Item si iudex expressim contra iura iudicauerit, puta si dixerit pronuncio impuberem potuisse testari... Item si a sententia lata per iudices uenales..., ut *Cod.*, eo., l. Venales (*Cod. 7.64.7*)... In summa ab ea sententia quæ de mero iure non teneat, de iuris rigore sit nulla, prouocare non expedit», ed. Moguntiae, 1536, p. 360 (sub tit. 66). A. PADOA-SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello*, cit., p. 35, commentando la *dissensio* edita dall'Haenel, afferma che il Piacentino difendeva la tesi della validità della sentenza venale. Ma sul punto si vedano le considerazioni di cui sopra nel testo.

– che rende necessario l'appello – né per quella sostanzialmente giusta, in quanto tale valida¹⁴². Alla luce di queste precisazioni, la posizione di Paucapalea, cui sopra si accennava, non pare contrastare il principio generale della nullità *ipso iure* delle *sententiae venales* accolto nel d.p.c.141 della C.II q.6. È alle sentenze pronunciate *contra ius litigatoris* – nella cui categoria ricadevano più facilmente le *sententiae venales* – che si riferisce il suo argomentare¹⁴³. Questa soluzione, coinvolgente in modo diretto i *litigatores*, destinatari della sentenza mercanteggiata, sembra legarsi alla questione della *repetitio* del prezzo pagato. Si è osservato più sopra come, su questo punto, tanto la dottrina in sede stret-

¹⁴² Non sembra risolutiva, ai fini del nostro tema, una *quaestio* risalente ai tempi dei Quattro Dottori nella quale è previsto, contro la sentenza ingiusta, il rimedio dell'appello o l'esercizio dell'*actio* diretta a rilevare la responsabilità del giudice. A parte il fatto che l'argomento è trattato soltanto incidentalmente – riguardando la *quaestio* la vendita di un fondo da parte di chi ne disponeva *nomine libellario* – si deve rilevare che il testo cita l'«iudex qui litem suam fecit male iudicando», senza chiarire se si tratti di dolo – e quindi di corruzione – oppure di imperizia, fattispecie queste entrambe rientranti nel *genus* del *iudex qui litem suam facit*. Ecco il passo, nelle parti salienti: «Titius dedit fundum suum Sempronio nomine libellario, certa constituta mercede. Sempronius vero non solvit per triennium, et postea Seio vendidit. Titius cum Seio egit, et iudicis iniuria causam amisit. Modo queritur qua actione possit Titius consequi damnum quod habet ex facto Sempronii... Debuisset enim (Titius) appellare, cum sententia ei displicuisset, vel convenisse iudicem qui litem suam fecit, male iudicando», G.B. PALMIERI (ed.), *Quaestiones Dominorum Bononiensium*, in *Scripta Anecdota Glossatorum*, Bononiae, 1913² (Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, I), pp. 255b-256a (sub *quaestio* 125). La *quaestio* è tramandata nella *Collectio Parisiensis* – con *solutio* recante la paternità di Martino, e nella *Collectio Gratianopolitana* (sub *quaestio* 4) con *solutio* recante la paternità di Bulgaro. Per ragguagli su queste *Collectiones* cfr. A. BELLONI, *Le questioni civilistiche del secolo XII. Da Bulgaro a Pillio da Medicina e Azzone*, Frankfurt am Main, 1989 (Ius Commune: Sonderhefte, 43), *ad indicem* (in particolare alla p. 10 si veda la tabella delle *quaestiones* comuni alle due collezioni, dalla quale si evidenzia la doppia presenza, con diversa paternità, di cui si è appena detto).

¹⁴³ Si deve inoltre rilevare, con M. ROSBOCH, *Invalidità e statuti medievali*. Pisa, Bologna, Milano e Ivrea, Roma, 2003 (Biblioteca della Rivista di Storia del diritto italiano, 39), pp. 370-371, che nel Decreto di Graziano – da cui s'avvia la dottrina decretistica a cominciare da Paucapalea – «è presente (...) un vero e proprio sistema processuale in cui coesistono linee di superamento della tradizione romanistica dell'identità fra ingiustizia, invalidità e inesistenza della sentenza e il contemporaneo obbligo di ricerca della verità sostanziale che vieta di considerare inattaccabile il giudicato».

tamente esegetica quanto gli *ordines iudicarii*, nella trattazione del giuramento di calunnia, tendano a dare un rilievo giuridico specifico all'*animus* con cui il *litigator* si decide a pagare il *iudicium*, e concludono per 'assolverlo' qualora ciò sia stato fatto in vista della *bona iustitia*. In sostanza, laddove non sia in predicato la *bona iustitia* i giuristi riescono ad allentare il rigore della disciplina della corruzione. Il che sembrerebbe riflettersi sul piano della validità della sentenza, allorché si afferma che la sentenza non lesiva di alcun diritto *tenet*. Così, del resto, ragiona anche l'autore dell'*Ordo* 'Olim'¹⁴⁴. A tutto ciò, poi, si deve aggiungere che, sul fronte del diritto statutario, prevale la tendenza a privilegiare – attraverso la *querela nullitatis* – il regime dell'invalidità sanabile, ossia il regime dell'annullabilità della sentenza viziata, da cui trae origine il processo di sindacato sull'operato del giudice¹⁴⁵. E così il problema della validità della sentenza mercanteggiata finisce per essere assorbito dalle questioni della sentenza ingiusta e dell'appello sviluppate, con condizionamenti reciproci, dallo *ius commune* e dallo *ius proprium*.

11. La tutela della bona iustitia nell'esperienza giuridica tra il 1100 e il 1200

Pur nella consapevolezza della necessità di indagare a largo spettro sulle fonti, l'occhiata rivolta, in queste pagine, al «iudex sorde pecunia corruptus» consente di esprimere qualche riflessione d'insieme. Si tratta di un tema coinvolgente l'esperienza giuridica dell'età dei glossatori su più fronti non contrapposti: quello filosofico, quello dottrinale, quello statutario. Non passa inosservato lo scambio vitalissimo ed equilibrato tra l'esperienza speculativa e quella contingente, entrambe ispirate dal quotidiano del Comune cittadino: il reclutamento dei giudici – spesso stranieri – e la loro breve durata in carica potevano verosimilmente la-

¹⁴⁴ «Tenet itaque sententia si lata fuerit ut ferri debet. Lata quippe sententia contra sacras constitutiones uel contra rem prius iudicatam uel contra ordinem iudiciorum... non tenet, ut Cod. de sententiis et interloc. l. I et IV (Cod. 7.45.1 et.4)», ed. Moguntiae, 1536, p. 155 = p. 29 della rist. (sub caput XXVI 'De officio iudicis...').

¹⁴⁵ Per una trattazione specifica sul punto cfr., da ultimo, M. ROSBOCH, *op. cit.*, pp. 368-379, 420-422 (ivi bibl.).

sciar spazio alla fragilità del *iudex* di fronte all'adulazione del denaro. D'altronde, la morale cristiana si era capillarmente diffusa nella disciplina degli istituti giuridici. Per più di un motivo era necessario scongiurare la vendita della giustizia, anche se giusta. Ecco dunque che la sensibilità dell'esperienza giuridica in fatto di corruzione, al tempo dei glossatori, è volta ad evitare la compravendita della giustizia, senza distinzione tra quella resa ingiustamente e quella resa giustamente. Questo spiega le scelte di fondo dell'esegesi civilistica e canonistica in fatto di corruzione; scelte che tendono ad adoperare opportunamente – in vista delle necessità dei tempi nuovi – l'impianto normativo romanistico predisposto per sanzionare la corruzione dei giudici. Perciò risultano potenziati gli aspetti della disciplina giustiniana che fanno riferimento ad una valutazione di carattere morale: calunnia, concussione, infamia, a cui i maestri aggiungono il riferimento all'usura e alla simonia. E, per la stessa ragione, l'esegesi dottrinale privilegia la riflessione sul *iudicium* quale che sia – *iustum* o *iniustum* – se mercanteggiato, per respingerlo in modo pieno. D'altra parte, gli statuti mostrano di recepire la disciplina romanistica della corruzione, attinta però non direttamente e passivamente dalle fonti giustiniane, ma dalla nuova sistemazione e interpretazione che di queste ultime andavano facendo i maestri in sede dottrinale. La tradizione giustiniana di cui sembra tener conto la legislazione statutaria è quella arricchitasi dell'esperienza giuridica canonistica. Ciò spiega perché, ancorché la norma di dettaglio si discosti talora profondamente dal sistema romanistico, questo risulti per altri versi sostanzialmente accolto negli orientamenti della legislazione statutaria¹⁴⁶. Per questa via si comprende come la concezione etico-religiosa

¹⁴⁶ Confermando una tesi sostenuta già da W. ENGELMANN, *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien durch die wissenschaftliche Lehre*, Leipzig, 1938, pp. 442-443, U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 126 osserva come «le norme romane, che ebbero tanto influsso (...) sulla dottrina intermedia in materia di responsabilità penale del giudice e del magistrato in genere, sono per lo più soltanto oggetto di insignificante e sporadica imitazione per gli statuti, i quali sogliono regolare la materia in modo del tutto autonomo, corrispondentemente alle esigenze pratiche del loro tempo», giacché il funzionario comunale non è legato – come invece i magistrati romani – ad una fissa gerarchia, essendo piuttosto il podestà a rispondere dell'operato dei funzionari facenti parte della sua *familia*. Nello stesso senso A. GIULIANI, N. PICARDI, *op. cit.*, pp. 32-33 e bibl. *ivi cit.* Ma la circostanza portata dal Nicolini a sostegno della propria tesi (cfr. p. 126 n. 50) –

della giustizia, punto d'avvio della speculazione medievale, nella vita del Comune cittadino abbia come conseguenza l'importanza quasi religiosa, oltre che politica, dell'istituto del sindacato¹⁴⁷. E in questo quadro trova posto l'ammonizione ai podestà di ben comportarsi nello svolgimento del loro ufficio per non cadere nel peccato, per non dover rispondere di fronte a Dio: temi ben conosciuti dagli ambienti scolastici, ed in particolare dai canonisti. Giovanni Teutonico aveva dato rilievo alla corruzione del giudice come *peccatum*, e l'esegesi civilistica andava costruendo tutta la dogmatica della corruzione intorno al divieto, per il giudice, di vendere sia il giudizio giusto sia quello ingiusto. In realtà, le diverse esperienze giuridiche in tema di corruzione del giudice sono tutte sorrette dalla medesima finalità: tutelare la *bona iustitia*. Da qui scaturisce il 'nuovo' diritto giustiniano visto con gli occhiali della scienza giuridica che va di pari passo con la realtà comunale, così che le due esperienze giuridiche divengono al tempo stesso contenente e contenuto l'una dell'altra: le tiene insieme non tanto la circostanza contingente della singola disposizione normativa, quanto l'*idem sentire* il problema quotidiano della *bona iustitia*. Pertanto, la concretezza dell'esperienza statutaria non offusca la modernità della riflessione scientifica preaccursiana. Nel muovere i primi passi dal paradigma romanistico, essa non è stretta dalla morsa della finalità esegetica, ed anzi tende a contestualizzare quel modello, influenzata dal quotidiano del mondo

ossia la constatazione che la privazione dell'ufficio per il giudice, secondo la disciplina del diritto romano, differisce dal processo di sindacato previsto dagli statuti al finire della carica – non sembra decisivo. Quando gli statuti si preoccupano che i funzionari indegni non ritornino per un certo numero di anni alle cariche pubbliche – come precisa lo stesso Nicolini (*ibidem*) – in realtà perseguono finalità affini a quelle del diritto giustiniano riguardanti la salvaguardia dell'*honor publicum*, di cui si è detto più sopra (cfr. *supra*, nel testo, § 5); è, cioè, il modo di concepire la figura del *bonus iudex* tratteggiata dal diritto romano tende a mantenersi inalterato, a prescindere dalle modalità di tutela specifica adottate. La responsabilità civile e penale, per la cui rilevazione negli statuti si procede attraverso l'istituto nuovo della *querela nullitatis*, ripetono la *ratio* del modello romanistico della repressione della corruzione, mantenuto in vita ed esposto dai *doctores* in sede dottrinale.

¹⁴⁷ U. NICOLINI, *op. cit.*, p. 141.

comunale¹⁴⁸, con cui peraltro i dottori andavano confrontandosi «accre-scendo la partecipazione alla vita dei tribunali»¹⁴⁹. Sono i principi di quel paradigma a trovare rinnovate forme e rinnovate applicazioni. I «principi inviolabili di giustizia sono fonte e misura della legittimità del potere» – si notava in apertura – e lo sono anche rispetto alla realtà politico-istituzionale specifica del Comune. L'autonomia comunale, nell'amministrazione della giustizia, si legittima attraverso quei medesimi principi: evidentemente, su di essi si fonda il giuramento richiesto ai consoli della prima età comunale di giudicare *sine malo ingenio et sine fraude*, su di essi trarrà sostegno, qualche anno più tardi, l'istituto del sindacato per il controllo dell'attività del podestà, e ancora su di essi si fonda quella parte del giuramento di calunnia con la quale le parti dichiarano di non aver dato o promesso nulla al giudice cui sottopongono la propria causa. Così la scienza giuridica, nel chiarire il sistema dei principi inviolabili di giustizia, assolve un compito che non è soltanto esegetico-giuridico ma anche, in certo senso, politico¹⁵⁰.

Lo scambio di esperienze tra *ius commune* e *ius proprium* che si realizza tra il XII e il XIII secolo in tema di corruzione inquadra i modi di

¹⁴⁸ Nello stesso senso, ma con riferimento alle teoriche sul giuramento dei giudici, U. NICOLINI, *op. cit.*, pp. 192, 362-363.

¹⁴⁹ E. CORTESE, *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII secolo*, in *Legge, Giudici, Giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982 (Università di Cagliari. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza, Serie I, 26), pp. 110, 147-148 (ora in *Scritti*, cit., pp. 708, 745-746).

¹⁵⁰ Nello stesso senso, circa il risvolto politico dell'attività dei giuristi medievali, nel quadro di una «rilettura» generale del diritto comune», cfr. A. CAVANNA, *Il ruolo del giurista nell'età del diritto comune*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 44 (1978), pp. 101-107 e bibl. *ivi* cit.; M. BELLOMO, *I giuristi, la giustizia e il sistema del diritto comune*, in *Legge, Giudici, Giuristi*, cit., pp. 157-158; A. PADOA-SCHIOPPA, *Sul ruolo dei giuristi nell'età del diritto comune: un problema aperto*, in D. SEGOLONI (a cura di), *Il diritto comune e la tradizione giuridica europea. Atti del convegno di studi in onore di Giuseppe Ermini. Perugia, 30-31 ottobre 1976*, Perugia, 1980 (Università degli Studi di Perugia. Annali della Facoltà di Giurisprudenza, n. s. VI/1), pp. 155-166 (ora in *Italia ed Europa nella storia del diritto*, cit., pp. 293-301); F. DI DONATO, *La puissance cachée de la robe. L'idéologie du jurisconsulte moderne et le problème du rapport entre pouvoir judiciaire et pouvoir politique*, in O. CAYLA, M.F. RENOUX-ZAGAMÉ (a cura di), *L'office du juge: part de souveraineté ou puissance nulle?*, Rouen, 2001 (Publications de l'Université de Rouen, 298), pp. 93-94.

formazione del *iudicium iustum* nella *causa* generale e tipica della tutela della *bona iustitia*. Quest'ultima, pur rientrando in schemi d'antica e indefessa tradizione, viene forgiata con forme nuove e concrete. La definizione ciceroniana secondo cui la giustizia si qualifica come «animi affectio, suum cuique tribuens» è rivissuta da Accursio, al culmine della scuola della glossa, con spirito originale. La giustizia è per lui «animi congrua dispositio in singulis rebus recte iudicans»¹⁵¹: non un *facere* di cui sono destinatari i singoli soggetti (*suum cuique tribuens*), ma un *facere* indirizzato a scandire il modo di rapportarsi del giudicante (*recte iudicans*) rispetto all'oggetto giudicato (*in singulis rebus*). Al tramonto dell'età dei glossatori, l'esperienza giuridica in tema di corruzione del giudice finisce per ridisegnare i contorni del concetto di giustizia. La *iustitia* amministrata dai giudici si profila non soltanto come 'obbligazione di risultato' (*suum cuique tribuere*), ma anche come 'obbligazione di mezzi' (*recte iudicare*): essa è «attuazione del proprio compito», *suum agere, τὰ αὐτοῦ πράττειν*¹⁵².

¹⁵¹ Riporto i passi citati sopra, nel testo, da D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., pp. 40-41. Ivi ulteriori considerazioni.

¹⁵² G. DEL VECCHIO, s.v. *giustizia*, in *Dizionario delle idee*, Firenze, 1977, p. 468b.

Capitolo Terzo

«PERICULIS OBVIARE ET SCANDALA REMOVERE». NOTE SUL PROCESSO MEDIOEVALE TRA DIRITTO E POTERE

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* - 2. *La decretale Pastoralis cura.* - 3. *Il problema della defensio.* - 4. *I problemi legati alla cognitio veritatis: Giovanni d'Andrea.* - 5. *La citazione e il diritto naturale: Bartolo.* - 6. (segue) *Baldo.* - 7. *Il problema della 'giusta causa'.* - 8. (segue) *Le restrizioni della canonistica: Panormitano.* - 9. *Il processo medioevale come processo giusto.*

1. *Introduzione*

Nicola Picardi, in occasione del recente bicentenario del codice di procedura civile in Italia, sintetizzava una tesi, da lui più diffusamente sviluppata in altro luogo, con queste parole¹:

Nell'ordine giuridico medioevale, che si poneva al di là del potere politico e dei suoi detentori... la *iurisdictio* e la procedura – l'*ordo iudiciarius*, per usare la terminologia dell'epoca – trovavano il proprio fondamento nella dialettica e nell'etica, non nel potere politico... All'*ordo iudiciarius* veniva riconosciuta natura originaria e, quindi, in certo senso extrastatale: nessuno, neppure il papa avrebbe potuto prescindere dall'*ordo* e mutare le regole del processo.

Questa descrizione del sistema processuale medioevale è presentata dallo studioso come un modello in qualche misura contrapposto e distante dal nostro, con riguardo al problema del giusto processo, soprattutto per l'inesistenza, allora, dello Stato. A questa assenza – osserva ancora il Picardi – corrispondeva l'inesistenza di una 'ideologia ispira-

¹ N. PICARDI, *Il bicentenario del Codice di procedura civile in Italia. Origine evoluzione e crisi del monopolio statale della procedura*, in *Il giusto processo civile*, 4 (2008), p. 941 n. 28.

trice' dello Stato e di una concezione politico-ideologica di esso da cui provengono ordinamenti, codici e leggi². Una simile rappresentazione ha il pregio di far luce sulla possibilità di estendere anche al processo il principio cardine medioevale dello 'stato di giustizia'³, diverso dal nostro stato di diritto.

Peraltro, il modello medioevale, almeno quello dell'età matura, non ebbe sempre profili tanto lineari e incontrastati. Proprio l'ordine dei processi, in certi casi, non fu immune da ideologie volte a riversare i propri effetti sul sistema normativo, e non fu privo di tentativi di 'appropriazione' da parte del potere. Certamente, riconoscendo la sua fonte primaria al di fuori dell'ordinamento giuridico positivo, ossia nel diritto naturale, la pubblicistica medioevale richiedeva un *itinerarium mentis in Deum* senza cedimenti; richiedeva cioè l'adeguamento del diritto umano al diritto divino, fino alla formazione dello *ius publicum authenticum*, secondo la definizione di Enrico da Susa († 1271): cioè fino alla costituzione di un diritto pubblico che era tale non soltanto perché «a publicis personis introductum», ma anche perché «reipublicae expedit». Qui «in piena scolastica... è evidente l'ansia di dare una sistemazione logica alla materia»⁴, una vecchia materia già ben presente alla sensibilità giuridica dei primi glossatori. Dunque il diritto pubblico era tale non solo *auctoritate* ma anche *utilitate*, e per giunta questa utilità pubblica riguardava non esattamente l'attuazione della legge, delle singole disposizioni di dettaglio, ma dello *ius (largo modo publice interest quod quodlibet ius obseruetur)*, ossia del principio di giustizia «ne quis re sua male utatur», come ben chiarisce l'Ostiense⁵. Tuttavia,

² *Ibid.*, p. 941.

³ È espressione di Ugo Nicolini, come ricorda D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, p. 35.

⁴ Cfr. F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medioevale*, Milano, 1965², p. 293.

⁵ ENRICO DA SUSA, *Summa aurea*, in X 1.9: «...Ius publicum authenticum largo modo dicitur quodlibet ius in scriptis redactum quia a publicis personis introductum, puta principibus, sanctis uel conciliis, sic etiam dici potest ius publicum quelibet constitutio municipalis uel Episcopalis... Item quodlibet ius utilitate publicum est largo modo, nam reipublicae expedit, ne quis re sua male utatur... Item largo modo publice interest quod quodlibet ius obseruetur et ideo iudices constituuntur, quia parum esset iura habere in ciuitate nisi esset qui ipsum ius redderet et seruaret» (ed. Venetiis, 1570,

sul piano concreto, un simile sistema poteva entrare in crisi, allora come oggi, nel momento in cui si avviò la concezione del potere che è stata definita da Paolo Grossi ‘potestativa’⁶, ossia nel momento in cui il *princeps* iniziò ad interagire con il sistema normativo. In questo quadro sembrano inserirsi le nuove polemiche trecentesche tra dualisti e ierocratici⁷. Al fondo di quelle v’era il problema del rapporto – e perciò dei confini – tra le due forme del diritto pubblico prima ricordate, cioè tra autorità e pubblico interesse. *Iustitia* e *veritas* nei processi iniziarono così a subire le ingiurie di una relazione che difficilmente trovava un equilibrio. In questo contesto medioevale, proteso peraltro verso lo Stato moderno, si collocano le prime teoriche che affrontano il problema del rapporto tra il potere e l’espletamento dell’*ordo iudiciarius*, questione che spinge la riflessione dottrinale verso l’elaborazione di un sistema al tempo stesso flessibile nello svolgimento della procedura, ma rigido nella garanzia dei diritti processuali fondamentali, secondo una teorizzazione assai vicina e incline all’odierno concetto del giusto processo.

Non fa meraviglia dunque che l’origine medioevale del problema del giusto processo si colga in un episodio tipico del Trecento giuridico, episodio nel quale la nota decretale pontificia *Pastoralis cura*, di papa Clemente V, colse l’urgenza di individuare gli elementi indisponibili

f. 43ra, sub n. 2). Recentemente J. KRYNEN, *Le problème et la querelle de l’interprétation de la loi, en France, avant la Révolution (Essai de rétrospective médiévale et moderne)*, in *Revue historique de droit français et étranger*, 86 (2008), pp. 187-189, 191-194 interpreta efficacemente la relazione tra diritto naturale e diritto civile come elemento chiave della *iurisdictio* medioevale, da intendersi qui come l’atto del rendere giustizia. Da ciò si comprende la peculiare natura pubblicistica della giurisdizione, e la conseguente e intrinseca natura pubblicistica di un genere letterario, l’*ordo iudiciarius*, la cui osservanza è imposta dal diritto pubblico. Emblematica in tal senso la seguente osservazione dell’Ostiense: [*Summa aurea*, in X 1.9] «Ius uero humanum publicum, aliud publicum auctoritate et utilitate ut fiscale... Item ut ordo iudiciarius obseruetur, sicut quod libellus offeratur, lis contestetur, ut sententia in scriptis feratur et ut ius reddatur et ut leges publicum statum respicientes seruentur... Ergo lite non contestata non potest dari diffinitiva sententia...» (ed. Venetiis, 1570, f. 43rb-43va, sub n.3ca. m.).

⁶ P. GROSSI, *L’Europa del diritto*, Roma-Bari, 2007, pp. 14-15.

⁷ Emblematica, al riguardo, la polemica interpretativa sorta intorno ai *duo luminaria*, su cui cfr. D. QUAGLIONI, *Quanta est differentia inter solem et lunam. Tolomeo e la dottrina canonistica dei duo luminaria*, in *Micrologus*, 12 (2004), pp. 395-406.

del processo. Il diritto naturale da un lato e la teoria della giusta causa dall'altro – questi furono i criteri di lettura della decretale – rappresentavano gli estremi di una reale tensione tra potere politico ed etica, senza mai perdere di vista l'essenza del processo: la *veritas*.

2. La decretale *Pastoralis cura*

Giovanni d'Andrea appunta sinteticamente il disposto della *Pastoralis cura* (*Clem. 2.11.2*), promulgata nell'anno 1313⁸. Tanto sintomatico e perspicace dovette sembrare l'*hoc dicit*⁹ formulato dal glossatore ordinario della raccolta clementina – a fronte del lungo e misurato testo pontificio – da comparire come rubrica sotto cui la decretale *Pastoralis* fu raccolta e tramandata nel *Corpus iuris canonici*: «Sententia, lata contra citatum, extra citantis territorium existentem, nulla est ipso iure. H. d. Ioann. Andr.»¹⁰. Il problema nodale che il testo pontificio intendeva trattare e risolvere – come segnalava Giovanni – era quello del difetto di giurisdizione al di fuori dei confini territoriali del giudicante. Pertanto la sentenza pronunciata contro il convenuto regolarmente citato in giudizio ma appartenente ad un territorio non sottoposto alla giurisdizione del giudicante era *ipso iure* nulla. Questo era il giudizio pronunciato da papa Clemente che affermava la propria supplenza e benefica reggenza in caso di vacanza del seggio imperiale¹¹.

⁸ La decretale era espressione da un lato della sovranità territoriale pontificia, e dall'altro dell'abbandono 'ufficiale' dell'idea della sovranità imperiale. In questo senso cfr. J.P. CANNING, *Law, Sovereignty and Corporation Theory, 1300-1400*, in J.H. BURNS (ed.), *The Cambridge History of Medieval Political Thought c. 350-c. 1450*, Cambridge, 1988, pp. 468-469. Per la formazione e la circolazione di questa decretale cfr. da ultimo D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, Milano, 2015, pp. XLVIII-LIV (*ivi* bibl.).

⁹ Sul genere letterario dell'*hoc dicit* cfr. A. ERRERA, *Alle origini della scuola del commento: le additiones all'apparato accursiano*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, II, Bologna, 2007, pp. 93-109.

¹⁰ Cfr. AE. FRIEDBERG (ed.), *Corpus Iuris Canonici*, II, Leipzig, 1879 (rist. anast. Graz, 1959), p. 1151.

¹¹ La dottrina della *plenitudo potestatis* riaffermata espressamente nel testo clementino a giustificazione e a supporto della supplenza pontificia in caso di vacanza del

Il seggio imperiale, effettivamente, all'epoca dei fatti di cui ci stiamo occupando, risultava vacante a seguito della morte di Enrico VII a Buonconvento. In ragione della riaffermata reggenza, con l'intento di *periculis obtiare et scandala removere* – come recita appena in apertura la *Pastoralis* – il Papa dichiarava nulla la precedente sentenza imperiale di condanna del re Roberto di Sicilia, incolpato di aver sollevato alcuni sudditi contro l'Imperatore e di averli istigati alla ribellione. Per questo l'Imperatore accusava il re di lesa maestà e – dopo averlo citato in giudizio a Pisa, città notoriamente nemica di Roberto, tanto da indurlo a non presentarsi per salvare almeno la testa – scioglieva i vassalli regi dal vincolo feudale. Ma il Papa, dopo la morte di Enrico, forte della reggenza esercitata – come precisava l'*incipit* della decretale – al fine di evitare scandali, pericoli e turbamenti «super cunctas Christiani populi nationes», interveniva per dichiarare nulla per difetto di giurisdizione territoriale la sentenza pronunciata dall'Imperatore, non essendo il re di Sicilia suddito dell'impero¹².

Piuttosto che porre termine ad una controversia di natura schiettamente processuale – la nullità della sentenza per difetto di giurisdizione – quella decretale riaccendeva i toni di antichi contrasti, riapriva vecchie ferite e, al tempo stesso, ne procurava di nuove, quasi a mostrare come il giudizio paradigmatico di Giovanni d'Andrea, finito ad intestare la decretale, rappresentasse la punta d'*iceberg* della tormentata pubblicistica di un Medioevo che si apprestava a mutar pelle. Basti pensare che, nella formazione del dettato pontificio divenuto il testo della *Pa-*

seggio imperiale non incontrava la condivisione dei legisti come Cino da Pistoia. Per respingere quella tesi Cino sottolineava che «imperium non est a Papa, sed pariter procedit una cum sacerdotio ab ipso Deo». Su quest'ultimo punto cfr. D. QUAGLIONI, *Le ragioni della guerra e della pace*, in *Pace e guerra nel Basso Medioevo. Atti del XL Convegno storico internazionale. Todi, 12-14 ottobre 2003*, Spoleto, 2004, pp. 126-127.

¹² Sulle vicende storiche intercorse tra Clemente V e Enrico VII cfr. B. GUILLEMAIN, *Il papato sotto la pressione del re di Francia*, in D. QUAGLIONI (a cura di), *La crisi del Trecento e il papato avignonese (1274-1378)*, Milano, 1994 (Storia della Chiesa, XI), pp. 225-228. Altra bibl. in K. PENNINGTON, *The Prince and the Law, 1200-1600. Sovereignty and Rights in the Western Legal Tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford, 1993, p. 166. Quest'ultima monografia è rilevante per il tema affrontato in questa relazione.

storalis cura, si erano utilizzati alcuni passaggi dei *consilia* di Oldrado da Ponte riguardanti il tema della *plenitudo potestatis*¹³.

I due rettori del mondo, l'Imperatore e il Papa, puntavano ciascuno alla *plenitudo potestatis*, originaria e non derivata dal Pontefice, negli intendimenti imperiali. Il paradigmatico interrogativo – «poss'io a' sudditi miei, torre a cu' io mi voglio e dare ad un altro sanz'altra cagione, acciò che io sono signore e la legge dice che ciò che piace al signore si è legge intra i sudditi suoi?», quesito su cui ci si è soffermati a proposito di Federico Barbarossa nel primo dei nostri incontri sulle origini del diritto pubblico europeo¹⁴ – riaffiorava carico di nuove valenze neppur troppo velate tra le righe della clementina. A leggere bene – insieme ai Dottori dell'età del Commento – si comprende che non soltanto il tema territoriale era di inciampo per l'agognata *potestas*. C'era dell'altro, e forse di più.

3. *Il problema della defensio*

Nel tirare le conclusioni, il testo clementino pronunciava poche brevi parole che si stagliavano come una lancia inferta contro il 'dare e togliere' attuato illegittimamente – a giudizio del Pontefice – da Enrico VII nei confronti del re di Sicilia. Il breve passaggio così corre:

Nec praedicta suppletio circa subditum etiam ad ea potuisset de ratione referri, per quae de crimine, praesertim sic gravi delato defensionis (quae a iure provenit naturali) facultas adimi valuisset, quum illa imperatori tollere non licuerit, quae iuris naturalis existunt.

¹³ La segnalazione della richiesta del *consilium*, rivolta a Oldrado da parte di papa Clemente V, si deve allo studio di inizio Novecento di E. WILL, *Die Gutachten des Oldradus de Ponte zum Prozess Henrichs VII gegen Robert von Neapel. Nebst der Biographie des Oldradus*, Berlin-Leipzig, 1917 (Abhandlungen zur mittleren und neueren Geschichte, 65), pp. 20-51.

¹⁴ Cfr. il mio *Spunti per una ricerca su «iurisdictio» e «legislatio» nella canonistica della metà del sec. XII: «Ius dicitur, lex scribitur»*, in *Gli inizi del diritto pubblico. L'età di Federico Barbarossa: legislazione e scienza del diritto*, Bologna-Berlin, 2007 (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento. Contributi, 19), pp. 283-84.

Il difetto di giurisdizione imperiale, ravvisabile nella mancata condizione di sudditanza del re di Sicilia (*praedicta suppletio*), non appariva superato e superabile neppure in ragione della notorietà del crimine commesso da Roberto, in particolar modo (*praesertim*) in considerazione del fatto che l'Imperatore aveva gravemente compromesso la possibilità di difesa del convenuto (*gravi delato defensionis*): la citazione era stata indirizzata a Pisa, città nemica del re di Sicilia, luogo dunque in cui difficilmente Roberto si sarebbe potuto recare per difendersi nel processo, difatti era rimasto contumace. E qui il testo elementino aggiungeva, appena tra parentesi¹⁵, che la difesa ha fondamento (*provenit*) nel diritto naturale, e che l'Imperatore non può 'tollere' il diritto naturale. Per conseguenza – e dunque non soltanto per la questione territoriale – Enrico VII aveva pronunciato contro il re Roberto una sentenza nulla.

Evidentemente, in questi passaggi il Papa riapriva la *vexata quaestio* del crimine notorio¹⁶: per ricordare che, per quanto potesse in tal caso non rilevare la mancata sudditanza all'Imperatore ai fini della giurisdizione, nondimeno era necessario rispettare sostanzialmente, non solo formalmente, la *defensio* del convenuto, in quanto elemento processuale di diritto naturale (*quae a iure provenit naturali*) imprescindibile (*quum illa imperatori tollere non licuerit, quae iuris naturalis existunt*). Ed è evidentissimo il richiamo ad un ulteriore tema chiave della pubblicistica di questo periodo, il richiamo cioè al problema dei limiti del po-

¹⁵ L'importante inciso «*quae a iure provenit naturali*», riferito alla *defensio*, compare tra parentesi anche nelle edizioni cinquecentesche.

¹⁶ Il tema discusso dalla dottrina del Commento circa la non obbligatorietà del normale procedimento nel caso del notorio – ossia il delitto pubblicamente noto – era stato dibattuto fin dai tempi della Patristica. Ampi ragguagli sul punto in R. BERTOLINO, *Il notorio nell'ordinamento giuridico della Chiesa*, Torino, 1965 (Università di Torino. Memorie dell'Istituto giuridico. Serie II, CXX), pp. 115-128. La questione aveva poi trovato una sistemazione definitiva nel senso dell'obbligatorietà del rispetto dell'*ordo*, nel Decreto graziano. Una sintesi sul punto in J.M. VIEJO-XIMÉNEZ, *La composizione del Decreto di Graziano*, in S.A. SZUROMI (ed.), *Medieval Canon Law Collections and European Ius Commune*, Budapest, 2006, pp. 118-121. Sul problema del notorio nella vicenda specifica intercorsa tra Enrico VII e Roberto di Napoli, sulla quale era stato richiesto *consilium* a Oldrado da Ponte, cfr. K. PENNINGTON, *op. cit.*, pp. 180-181.

tere del *princeps* di fronte al diritto naturale¹⁷. Sulle vecchie questioni del crimine notorio e della *plenitudo potestatis* si innestava dunque una riflessione di natura processuale, anch'essa in parte non nuova, quella del nesso indefettibile tra la citazione come atto dell'attore e la difesa del convenuto¹⁸.

4. I problemi legati alla *cognitio veritatis*: Giovanni d'Andrea

Una simile questione costituiva solo parzialmente una novità giacché riproponeva la relazione tra processo e diritto naturale. Che lo schema processuale nel suo insieme avesse avuto origine in Paradiso era un noto *topos* della scienza giuridica medioevale: dalla *Summa* di Paucapalea (a. 1148) fino allo *Speculum* del Durante († 1296) non è infrequente incontrare nelle fonti la citazione biblica narrante l'episodio di Adamo chiamato da Dio a rispondere del peccato commesso, e della difesa di Adamo che addossava la responsabilità del proprio comportamento ad Eva. Il diritto naturale risultava implicitamente evocato in ragione della derivazione da fonte biblica del meccanismo processuale cardine. Ma, d'altro canto, il tema del diritto naturale, nel Trecento giuridico, risulta ricco di nuove riflessioni, sospinto da un lato dalla rivoluzione tomista e dall'altro dalla pubblicistica d'Oltralpe.

In quel consolidamento della tradizione dottrinale processuale, formatasi a conclusione dell'età della Glossa, che è lo *Speculum* di Guglielmo Durante, la scena biblica a cui si faceva risalire l'origine del processo si presenta già con connotati tecnici di rilievo. Afferma lo *Speculator* che Adamo, rimproverato da Dio, come per opporre ecce-

¹⁷ Per una trattazione dettagliata sul punto si rinvia agli studi fondamentali di D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo degli atti normativi del principe nella «République» di Jean Bodin e nelle sue fonti*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'Educazione giuridica*, VI.1: *Modelli storici della procedura continentale. Profili filosofici, logici, istituzionali*, Perugia, 1994, pp. 54-61; ID., *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, 52 (2007-2008), pp. 60-64; ID., *Law, Sovereignty*, cit., pp. 456-461.

¹⁸ K. PENNINGTON, *op. cit.*, p. 188 sottolinea il significato processualistico della decretale *Pastoralis* che «established an essential element of due process and protected it from the will of the prince».

zione contro l'attore, addossò la responsabilità del crimine ad Eva¹⁹: «quasi actori exceptionem obijciens». A confrontare questo fraseggio, in cui spiccano i termini *actor* ed *exceptio*, con quello di Paucapalea, ci si rende conto delle conquiste raggiunte dalla scienza giuridica. Lo stesso episodio biblico era stato tratteggiato dal canonista dei primi del sec. XII in questo modo²⁰:

Placitandi forma in paradiso primum videtur inventa, dum prothoplastus de inobedientiae crimine ibidem a domino interrogatus criminis relatione sive remotione usus culpam in coniugem removisse.

Non v'è dubbio che Paucapalea tendeva a dare rilievo alla difesa di Adamo (*relatione sive remotione usus*) opposta a Dio suo accusatore, ma più rigorosamente, nello *Speculum*, quella difesa e quel soggetto accusante, elementi di spicco della scena biblica, sono indicati con il *nomen* tecnico rispettivamente di *exceptio* e di *actor*. Ne consegue che già nello *Speculum* si percepisce un genere di relazione non soltanto tra il processo, genericamente inteso, e il diritto naturale, alla maniera di Paucapalea, ma la relazione tra specifiche posizioni processuali – l'*exceptio*, l'*actor* – e il diritto naturale. C'è da notare semmai come in ogni caso quest'ultimo non risulti citato apertamente come *ius naturale*, ma sia richiamato implicitamente – come si è detto – dallo svolgersi della scena in Paradiso, di fronte a Dio stesso, e dalla ulteriore citazione dei passi dell'antico testamento e di san Paolo che presuppongono l'esistenza di un *ordo iudiciarius*²¹.

¹⁹ GUGLIELMO DURANTE, *Speculum iudiciale, Proemium*: «Hinc est, quod iudiciorum ordo et placitandi usus in paradiso uidetur exordium habuisse. Nam Adam de inobedientia a Domino redargutus, quasi actori exceptionem obijciens, relationem criminis in coniugem, imo in coniugis actorem conuenerit...» (ed. Basel, 1574, rist. anast. Aalen, 1975, p. 5rb). Lo *Speculator* ripeteva pressoché *verbatim* il passo del Prologo alla *Summa* al Decreto di Stefano Tornacense (cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt am Main, 1984 (Ius Commune. Sonderhefte, 19), p. 1 n. 1).

²⁰ PAUCAPALEA, J.F. VON SCHULTE (ed.), *Summa decretorum, Prologus*, Giessen, 1890, rist. anast. Aalen, 1965, p. 1.

²¹ Sia Paucapalea sia lo *Speculator* osservano che l'origine del processo è rinvenibile anche nell'Antico Testamento, nel principio 'In ore duorum vel trium testium stabit

Pertanto con la clementina *Pastoralis* si attribuiva *vis legalis*²² ad un principio già conosciuto e già condiviso dalla dottrina: l'origine del processo in Paradiso. Ma al tempo stesso si compiva un passo decisivo e nuovo nella parte in cui la questione veniva trasferita con puntualità sul piano tecnico-giuridico, cioè con la fissazione degli elementi processuali indisponibili perché fondati sul diritto naturale. Che questo fosse il risultato della clementina *Pastoralis* è evidente nell'accogliamento critico che i Dottori dimostrarono di fronte al breve passaggio della decretale prima menzionato. La relazione tra diritto naturale e processo avviava una nuova disputa scientifica, una nuova dogmatica destinata ad informare di sé il moderno diritto processuale. Di ciò si riceve una conferma nella cultura processualistica del pieno Umanesimo. La cinquecentesca *Tela iudicii* di Roberto Maranta (1520-1525)²³ fa ancora menzione della *Pastoralis*²⁴ e dello stato della dottrina trecentocentesca sul nostro tema²⁵. Indirizzati dunque dall'opera del Maranta nel gettare uno sguardo *en diagonal* sui principali commentari fioriti tra i secoli XIV e XV ci si rende conto della vitalità di un dibattito divenuto l'ombra lunga del problema più grande, ossia dei limiti alla *potestas*. E poiché il diritto naturale rappresentava un limite alla *potestas*, quella parte della scienza giuridica più rigida e meno disponibile a concedere aperture, in materia processuale tende a rinsaldare e perciò a tecnicizzare il legame tra processo e diritto naturale. Seguendo questa direzione si arriverà perfino a rivoluzionare un punto fermo della

omne verbum' (*Dt.* 17.6); e nel versetto paolino 'Saecularia igitur iudicia si habueritis, contemptibiles qui sunt in ecclesia, illos constituite ad iudicandum' (1 *Cor.* 6.4).

²² A.M. STICKLER, *Historia juris canonici latini*, I: *Historia fontium*, Roma, 1950 (Studia et Textus Historiae Juris Canonici, 6), pp. 266-267.

²³ Per maggiori ragguagli sull'opera e sul suo autore cfr. M.N. MILETTI, s.v. *Maranta*, in *Dizionario biografico degli italiani*, LXIX, Roma, 2007, pp. 436-39.

²⁴ ROBERTO MARANTA, *Tractatus de ordine iudiciorum*: «...Sic ergo qui vult litigare contra aliquem ante omnia debet citare suum aduersarium in iudicio, alias processus non valet, quia citatio est inuenta de iure naturali et est species defensionis et nullo modo potest omitti etiam per principem vt est tex. in cle. *Pastoralis*, § *Ceterum*, de re iu. (*Clem.*, 2.11.2*in fi.*)...» (ed. Neapoli, 1547, f. 94vb, sub n. 2).

²⁵ Cfr. ROBERTO MARANTA, *ibid.*, ff. 19vb (sub n. 102), 20ra (sub n. 105), 49vb (sub n. 5), 95ra-95rb (sub n. 7).

tradizione giuridica medioevale, a trasportare cioè dal terreno dello *ius civile* a quello dello *ius naturale* il fondamento delle *actiones*.

Ciò spiega perché la decretale *Pastoralis cura* che, per certi versi, rappresenta il punto finale di una riflessione antica sia divenuta l'occasione per iniziare un intenso lavoro di astrazione dei principi del diritto processuale, innanzitutto con riguardo al tema della citazione. Quasi a presagire la più tarda dialettica tra *mos gallicus* e *mos italicus*, si profilano già fra Due e Trecento due schieramenti che oppongono il pensiero Ultramontano a quello per così dire 'classico' italiano, incline a piegarsi di fronte alle scelte del diritto canonico.

V'è un punto peraltro su cui i legisti concordano. Lo ricorda Giovanni d'Andrea nel commentario (a. 1322) alla famosa clementina *Saepe* (*Clem.* 5.11.2)²⁶. Circa la questione specifica, trattata dai legisti –

²⁶ Questo il passo in esteso [GIOVANNI D'ANDREA, *Clementinae Constitutiones suae integritati una cum glossis restituae*, in *Clem.* 5.11.2] ad vv. *defensiones legitima*e: «Facit ad hoc de offic. dele., Ex parte (X1.29.12 et 13), 2 q. 7, Lator (C.2 q.7 c.44), et ibi no. Cod. de preci. Impera. offeren., l. Quotiens (*Cod.* 1.19.2). Et facit hæc littera et finis istius secundæ partis et iura prædicta ad quæstionem Legistarum de potestate, qui habet arbitrium an teneatur iustitiam partis seruare vel possit illam contra iura et iustitiam condemnare et voluntate uti. Et tenent quod iustitia et legitima partis defensio non tollitur per dationem arbitrii... Facit de reg. iur., in generali, lib. Sexto (VI 5.20) cum suis concor. Et optime probat. constitutio Clemen. sup. de re iud., Pastoralis, § penult. in fi. (*Clem.* 2.11.2). Et si dicas arbitrium ab eo qui potuit concessum, debet aliquid operari? Respondetur quod ad solemnitates quæ figuram iudicii respiciunt non tenent, ut hic (*Clem.* 5.11.2). Vnde not. quod de iis quæ in iudicio aguntur quaedam sunt acta causæ uel litis, quædam iudicii: confessiones ergo attestaciones et quæ respiciunt factum proprie sunt acta causæ. Citationes, satisdaciones et similia sunt acta iudicii, de hoc per Innoc. (Innocenzo IV, *Commentaria* in X 2.20.11, ed. Venetiis, 1570, f. 155ra, sub n. 1) et Hostien. de testi., Causam (Enrico da Susa, *Lectura* in X 2.20.11, ed. Argentine, 1512, f. 310ra), et per Archid. de elec., Indennitatibus, § si uero (Guido da Baisio, *Apparatus* in VI 1.6.43.1, ed. Venetiis, 1577, f. 39va, sub n. 4). Verba igitur 'sine figura iudicii', licet tollant aliqua ex eis quæ ordinant iudicium, non tamen illa quæ instituunt et decidunt causam. Non est ergo mirum si probationes et legitimas defensiones talis iudex admittit. Nil igitur talis iudex omittit per quod impediatur vel occultetur cognitio veritatis, vt sequitur, et per singula discernere potes illa vero quæ solemnitatem respiciunt, siue sint actus qui respiciunt iudicem, siue partem vtramque vel alteram remittuntur, et facit ff. de legat., I, l. Si seruus vetitus (*Dig.* 30.1.119) cum suis concor.» (ed. Venetiis, 1615, pp. 236b-237a). Indicazioni bibliografiche sul processo sommario canonico in A. ERRERA, *Processus in causa fidei. L'evoluzione dei*

se cioè chi è chiamato a giudicare sia tenuto ad osservare la giustizia o possa condannare contro il diritto e la giustizia, sulla base della sua sola volontà – è chiaro che la giustizia e la difesa legittima della parte non possono essere tolte. Questo assunto – aggiunge Giovanni – è provato chiaramente dalla clementina *Pastoralis*. Così, il rinvio al principio del diritto naturale si coglie attraverso la citazione della *Pastoralis*. Ma a miglior chiarimento della relazione tra il diritto alla difesa e lo *ius naturale* il glossatore ordinario della raccolta clementina sottolinea che anche nei giudizi sommari istituiti dalla *Saepe*, per quanto vengano omesse alcune parti riguardanti lo svolgimento dell'*ordo*, giammai potranno essere omesse le parti attinenti alla definizione e decisione della lite (*illa quae instituunt et decidunt causam*). In questo punto egli ha presente – e lo dichiara – non soltanto il dettato della *Saepe* e della *Pastoralis*, ma anche il principio di ordine generale che canonisti illustri quali papa Innocenzo IV, Enrico da Susa, Guido da Baisio – maestro di Giovanni²⁷ – avevano fissato per l'innanzi: si devono cioè tenere distinti gli *acta causae* dagli *acta iudicii*. I primi, ad esempio le confessioni e le testimonianze, riguardano il fatto dedotto; i secondi, quali la citazione e le garanzie, riguardano il procedimento in senso astratto ed assoluto, a prescindere dal fatto contingente. Questa distinzione era stata elaborata da Innocenzo IV, Enrico da Susa e Guido da Baisio al fine di chiarire che soltanto gli *acta causae*, ossia gli elementi processuali riguardanti il fatto dedotto in giudizio, valgono in perpetuo e che pertanto la citazione, sebbene sia da annoverare tra gli *acta iudicii*, non perde peraltro mai efficacia in relazione alla prescrizione. Ora la medesima dottrina viene riproposta da Giovanni al fine di sottolineare la necessità di salvaguardare il diritto del convenuto alla difesa (*Et si dicas arbitrium ab eo qui potuit concessum, debet aliquid operari? Respondetur quod ad*

manuali inquisitoriali nei secoli XVI-XVIII e il manuale inedito di un inquisitore perugino, Bologna, 2000 (Archivio pere la storia del diritto medioevale e moderno, 4), p. 58 n. 58.

²⁷ Cfr. F. LIOTTA, *Appunti per una biografia del canonista Guido da Baisio arcidiacono di Bologna (con appendice di documenti)*, in *Studi Senesi*, 76 (1964), pp. 27-28; S. KUTTNER, *Johannes Andreae and his Novella on the Decretals*, in *The Jurist*, 24 (1964), p. 405, ora in *Studies in the History of Medieval Canon Law*, Aldershot, 1990 (Variorum Collected Studies Series 325), XVI.

solemnitates que figuram iudicii respiciunt non tenent... Vnde not. quod de iis quae in iudicio aguntur quaedam sunt acta cause uel litis, quaedam iudicii, etc.): pur non rintracciandosi, nel ragionamento di Giovanni d'Andrea, una disquisizione aperta intorno alla irrinunciabilità della citazione, si comincia a profilare il collegamento tra processo e diritto naturale in ragione della insopprimibilità degli elementi processuali correlati alla *cognitio veritatis* (*Nil igitur talis iudex omittit per quod impediatur vel occultetur cognitio veritatis*). Un nesso, questo, che era implicito nell'episodio biblico a cui si era soliti far risalire l'origine del processo: Adamo chiamato da Dio a dar conto della propria condotta, aveva spontaneamente cercato una strategia di difesa. Ma ora, verso il secolo nuovo, l'intera questione viene sviluppata con gli strumenti gno-seologici del giurista.

5. La citazione e il diritto naturale: Bartolo

Sulla stessa linea della dottrina di Giovanni d'Andrea è senz'altro Bartolo († 1357). Questi tratta espressamente il problema dei limiti all'*arbitrium liberum* del principe nell'atto di giudicare. Fin dalla formulazione del quesito introduttivo – «Potestas cui est datum liberum arbitrium non potest ius alterius lædere»²⁸ – si comprende che Bartolo tende a contemperare due principi: quello del libero giudizio del *princeps* da un lato, e dall'altro quello della pretesa della parte processuale a vedere rispettati, in quanto tale, i propri diritti. Se non si imponessero dei confini all'*arbitrium*, il *princeps* potrebbe agire iniquamente (*iniquè agere*)²⁹. E certamente, per la soluzione finale, non sfugge a Bartolo la

²⁸ BARTOLO, *In Primam digesti novi partem*, ed. Venetiis, 1570, f. 59vb, sub n. 2.

²⁹ BARTOLO, *ibid.*, in *Dig.* 39.5.7: «Primo conceditur potestati arbitrium liberum, an possit ius alterius lædere. Hæc lex in prin. est in argumentum quod non, quod est verum et plene examinatur, de verb. sig., in *Cle. Sæpe* (*Clem.* 5.11.2), versic. 'Non sic tamen iudex, in gl. in versi. 'defensiones' (Giovanni d'Andrea, in *Clem.* 5.11.2, ad v. *defensiones*, ed. Venetiis, 1615 p. 236b) vbi allegat bene. Ego dico quod est casus expressus supra, de test. mili., l. Cum filius (*Dig.* 29.1.28) coniuncta l. I, eo. ti. (*Dig.* 29.1.1). Quid si est dictum quod Potestas possit facere ad sui voluntatem? Videtur quod possit iniquè agere... Quæro, quid si est dictum quod Potestas nullam iuris solemnitatem teneatur obseruare, quid ista verba important? Respon.: tollitur omnis solemnitas de

legislazione decretalistica di riferimento che egli individua ovviamente nella due clementine *Saepe* e *Pastoralis*³⁰. Tutta l'impostazione del problema è in sintonia con la canonistica: non soltanto per il richiamo alla legislazione delle decretali, ma soprattutto per la riflessione esplicita circa la necessità di tenere distinti, con riguardo ai principi del processo, gli atti che trovano la loro fonte nello *ius civile* – che possono pertanto essere trascurati – da quelli che si radicano nello *ius naturale*, necessari e indispensabili. Un altro modo di presentare la distinzione tra gli *acta causae* e gli *acta iudicii* messa a punto fin dai tempi di Innocenzo IV e ricordata ancora da Giovanni d'Andrea. Conseguentemente, anche Bartolo insiste sul fatto che la difesa è esistente per diritto naturale; e su questo assunto fa leva per dichiarare che essa non può essere impedita: come a dire, indirettamente peraltro, che il difetto della citazione sanzionato dalla clementina *Pastoralis* (a Pisa il re di Sicilia non si era potuto presentare per via della pericolosa inimicizia della città nei suoi riguardi) era inaccettabile perché maliziosa, data l'impossibilità del *reus* di difendersi³¹. Persino l'audizione dei testimoni, se avvenisse in difetto di citazione (*parte absente*), risulterebbe invalida³², giacché si-

iure ciuili. Ea vero que sunt de iure naturali vel gentium remanent. Vnde, cum de iure naturali vel diuino in ore duorum vel trium stet omne verbum, sufficiet de maleficio constare per duos testes... Sed an tunc reo poterit auferri defensio? Certe non, cum defensio sit de iuregentium... extra., de re iudi., c. Pastoralis, § ceterum in Cle. (*Clem.* 2.11.2). Item an eius vigore poterit testes examinare parte absente? Dico quod non, quia hoc esset auferre copiam defensionis. Item quia hoc non licet iure gentium cum dicat decretum nullo iure licere parte absente iudicare, III q. IX, c. Omnia et c. Absens (C.III q.9 cc.4 et 13)» (ed. Venetiis, 1570, f. 60ra, sub nn. 2-4).

³⁰ Sulla clementina *Pastoralis* si fonda la dottrina espressa da Bartolo nel 'Tractatus De Tyranno' circa il problema della violenza pubblica. Sul punto cfr. D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il "De tyranno" di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357)*, Firenze, 1983, p. 52.

³¹ A questo si aggiunge il rigore di Bartolo nella teorica della citazione: l'esigenza del requisito della scrittura e l'articolata disamina sulle citazioni *extra territorium*; temi che gli valsero la reputazione di fondatore del diritto processuale internazionale (cfr. G. SALVIOLI, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE*, III.2, Milano, 1927, pp. 256-257).

³² Diversamente, il giuramento dei testimoni è istituito di *ius civile* che non inficia, se mancante, la validità del processo [BARTOLO, *ibid.*, in *Dig.* 39.5.7]: «Item an nunc possit recipere testes sine iuramento vel diebus feriatis in honorem Dei? Puto quod sic,

mile prova sarebbe assunta nel processo precludendo alla parte non citata, di esercitare il diritto di fornire una controprova. In altre parole, Bartolo segna la via verso un elemento processuale che la nostra processualistica contemporanea indica come il principio del contraddittorio nella formazione della prova. Da questo argomentare si percepisce una relazione tra la citazione e il diritto a difendersi, ancorché quest'ultimo, in linea con la tradizione, resti il punto centrale della riflessione bartoliana.

6. (segue) Baldo

A questi temi condivisi da Giovanni d'Andrea e ripresi da Bartolo, Baldo degli Ubaldi († 1400) aggiunge una voce nuova. Egli, diversamente da quanto si è osservato finora, lega puntualmente e apertamente il tema della citazione a quello del diritto alla difesa, in maniera così articolata da far luce su ulteriori caratteri di 'naturalità' del processo: «Nihil est tam naturale quam veritas»³³. Ciò per dire che il diritto naturale opera nei giudizi in tanto in quanto è teso a ricercare la *veritas*, lemma che sembra di dover intendere secondo la cultura del tempo, cioè con il significato dei *verba* pronunciati da Cristo: *Ego sum veritas*. Dunque, ogni atto procedurale dovrà essere teso al compimento della giustizia divina³⁴. Baldo ricerca la realtà intrinseca dello *ius naturale*

quia hæ solemnitates fuerunt inductæ a iure ciuili...» (ed. Venetiis, 1570, f. 59vb, sub n. 5).

³³ Il passo in esteso alla successiva n. 41.

³⁴ Il concetto di *veritas* ricercata nel processo non sulla base delle formalità dell'atto introduttivo della lite, ma attraverso i principi dei Padri della Chiesa e secondo le forme previste nei canoni, risulta già utilizzato nella decretale *Dilecti filii* di papa Alessandro III (1 *Comp.*, 2.20.1) rifluita in *X* 2.1.6, come osserva F. LIOTTA in una ricerca sul *nomen actionis* che ho potuto consultare in stesura provvisoria manoscritta per gentile concessione dell'A. Al tempo di Baldo, inoltre, la *veritas* intesa come 'verità naturale' voluta da Dio stesso è principio filosofico elaborato da Dante nella *Monarchia*: «...aliquid principium est assumendum in virtute cuius aperiende veritatis argumenta formentur... Hec igitur irrefragabilis veritas prefigatur: scilicet quod illud quod nature intentioni repugnat Deus nolit. Nam si hoc verum non esset, contradictorium eius non esset falsum, quod est: Deum non nolle quod nature intentioni repugnat» (*Monarchia*,

nei singoli atti di cui il giudizio si compone, a significare che la citazione è imprescindibile perché correlata all'acquisizione della *veritas*³⁵. Ma v'è un'ulteriore esigenza processuale assoluta dalla citazione: quella della valida instaurazione del giudizio. A questa conclusione Baldo giunge ragionando intorno al caso del crimine notorio. Se la citazione rilevasse al solo fine di consentire la difesa del convenuto, se ne ricaverebbe che essa non sarebbe necessaria quando l'esercizio del diritto alla difesa fosse addirittura di ostacolo alla *veritas*: come nel caso del notorio, in cui la difesa realizzerebbe un comportamento contrario alla verità delittuosa da tutti riconosciuta come tale. E ancora: laddove di fatto la parte si presenti in giudizio e sia dunque nella concreta possibilità di difendersi, sarebbe irrilevante il difetto di citazione. Queste considerazioni sono l'occasione per una precisazione conclusiva: «Citatio tenuit ad duos effectus»³⁶. L'effetto processuale della citazione non è da

II.2, 1-3). Si noti fra l'altro che la *Monarchia* dantesca fu scritta al tempo della discesa di Enrico VII in Italia, cioè nel momento stesso della promulgazione della *Pastoralis cura*. Per il dibattito circa la datazione della *Monarchia* e per nuove ipotesi cfr. D. QUAGLIONI, *Introduzione*, cit., pp. XXIV-LVI, LXXXV-LXXXVI.

³⁵ BALDO, *In primun, Secundum et Tertium Codicis Librum, Commentaria*, in *Cod.* 1.14.12: «Ideo enim pars est citanda ut possit se defendere, quæ defensio est de iure gentium seu naturali et ideo non potest auferri ut ff. de re mi., l. 3, § si ad diem (*Dig.* 49.16.3.7), et in c. Pastoralis, de re iud., in cle. (*Clem.* 2.11.2), et ff. de adoptio non iure facta et l. Nam ita diuus (*Dig.* 1.7.38 et 39) cum si. Item coram Principe requiritur examinatio et ventilatio ueritatis, quia inquisitio ueritatis est de iure gentium. Vnde licet solemnitates legales non teneatur Princeps, et hoc est quod est litera, dum dicit 'cognitionaliter' (*Cod.* 1.14.12*pr.*), quam bene no.» (ed. Venetiis, 1599, f. 70*ra*, sub n. 3).

³⁶ BALDO, *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, in *Cod.* 6.35.9: «Dubitari consuevit numquid in notorio requiratur citatio? Et videtur expressum quod sic in c. Pastoralis, de re iudi., in cle. (*Clem.* 2.11.2), quia citatio tendit ad defensionem, ideo enim citatur vt compareat et se defendat vt no. infra vnde vi, l. Meminerint (*Cod.* 8.4.6), et infra si per vim vel alio modo, l. fi. (*Cod.* 8.5.2). Et ideo quia ad hos duos fines tendit citatio, videtur esse de iure naturali, sicut ipsa defensio. Et si contra fiat, fieret contra ius naturale cui etiam Princeps suppositus est. In contrarium videtur quia, cum nullam habeat defensionem, non potest prætere lesionem: ad quid enim citaretur? Bene enim fateor quod defensio est de iure naturali, si qua est. Sed quando nulla est, de iure naturali esse non potest quia subiectum naturæ est ens, et ideo Papa ibi videtur esse loquutus irrationabiliter. Tu tene quod est necessaria citatio alia ratione, quia vbi non est citatio ibi non est reus nec iudicium, nec potest contrahi hermodicium et ideo nec

considerare soltanto con riguardo alla effettiva possibilità di difesa della parte chiamata in giudizio³⁷, come affermato tradizionalmente dalla dottrina. Ciò è senz'altro vero anche per Baldo, in ragione del nesso tra il diritto alla difesa e lo *ius naturale* (*pars est citanda ut possit se defendere, quæ defensio est de iure gentium seu naturali et ideo non*

ferri sententia, maxime capitalis... Et ita firmiter tenendum est quod nulla diffinitiva ferri potest quantumcunque ex notorio nisi præcedat legitima citatio... Sed pone quod aliquis est in præsentia iudicis ob aliquam causam, modo iudex vult eum compellere ad respondendum cuidam inquisitioni. Ipse dicit: domine faciatis me citari. Respondet iudex: citatio sit solum ad finem habendi præsentiam, tu es præsens et ideo responde, nec debes habere terminum ad deliberandum in proprio facto. Sed reus dicit: imo quia citatio tendit ad duos effectus: scilicet comparitionis et interim præparandę defensionis et muniendi se testibus et aliis necessariis, vt no. supra de feri., l. I in princ. (*Cod.* 3.12.1*pr.*). Respon.: nisi reus sit suspectus de fuga, non cogitur respondere, arg. infra de exhiben. reis, l. II (*Cod.* 9.3.2). Non enim est præcipitandus, argu. ff. de suc. edi., l. I, § largius. (*Dig.* 38.9.1.12). Ad hanc tamen allegationem in notorio crimine non debet admitti quia nulla debet dari dilatio...» (ed. Venetiis, 1586, f. 125*ra*, sub nn. 8-9).

³⁷ Baldo cita, al riguardo, l'opinione di Giovanni d'Andrea con cui risulta essere in polemica: [*Ibid.*, in *Cod.* 6.35.9] «...Sed Io. An. dicit in c. fi., de elec., lib. 6 in Novella (Giovanni d'Andrea, *Nov. in Sext.*, in *VI* 1.6.47, ed. Venetiis, 1499, rist. anast. Graz, 1963, p. 72*a*) quod citatio non sit nisi ad finem comparitionis. Sed tu dic, vt dixi, quod etiam ad finem defensionis, vt d. c. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2)...» (ed. Venetiis, 1586, f. 125*ra*, sub nn. 8-9). Giovanni d'Andrea, nel passo citato da Baldo, sostiene che la citazione mette il convenuto nella condizione di presentarsi e difendersi. Ma se, pur non citato, questi si presenta in giudizio, il diritto alla difesa è comunque salvo [GIOVANNI D'ANDREA, *Nov. in Sext.*, in *VI* 1.6.47]: «Item in processu et in sententia satis est partem esse presentem. Patet primum de accu., Qualiter, § debet (*X.* 5.1.24), secundum ff. de re iud., De unoquoque (*Dig.* 42.1.47), in quibus nihhil dicitur de citatione. Sed solum de presentia benefacit *Cod.* quomodo et quando iudex, in rubr. (*Cod.* 7.43) et l. Si ut proponis (*Cod.* 7.43.5) ubi a contrario colligitur, quod si citata fuit pars ad certum locum, si iudex alio loco procedat, tenet processus parte presente. Item cum effectus vocationis sit ut ueniat citatus, ex quo presens est, cessat citandi necessitas, bene facit ff. de lib. agno., l. I, § fi. (*Dig.* 25.3.1.16)...» (ed. Venetiis, 1499, rist. anast. Graz, 1963, p. 72*a*). Diversamente, per Baldo la citazione ha anche l'effetto di consentire il corretto costituirsi dell'*ordo*: «vbi non est citatio ibi non est reus nec iudicium» (cfr. la precedente nota). Questa disputa, peraltro, rafforza il legame dell'atto di citazione con il diritto naturale, giacché mira a sottolineare che l'osservanza dell'*ordo* nelle sue parti essenziali, è la garanzia della *veritas* a cui non sfuggono né il *princeps* né il Papa, come sostenuto anche dalla dottrina canonistica.

potest auferri)³⁸. Ma egli osserva in più che la citazione ha anche l'effetto di permettere alla parte, in quanto citata³⁹, di ottenere una sentenza valida, perciò *etiam sententia principis non valet absque citatione*⁴⁰.

Con la teorizzazione di questo duplice fine, Baldo fa luce sulla citazione quale titolo di legittimazione del convenuto a presentarsi in giudizio e conseguentemente a difendersi legittimamente, quasi che la *veritas* sostanziale possa essere perseguita soltanto attraverso la *veritas* processuale, cioè attraverso l'espletamento di quegli atti procedurali che sono imprescindibili e che per questo Baldo lega allo *ius naturale*. Un legame che si attuerebbe unicamente in via secondaria se messo in relazione alla sola difesa del convenuto – «*citatio non est de iure naturali principaliter propter se, sed propter defensionem*»⁴¹ – ma che diviene cogente se rapportato al corretto costituirsi dell'*ordo*. Una lezione, questa, destinata a consolidarsi nella 'comparsa di costituzione e risposta' – i due effetti della citazione, appunto – che è la formula in uso, per il convenuto, nel sistema processuale contemporaneo.

V'è poi un ulteriore tratto della dottrina di Baldo che lega il processo al diritto naturale: «*Coram Principe requiritur examinatio et ventila-*

³⁸ Cfr. la precedente n. 35.

³⁹ Per una analisi dettagliata degli effetti della citazione, ma secondo una dottrina attribuita alla sola canonistica, erede del sistema romanistico, si veda lo studio di fine sec. XIX di E.J. TARDIF, *Étude sur la litis contestatio en droit romain*, Paris, 1881, pp. 285-286.

⁴⁰ BALDO, *ibid.*, in *Cod.* 1.14.12: «...Princeps non tenetur seruare ordinem iudiciorum in procedendo... Debet tamen pars citari alias non vale<{> sententia Principis et potest opponi de nullitate...» (ed. Venetiis, 1599, f. 70ra, sub n. 3).

⁴¹ BALDO, *In VII. VIII. IX. X. et XI Codicis Libros Commentaria*, in *Cod.* 7.53.8: «Non obstat quod defensionis facultas prouenerit de iure naturali quia notorie delinquere plus est quam confiteri reatum, cum ipsa notorietas haberet tunc permanentiam de presenti. Et iustificatio, que est defensio naturalis, non poterat ibi pretendi nec etiam allegari eo quod nulla naturaliter suppetebat. Nam sibi semper mentiens imprudentia rerum merita permutare non potest. Vnde non tollebatur ibi materia defensionis de iure naturali cum etiam esset impossibile de iure naturali, id est de ipsa veritate. Nihil est enim tam naturale quam veritas nec tam forte vt legitur in Esdra (cfr., *in extenso*, *Biblia Apocrypha 1 Esd*, 4, 40-41). Rursus citatio non est de iure naturali principaliter propter se, sed propter defensionem...» (ed. Venetiis, 1586, ff. 76vb-77ra, sub n. 46).

tio ueritatis, quia inquisitio ueritatis est de iure gentium»⁴². Questo postulato che Baldo utilizza per giustificare l'obbligo, anche per il *princeps*, di osservare gli *acta iudicii*, porta di nuovo l'attenzione sulla *veritas* come elemento primo di diritto naturale, cui tende l'osservanza dell'*ordo* processuale. Il tema dell'*inquisitio ueritatis* muove Baldo a respingere la clementina *Pastoralis* nella parte in cui indica il difetto territoriale della giurisdizione imperiale. La validità della sentenza imperiale emessa per reprimere un crimine notorio si regge proprio sulla necessità (*requirere*) dell'*inquirere* come elemento di diritto naturale cui il principe è preposto.

7. Il problema della 'giusta causa'

Proprio il tema degli atti normativi del principe fa sì che alle chiare prese di posizione della dottrina circa la difesa del convenuto – difesa che neppure il *princeps* può *tollere* – si debbano aggiungere gli ulteriori sviluppi apportati dal problema della giusta causa⁴³. Quest'ultima, con riferimento al processo, rimetteva in discussione gli elementi indisponibili finora considerati. L'opinione bartoliana parlava chiaro, ed è nota: la *iusta causa* agiva come limite alla *voluntas* del principe. Quando Bartolo precisa e difende il principio secondo cui il principe può disporre in maniera contraria allo *ius gentium* soltanto in presenza di una giusta causa ha l'intenzione di frenare le tesi alla Buttrigari che consentivano l'esercizio incondizionato della *plenitudo potestatis*⁴⁴. Ma in realtà l'intera questione della citazione, fonte del diritto alla difesa, istituto di diritto naturale, più che un limite pareva ricevere un'apertura dalle teorie sulla giusta causa. Un primo sentore del rilassamento del principio di indisponibilità della citazione provocato dalla teoria della giusta causa sembra adombrato già in Baldo. V'è un passaggio del suo commen-

⁴² Cfr. la precedente n. 35.

⁴³ Sul tema della giusta causa cfr. da ultimo E. CORTESE, *Absolutisme et légalité dans le droit savant du Moyen Âge. Les deux faces d'une même médaille*, in J. KRYNEN, M. STOLLEIS (a cura di), *Science politique et droit public dans les facultés de droit européennes (XIIIe-XVIIIe siècle)*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 121-124.

⁴⁴ Si veda al riguardo D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., pp. 59-60.

tario in cui, nel riprendere il problema della validità della sentenza del principe *parte non citata*, egli non conclude per la risposta negativa, come ci si aspetterebbe e come avviene in altre parti della sua opera, prima esaminate. La legge *Nec causas* (*Cod.* 7.62.15) – osservava Baldo – consentiva di ritenere valida la sentenza del principe pronunciata in difetto di citazione, poiché qualunque azione del principe (*factum principis*) compiuta nei confronti dei sudditi è efficace laddove esista la giusta causa. E così egli superava anche il divieto fissato nella clementina *Pastoralis*, dato che quest’ultima riguardava soltanto i soggetti non immediatamente sudditi dell’Impero. Nell’ammettere simile concessione Baldo ricordava – ancorché in maniera imprecisa – che si trattava di una tesi presente nella glossa accursiana⁴⁵. In realtà Accursio, nella glossa citata da Baldo, non aveva scritto *iusta causa*. Aveva però fatto esplicito riferimento alla clausola ‘non obstante’⁴⁶, utilizzata nelle teoriche sulla giusta causa consolidatesi con le dottrine del Commento come criterio di superamento del divieto imposto al principe di *rescribere contra ius*⁴⁷. Baldo peraltro coglieva il senso di apertura delle parole accursiane (*Vltra ergo nullo modo etiam principe permittente, nisi forte diceret non obstante hac lege*), e ne traeva conclusioni ugualmente di apertura per quanto riguarda la citazione.

Ma la questione davvero sfuggiva di mano con le dottrine condivise da Cino da Pistoia († 1336/1337), che presumevano esistere sempre, nel *princeps*, la giusta causa. Ciò comportava che, relativamente alla cita-

⁴⁵ BALDO, *ibid.*, in *Cod.* 7.62.15: «Fuit antiquitus quæstio disputata utrum valeat Imperatoris sententia parte non citata. Et ista litera (*Cod.* 7.62.15) videtur probare quod sic quia lata causa non cognita valet, sicut valet eius privilegium ut no. in l. Is qui Reipublicæ causa abesse, ff. ex qui can. ma. (*Dig.* 4.6.36), vbi gl. dicit quod si est iusta causa ualet factum Principis etiam sine citatione (Accursio, *Glossa ordinaria* in *Dig.* 4.6.37, ad v. *Constitutionibus*, ed. Lugduni, 1627, col. 571). Non obst. c. *Pastoralis*, de re iud., in cle. (*Clem.* 2.11.2), quia ibi processit imperator contra non subditum sibi principaliter, sed ecclesiæ Romanæ» (ed. Venetiis, 1586, f. 99vb, sub n. 3).

⁴⁶ ACCURSIO, *Glossa ordinaria* in *Dig.* 4.6.37, ad v. *Constitutionibus*: «Scilicet quatuor mensibus..., et hoc ex concessione principis, non alias... *Vltra ergo nullo modo etiam principe permittente, nisi forte diceret non obstante hac lege...*» (ed. Lugduni, 1627, col. 571).

⁴⁷ Più ampi ragguagli sul punto in D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., pp. 55-60; J.P. CANNING, *op. cit.*, pp. 458-460.

zione, finisse per ‘rientrare dalla finestra ciò che era uscito dalla porta’: in sostanza, grazie alla teoria della presunzione, il principe avrebbe potuto omettere la citazione. Sempre⁴⁸.

8. (segue) *Le restrizioni della canonistica: Panormitano*

Di fronte a questo reale pericolo non restava insensibile la canonistica. A mitigare fortemente la nuova impostazione del problema della giusta causa, riferita alla citazione, non tarda a levarsi la voce del Panormitano († 1445), acceso oppositore di Cino. La sua tesi restrittiva si colloca a conclusione dell’impostazione canonistica tradizionale. Egli afferma che anche il Papa, nella qualità di *princeps legibus solutus*, non è tenuto ad osservare le forme del processo che sono fissate dal diritto positivo (*ordo inductus mero iure positivo et illius defectus non habet vitiare processum coram principe*), tuttavia non può pretermettere gli elementi della procedura che, come la citazione, trovano la loro fonte nello *ius naturale*, altrimenti – come già aveva affermato Baldo – la sentenza non sarebbe validamente pronunciata⁴⁹, e il giudice non po-

⁴⁸ Per i dettagli della dottrina di Cino si rinvia a K. PENNINGTON, *op. cit.*, pp. 130-131.

⁴⁹ PANORMITANO, *Commentaria Tertiae Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.19: «...No. secundo quod etiam Papa debet seruare iuris ordinem et rigorem æquitatis ut contra iustitiam nulli parcat. An autem teneat sententia si Papa non seruauit iuris ordinem? Dico sic, quod quidam est ordo inductus mero iure positivo, et illius defectus non habet vitiare processum coram principe, quia legibus non ligatur, cum sit supra legem, ut l. Digna vox, Cod. de legi. (Cod. 1.14.4)... Quidam est ordo iuris fundatus super iure naturali, ut quod sententia feratur parte uocata. Et si ille ordo prætermittitur non ualet sententia, hoc uidetur uelle tex. iuncta glo. in d. l. fina. (Accursio, *Glossa ordinaria* in Cod. 1.14.12, ad v. *cominus*, ed. Augustae Taurinorum, 1576, f. 122rb) et firmat aperte ibi Bal., argu. cle. pastoralis, de re iudi. (BALDO, *Commentaria* in Cod. 1.14.12, ed. Venetiis, 1599, f. 70ra, sub n. 3), et no. hoc dictum» (ed. Venetiis, 1588, f. 109vb, sub n. 1). Per la corrispondenza con il pensiero di Baldo cfr. *supra*, n. 40. E ancora, PANORMITANO, *Commentaria Primæ Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.1.6: «Circa hoc quero, quid si dicatur in aliqua commissione ‘procedas non obstante iuris solemnitate’? Dic post Bar. in l. Filiusfamilias, ff. de don. (Bartolo, *Commentaria* in Dig. 39.5.7, ed. Venetiis, 1567, f. 67rb, sub n. 2) quod per hæc verba censetur solum sublata solennitas iu. ciui., non autem solenni. iu.

trebbe esercitare i poteri di cognizione della causa⁵⁰. C'è un convincimento preciso al fondo di simile risoluzione che il Panormitano esprimeva in altro luogo, a proposito del giudizio di legittimità delle consuetudini, e che rende esplicita la ragione della inderogabilità tassativa degli istituti di diritto naturale: «finis iuris canonici et diuini est felicitas anime, finis vero iuris ciuiliis est bonum publicum»⁵¹. E ancora: «ius canonicum principaliter intendit hominem dirigere in Deum et uenit ad bonum publicum ecclesiasticum»⁵².

Quanto alla giusta causa, il Panormitano taglia corto, e affronta direttamente il problema della presunzione in relazione all'elemento territoriale della giurisdizione. Egli ammette (*fateor*) che si debba accettare la presunzione, nel principe, della giusta causa, secondo quanto sostenuto da Cino: ma è necessario innanzitutto che la fattispecie sia di dubbia interpretazione e di incerta soluzione, e poi che la lite veda coinvolto un suddito dell'impero, altrimenti non potrebbe aver luogo la presunzione. Era questo un modo per salvare le disposizioni della *Pastoralis cura*, che riteneva il re Roberto di Sicilia suddito del Papa e non del-

diuini seu iurisgentium. Et ideo hoc casu sufficient duo testes, quia hoc est de iure diui. et gentium, licet alias cessantibus illis verbis, ex natura causae requirantur plures. Item poterunt recipi testes infames qui repelluntur tantum a iure ci. seu positio. ..., non autem recipiuntur non citata parte quia citatio est species defensionis que est de iuregentium, nec potest tolli per ius positium vt in cle. Pastoralis, de re iu. (*Clem.* 2.11.2), et latius ad materiam ibi vide et quod no. in l. Meminerint, Cod. vnde vi (*Cod.* 8.4.6). Et de hoc aliquid dicam in c. Sæpe, de resti. spol. (*X* 2.13.18)...» (ed. Venetiis, 1588, f. 29ra, sub n. 6).

⁵⁰ Quest'ultima questione è trattata dal Panormitano con riguardo al caso specifico del giudice delegante, successivamente deceduto (in *X* 1.29.19): «Dum quaeritur, per quem actum perpetuetur iurisdictione delegati contra tacitam reuocationem que surgit ex morte constituentis? Primo quod secundum leges requiritur li. cont. et ita procedit iste tex. Sed secundum canones sufficit citatio, ut infra, c. prox. (*X* 1.29.20), haec lec. nullibi probatur aperte per ius ciuile, immo tex. uidetur in contrarium in l. Et quia, ff. de iuri. om. iud. (*Dig.* 2.1.6) ubi tex. solum requirit quod delegatus (*ed. delegans*) inceperit uti iurisdictione» (PANORMITANO, *Commentaria Secundæ Partis in Primum Librum Decretalium*, ed. Venetiis, 1588, f. 125ra, sub n. 4).

⁵¹ PANORMITANO, *Commentaria Primæ Partis in Primum Decretalium Librum*, in *X* 1.4.11 (ed. Venetiis, 1588, p. 265a, sub n. 5).

⁵² *Ibid.*, p. 267a, sub n. 9.

l'Imperatore⁵³. Ma era anche un modo per respingere quella *praesumptio* che, sul piano processuale, avrebbe significato lo scioglimento del principe da un obbligo imposto dal diritto naturale: la citazione. Per questo motivo il Panormitano preferiva escludere la presunzione in ogni caso (*indistincte*), anche se si fosse trattato di giudicare un suddito⁵⁴. Sempre con questo intendimento, e per rigettare la tesi di Cino, egli ragionava alla maniera antica: l'origine del processo era avvenuta in Paradiso, conseguentemente non potevano essere rimossi quegli elementi della procedura che Dio stesso aveva osservato⁵⁵.

⁵³ PANORMITANO, *Tertiae Partis in Secundum Librum Decretalium*, in *X* 2.27.12: «...Ex quo potest aliqua defensio competere, non potest etiam princeps omittere citationem, quia esset tollere defensionem ut probatur in cle. Pastoralis, de re iud. (*Clem.* 2.11.2). Fateor tamen quod in dubio praesumeretur pro processu principis contra subiectum, vt no. Cyn. in l. Rescripta, Cod. si contra ius vel vti. pub. (*rect.* Cod. de precibus imperatoris offerendis = *Cod.* 1.19.7; Cino da Pistoia, *Commentaria in Codicem* in *Cod.* 1.19.7, ed. Francoforti ad Moenum, 1578, f. 36va, sub n. 11), vbi dicit quod si princeps sine alia causae cognitione mandat alicui vt aliquem suspendat, potest ille sine peccato exequi, quia pro principe praesumitur quod iuste procedat, quod est notandum, facit l. Si vendicari, Cod. de poen. (*Cod.* 9.47.20), 11 q. 3, c. Cum apud (C.XI q.3 c.69). Sed respectu non subditi, quem dicit aliqua ratione suum forum sortiri, non presumerem pro sententia principis, nec poterit in istis omittere citationem. Sic intelligo cle. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2) preall., ubi ex defectu citationis corrui processus Imperatoris contra regem Robertum qui dicebatur subiectus ecclesiae et non Imperatoris, sed ratione delicti commissi in imperio, contra eum procedebatur» (ed. Venetiis, 1588, ff. 91vb-92ra, sub nn. 22-23).

⁵⁴ PANORMITANO, *ibid.*, in *X* 2.27.12: «...Et vide ad praedicta c. I, de caus. poss. et prop. (*X* 2.12.1) et quod ibi dixi in addi. (Panormitano, *Additio* ad *X* 2.12.1, ed. Venetiis, 1492, f. 130va-b). Nam mihi plus placet ut indistincte, ex quo factum non est notorium, sententia principis etiam in subiectum sit nulla absque citatione et cause cognitione. Hoc videtur probare tex. aperte in d. cle. Pastoralis (*Clem.* 2.11.2), in ver. 'nec predicta suppletio' ubi aperte dicit quod nec in subditum potest princeps supplere defectum citationis, aut aliam defensionem tollere. Ad idem text. iuncta gl. in l. fi. Cod. de legibus (Accursio, *Glossa ordinaria* in *Cod.* 1.14.12, ad v. *cominus*, ed. Augustae Taurinorum, 1576, f. 122rb), ubi expresse hoc tenet gl. et apertius ibi Bal. (Baldo degli Ubaldi, *Commentaria* in *Cod.* 1.14.12, ed. Venetiis, 1599, f. 70ra) et videtur ibi tex. exigere causae cognitionem et presentiam partium ad hoc ut sententia principis etiam teneat» (ed. Venetiis, 1588, f. 92ra, sub nn. 23 in fi.-25). Il passo prosegue come alla nota successiva.

⁵⁵ PANORMITANO, *ibid.*, in *X* 2.27.12 «...Licet enim princeps possit tollere solennitates iuris ciuilibus, non tamen citationem que sit ut reus se defendat et sic de causa

L'Abbas completava la sua lezione contraria alle tesi dei legisti, ma soprattutto anti-ciniana, laddove indicava, nello specifico, quando si potesse accettare il sistema della giusta causa, e quale causa si potesse considerare giusta, *rationalis*. La teoria secondo cui il principe poteva intervenire sullo *ius naturale* (*statuere circa legem divinam*) *distinguendo, interpretando, adiuuando*, e soltanto se si trattasse di un punto circoscritto (*in eo articulo qui reperitur limitatus*), doveva essere sensibilmente limitata (*Ego limitarem haec dicta Legistarum duobus modis*)⁵⁶. L'intervento sulla legge divina poteva essere ammesso soltanto nelle materie temporali, non in quelle spirituali spettanti al Pontefice, e in presenza di una giusta causa, non presumibile (*aperta*)⁵⁷. L'esistenza

cognoscatur. Nam et ipse Deus videtur induxisse citationem et causæ cognitionem ut colligitur ex c. Deus omnipotens, II q. I (C.II q.1 c.20), ubi dicit quod Deus noluit punire peccata Sodomorum nisi descenderet et uideret etc. Ad idem Gen. in c. 4 (*Gn 3*) ubi dicitur quod Deus antequam puniret Adam de peccato inobedientię, vocavit eum et audiuit suam defensionem. Et sic dictum Cyn. non puto simpliciter verum, sed intelligatur secundum prædicta...» (ed. Venetiis, 1588, f. 92ra, sub n. 25).

⁵⁶ PANORMITANO, *Primæ Partis in Primum Decretalium Librum*, in *X 1.2.7*: «Legistæ tractant, maxime Cy. in I. Rescripta, Cod. de preci. imp. offi. (Cino da Pistoia, *Commentaria in Codicem in Cod. 1.19.7*, ed. Francoforti, 1578, ff. 36rb-36va, sub nn. 10-11)... Et tractat Cy. principaliter tria. Primo an princeps possit statuere circa legem diuinam. Secundo an circa ius gentium. Tertio quod circa ius ciuile. Circa primum sit breuis conclusio, quod si vult statuere in eo articulo qui reperitur limitatus et potest, scilicet distinguendo, interpretando et adiuuando ius diuinum. Exemplum: in lege diuina continetur illum preceptum 'Non occides', tamen in lege positua est limitatum: si quis occiderit, occidatur. Et sic patet quod primum preceptum non est indistincte seruandum, quia princeps fecit et interpretando statuit qui et quando possint occidi... Si uero preceptum diuinum non reperitur limitatum, tunc aut nulla potest subesse causa limitandi, et non potest princeps statuere, puta si vult statuere quod quis possit contrahere matrimonium cum matre. Aut subest causa, et potest. Sed dubitatur an subsit et presumendum est tunc pro lege Principis, et nota hoc dictum...» (ed. Venetiis, 1588, pp. 54b-55a, sub nn. 8in fi.-9). Il passo prosegue come alla nota successiva.

⁵⁷ PANORMITANO, *ibid.*, in *X 1.2.7*: «...Ego limitarem hæc dicta Legistarum duob. modis. Primo quod Princeps secularis potest interpretari ius diuinum statuendum in his in quibus habet iurisdictionem, scilicet in rebus profanis, sed in spiritualibus interpretatio pertinet ad Papam... Secundo limitarem vt in casibus sibi concessis quod non presumatur causa, in quantum vult statuere contra ius diuinum, quia non debet inferior violare statutum superioris sine causa aperta...» (ed. Venetiis, 1588, p. 55a, sub nn. 9-10).

della *causa rationalis* era poi ammessa e necessaria negli interventi contrari al diritto naturale delle genti, senza che rilevasse la *plenitudo potestatis*, giacché il principe – come stabilito nella clementina *Pastoralis* – non poteva agire in pregiudizio dei singoli *in his que sunt de iure naturali*. E v'era un criterio ben preciso, secondo il Panormitano, per individuare la giustizia della causa che legittimava il principe ad agire in maniera contraria al diritto naturale delle genti: *est causa legitima favor publicus*⁵⁸. In sostanza, la tesi della presunzione veniva scartata in ogni caso: nel caso del diritto divino naturale, perché esclusa tassativamente; nel caso del diritto naturale delle genti perché non bastava l'esercizio della *plenitudo potestatis*, e perché in concreto doveva sussistere la ragione dell'interesse pubblico. La separazione delle due forme dello *ius naturale* – diritto divino naturale e diritto naturale delle genti – divenivano, nella dottrina del Panormitano, la fortezza entro cui custodire i limiti della *plenitudo potestatis*⁵⁹.

⁵⁸ PANORMITANO, *ibid.*, in *X* 1.2.7: «Circa secundum, an Princeps possit statuere contra ea que sunt de iure gen. et natu., conclusio Doc. est quod ex causa rationabili potest. Videmus enim quod per prescriptionem inductam a iure positio priuatur quis iure suo. Item propter delictum confiscantur bona alicuius... Si autem non subest causa, et est certum: non potest Princeps statuere vel rescribere in preiudicium priuati in his que sunt de iure natu., secundum opi. Can. et Leg. vt in cle. Pasto., de re iu. (*Clem.* 2.11.1), vbi dicitur Imperatorem non posse tollere ea quæ sunt de iure natu. Et sic non potest Imperator alicui auferre rem suam sine causa, quia Imperator licet habeat iurisdictionem in vniuersos, non tamen dominium rerum priuatarum que ab olim fuerunt concessæ occupantib. vt Insti. de re. di., quasi per totum (*Inst.* 2.1). Sed causa existente potest, vt supra dixi., et est causa legitima fauor publicus, vt l. Item si verberatum, § I, ff. de rei ven. (*Dig.* 6.1.15.1)...» (ed. Venetiis, 1588, p. 56a, sub n. 11).

⁵⁹ K. PENNINGTON, *op. cit.*, pp. 223-230 ritiene che il Panormitano abbia mutato posizione circa il potere del *princeps* di disporre della citazione: in un primo tempo – quando l'*Abbas* stende l'Apparato al *Liber Extra* (ante 1430) – egli avrebbe ritenuto necessaria la citazione, salvo l'intervento della giusta causa, peraltro presunta nel *princeps*, e purché si trattasse di un suddito (Panormitano, in *X* 2.12.1, p. 225 n. 78 del Pennington); successivamente – nelle *additiones* posteriori al 1430 – in adesione al pensiero di Baldo, il Panormitano avrebbe invece escluso l'omissione della citazione, anche quando si trattasse di un suddito (Panormitano, *additio* ad *X* 2.12.1, p. 227 n. 89 del Pennington). Il Pennington infine cita il passo del Panormitano (in *X* 2.27.12, pp. 229-230 note 96 e 97 del Pennington) – studiato sopra, nel testo (e riportato alle precedenti nn. 53, 54) – secondo cui è preferibile che il *princeps* in ogni caso, suddito o non suddito, sia obbligato a citare, allorché il fatto non sia notorio. E da qui l'A. conclude che

9. Il processo medioevale come processo giusto

Lo sforzo pieno compiuto dai canonisti per difendere il dettato della clementina *Pastoralis* da quanti come Baldo, in ragione della *plenitudo potestatis* dell'Imperatore, respingevano il difetto territoriale di giurisdizione in essa fissato; o da quanti come Cino, con la presunzione della giusta causa, respingevano il difetto della citazione, aveva fruttato risultati ben oltre il problema pubblicistico del momento. Quando Baldo parafrasando, forse un po' ironicamente, le parole della clementina ricordava che il Papa era intervenuto in qualità di *rex* «ne barbarica ferocitas dulcem Italiam devastaret»⁶⁰ forse non immaginava quali profili processuali, netti e durevoli avrebbe tracciato e provocato quel gesto pontificio.

In una riflessione d'ampio respiro, spinta all'oggi, si può affermare che il diritto processuale odierno si sia ripiegato all'indietro e mostri tuttora di ricercare, piuttosto che allontanare, il sistema medioevale: non quello della pluralità delle giurisdizioni concorrenti che il mondo contemporaneo non conosce ed anzi respinge, ma quello che fu la risultante dell'incardinamento del processo nel diritto naturale. Cioè a dire, un sistema che ricalca esattamente la definizione di atto processuale

«although he (Panormitano) referred to his opinion in his addition to *Susceptis* (X 2.12.1), he seems to have contradicted himself». In realtà la lettura complessiva dei testi appena citati sembrerebbe evidenziare, nel Panormitano, non contraddizione ma arricchimento di pensiero: egli sostiene la tesi della giusta causa, presunta sì – come affermato da Cino da Pistoia – ma a patto che si tratti di intervenire su un punto specifico e dubbio del diritto delle genti (Panormitano, in X 1.2.7, cfr. la precedente n. 56). Altro problema è invece quello, già sollevato da Baldo e accolto dal Panormitano, dell'obbligatorietà della citazione ai fini del corretto costituirsi dell'*ordo* (*additio* ad X 2.12.1; in X 2.27.12). La validità di quest'ultimo non rileva soltanto dal punto di vista della legge positiva, ma anche e soprattutto dal lato della legge naturale, inviolabile. Pertanto, il corretto costituirsi dell'*ordo*, elemento che consente di addivenire ad una sentenza valida, è nel Panormitano, principio di diritto naturale: «Quidam est ordo iuris fundatus super iure naturali, ut quod sententia feratur parte uocata» (il passo più in esteso, non citato nello studio del Pennington, alla precedente nota 49). In ragione di questa ulteriore osservazione la tesi finale del Panormitano è quella, anticiniana, di considerare sempre necessaria la citazione, anche quando si tratti di intervenire sulle vicende di un suddito e il caso non sia dubbio, come esposto sopra nel testo.

⁶⁰ BALDO, *Commentaria* in *Cod.* 7.53.8, ed. Venetiis, 1586, f. 77rb.

messa a punto da Salvatore Satta: «l'atto processuale contiene in se stesso la sua definizione, e la sola sua definizione possibile, che è quella di *atto del processo*. Questa apparente tautologia esprime che la processualità dell'atto non è in relazione a un suo *effetto*, ma a una sua *qualità*, che è precisamente quella di costituire un elemento del processo di realizzazione della tutela giurisdizionale»⁶¹. In questa definizione sembra di cogliere una particolare assonanza con le parole di Baldo che, come si è osservato più sopra, aveva definito l'attività giudicante del principe *examinatio et ventilatio ueritatis*⁶². L'*ordo* medioevale è tutt'altro che «forma ordinatrice, che non si cura dei contenuti ma solo funziona nella sua regolarità produttiva»⁶³ ed è, invece, il momento di garanzia, tutela e attuazione della *veritas*: la parte che dimostrerà di avere rappresentato la *veritas*, quella sarà la vincitrice nel processo. Pertanto, il diritto processuale medioevale è pubblico non perché «promuove, con l'attuazione della legge, un interesse dello Stato» – come vorrà Chiovenda⁶⁴ – ma perché promuove il principio di giustizia che è interesse della collettività.

La storia è in debito col passato medioevale soprattutto quando il fine dell'attuazione della legge, invocato dal Chiovenda nell'età dell'assolutismo codicistico⁶⁵, mise in luce che esso non risolveva la questione del giusto processo, fino ad arrivare talora all'aberrante mistero sattiano: «il giudice uccide perché la legge gli impone di uccidere: il momento dell'assassinio legale non sarebbe nel processo ma nella legge»⁶⁶. Non si trattava di una novità se solo si ripensa alle limitazioni illustrate dal Panormitano circa la presunzione di giustezza dell'intervento auto-

⁶¹ S. SATTA, *Presentazione alla Quinta edizione*, in C. PUNZI (a cura di), *Diritto processuale civile*, Padova, 1996¹², p. 238.

⁶² Cfr. *supra* nel testo, § 6 e n. 35.

⁶³ Così, con riguardo all'esperienza moderna del diritto, N. IRTI, *In dialogo su «Nichilismo giuridico»*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto*, 2 (2006), p. 181, ora in *Il salvagente della forma*, Bari-Roma, 2007, p. 54.

⁶⁴ Così sintetizza il pensiero chiovendiano G. TARELLO, s.v. *Chiovenda, Giuseppe*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XXV, Roma, 1981, p. 35a.

⁶⁵ Per una acuta sintesi critica delle dottrine processualistiche fino agli anni '50 del Novecento cfr. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico. 1860-1950*, Milano, 2000, pp. 242-247.

⁶⁶ S. SATTA, *Il mistero del processo*, Milano, 1994, p. 17.

ritativo del *princeps* con cui si ordinava l'impiccagione del *reus*⁶⁷. Di fronte a questi problemi – come afferma Nicola Picardi nello studio citato all'inizio – «neppure la controriforma si è rivelata una valida terapia per le disfunzioni della giustizia civile, disfunzioni che con il tempo, si sono anzi aggravate e sono apparse intollerabili, quando si è cominciato a considerare la situazione della giustizia italiana nel contesto europeo». La controriforma cui pensa Nicola Picardi è quella post-fascista che «comportò un sensibile ridimensionamento del carattere pubblicistico del processo» cioè del suo carattere statualistico e autoritativo. Il prezzo pagato da questa controriforma fu nuovamente a danno del giusto processo. Ricorda ancora il Picardi che «negli anni '70 non si era ancora concluso il processo di costituzionalizzazione dei principi processuali e già si andava delineando un loro ripensamento in una dimensione sovranazionale». Si giungeva così a coniare nell'esperienza anglosassone il principio del 'processo equo' che comportava tra l'altro la garanzia dell'effettiva imparzialità ed uguaglianza di trattamento: una garanzia che nella storia europea recente è passata attraverso l'esperienza positivista, come dimostra l'elevazione a livello costituzionale del principio del giusto processo (art. 111 Cost.)⁶⁸, avvenuta nel 1999, e che tende ancora oggi a passare attraverso il positivismo nella dialettica tra le Costituzioni di ciascun Paese e la Carta dei diritti umani, tra il 'diritto dello Stato' e il 'diritto nello Stato'⁶⁹ avente origine europea. Ma nella storia meno recente, quella senza Stato e senza codici – per dirla con il Grossi – la garanzia del giusto processo è stata offerta da un lato dalla concettualizzazione degli elementi processuali indisponibili, e dall'altro dall'aver inteso il processo come attuazione del principio di giustizia, fino al punto di porre precisi limiti al potere e fino al

⁶⁷ Sul punto cfr. supra § 8 e n. 53. Per il Panormitano l'esecuzione dell'ordine del *princeps* trovava ragione nella presunzione della giusta causa che esonerava dal peccato. Possiamo dire ugualmente oggi della legge da attuare? Da qui il dramma sattiano.

⁶⁸ Sull'inquadramento dell'art. 111 della Costituzione nella tradizione processualistica italiana, piuttosto che in quella anglosassone esiste una copiosa bibliografia per la quale si rinvia a A. BUCCI, *Diritto della Chiesa e diritto dello Stato nel divenire dell'atto processuale. Un approccio storico giuridico alle attuali prospettive*, Roma, 2003, p. 162 n. 196.

⁶⁹ Per queste espressioni cfr. N. PICARDI, *op. cit.*, p. 979.

punto di ammettere – laddove necessario – la possibilità di non applicare le norme del diritto civile. Al di là delle differenze dei sistemi giuridici moderni rispetto a quello medioevale, resta il punto centrale che ogni sistema ha affrontato e affronta, ciascuno con gli strumenti tipici della cultura del suo tempo, quello della consapevolezza che «non è sufficiente l’osservanza formale dei principi e delle regole processuali, ma occorre recuperare l’aspetto etico, oltre che logico, del processo»⁷⁰. La clementina *Pastoralis* e la speculazione scientifica da essa scaturita, erano andate esattamente in questa direzione, apportando almeno tre elementi fondamentali: innanzitutto, la differenza tra gli atti processuali indisponibili in quanto originari, deposti nel diritto naturale, ed altri derivanti dallo *ius civile*, cioè dal diritto positivo con le sue *solemnitates* e in quanto tali non perentori. E poi, l’insufficienza dell’osservanza delle formalità, se ad esse non avesse corrisposto la sostanza. Le formalità della citazione a nulla valevano, se il convenuto non fosse stato nella condizione effettiva di difendersi. E infine il limite da porsi agli atti autoritativi del potere. Attraverso questo sistema, il caso controverso non risulta piegato dalla legge e dall’intervento autoritativo – per usare il linguaggio moderno – ma piuttosto dalla esigenza di garantire la *veritas*⁷¹.

⁷⁰ *Ibid.*, p. 972.

⁷¹ Per queste ragioni non soddisfa appieno la tesi secondo cui «the medieval jurist probably would have translated “due process” – a key concept of American and English law – as “servare ordinem iuris”» (K. PENNINGTON, *op. cit.*, p. 145). Se è vero che l’espressione *due process* – quale compare per la prima volta nello Statuto di re Edoardo III del 1354 (cfr. *ibid.*, n. 95) – rinvia all’obbligatorietà del processo, al ‘processo dovuto’, e dunque al diritto di essere processati (*due process* = ‘processo dovuto’), si deve peraltro osservare che l’espressione medesima venne ad evocare anche il diritto di essere giustamente processati (*due process* = ‘giusto processo’). E se è vero che l’*ordo* medioevale del sec. XII aveva avuto funzione garantista, così che nessuno si sarebbe potuto condannare senza processo (*ibid.*, pp. 144-145), si deve però osservare che, a partire all’incirca dalla metà del sec. XIII, la tendenza al superamento delle *solemnitates* della procedura ordinaria in favore della procedura sommaria, e l’attenzione per la realizzazione concreta, non formale, degli atti processuali mostrano la trasformazione e l’avvicinamento verso l’idea di un processo che da un lato risulta snellito fino a pretermettere l’*ordo* in favore della giustizia effettiva (*veritas*), dall’altro viene giudicato valido in relazione alla effettiva realizzazione degli scopi (*veritas*) per i quali i singoli atti processuali sono obbligatoriamente imposti. Conclude il Pennington (*ibid.*,

In questo tornante della storia del processo è evidente che il tentativo messo in atto fin dal tempo dei nascenti stati nazionali di liberarsi del sistema medioevale, il tentativo di rimettere gli atti procedurali nelle mani del *princeps*, l'autorità pubblica, che avrebbe potuto dare e togliere per il fatto stesso di essere *princeps*, si è rivelato un esempio non convincente e fallimentare. L'accentramento nel *princeps* delle dinamiche processuali, benché osteggiato e limitato con ogni mezzo dalla dottrina, si ripercosse sul piano della legislazione locale, sorda agli ammonimenti dottrinali e colpevole «del crudele distacco tra teorie e fatti»⁷². Ciò fa riflettere sul perché la questione del processo a livello europeo si ponga ancor oggi negli stessi termini in cui lo prospettavano i giuristi medievali, come ricorda Nicola Picardi: «Nell'ordine giuridico medioevale, che si poneva al di là del potere politico e dei suoi detentori... la *iurisdictio* e la procedura trovavano il proprio fondamento nella dialettica e nell'etica, non nel potere politico»⁷³. Alla luce di quanto mo-

p. 188) che «Clement's decretal established that a key element of the judicial process was inviolable because natural law demanded that people be given an opportunity to defend themselves in court. *Pastoralis* established an essential element of due process and protected it from the will of the prince». Ciò è vero in tanto in quanto l'«obbligatorietà» della difesa, imposta dal diritto naturale, non si esaurisce nel rispetto dell'*ordo* in senso 'legalistico'. Sembra dunque necessario storicizzare il concetto di 'giusto processo' medioevale: esso subì mutamenti rilevanti allorché, tra i secoli XIII e XIV, l'obbligatorietà della procedura fu riferita ai principi imposti dal solo diritto naturale (su quest'ultimo punto si veda l'ampia disamina dello stesso K. PENNINGTON, *op. cit.*, pp. 148-164), oltre la *veritas* legale. La convinzione che il processo medioevale poteva considerarsi "giusto" perché in grado di superare la rigidità dell'*ordo* è rafforzata anche da Alessandro Giuliani – cito da D. QUAGLIONI, *La procedura del controllo*, cit., p. 54 – il quale osserva che «la coscienza medievale avvertì non solo sul piano dell'esperienza giudiziale ma anche su quello politico e religioso, la preoccupazione di sottrarre la verità del fatto, e la prova dei fatti, all'arbitrio del principe. La sua attività normativa non ha una presunzione di legittimità: essa presuppone, come quella giudiziaria, una "notitia facti" accanto ad una "notitia iuris": anche in questo caso il fatto deve essere sottoposto alla verifica del contraddittorio».

⁷² Così E. CORTESE, *Casi di giustizia sommaria: le lettere arbitrarie angioine*, in P.A. BONNET, L. LOSCHIAVO (a cura di), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico. Atti del Convegno di Studi, Teramo, 21-22 aprile 2004*, Napoli, 2008 (Università degli Studi di Teramo. Collana della Facoltà di Giurisprudenza, 6), p. 81.

⁷³ Cfr. *supra*, § 1.

strano le fonti qui studiate pare quindi opportuno riflettere sull'inquadramento dell'intero tema del 'giusto processo' nell'ambito della tradizione di *ius commune* che sembra essere all'origine sia dei sistemi di *civil law* sia di quelli di *common law*⁷⁴.

⁷⁴ Sul punto cfr. anche la precedente n. 71.

Capitolo Quarto

L'INTERPRETATIO TARDOMEDIOEVALE TRA CENTRALIZZAZIONE E AUTONOMIA

SOMMARIO: 1. *L'interpretatio tardomedioevale tra ius naturale e ius positivum.* - 2. *L'accentramento della giustizia nello Speculum iuris di Roberto Maranta.* - 3. *La procedura sommaria e il problema della litis contestatio.* - 4. *Il potere sovrano del princeps di istituire la procedura sommaria.* - 5. *Le clausole derogatorie della procedura ordinaria.* - 6. *Il ruolo preponderante dello ius gentium.* - 7. *Fra centralizzazione e autonomia: 'l'interpretazione limita l'interpretazione'.*

1. *L'interpretatio tardomedioevale tra ius naturale e ius positivum*

Quale che sia la natura giuridica assunta dal diritto romano nel Medioevo – legislativa o giurisprudenziale – e in qualsivoglia maniera esso si sia perpetuato nel sistema giuridico medioevale – per recezione o in virtù della *translatio imperii* – resta fermo il fatto che l'eredità lasciata dallo *ius commune* romano non è identificabile esattamente con il *Corpus iuris civilis* ma piuttosto con il sistema dottrinale che da esso era scaturito¹. Fu cioè il Medioevo sapienziale, originale creazione della scienza giuridica, a plasmare la nuova autorevolezza del diritto romano, e a trasformarlo in un «orizzonte di riferimento»² imprescindibile. Alla realizzazione di questa sorta di rifondazione dello *ius civile* romano aveva contribuito in maniera decisiva l'attività interpretativa e giurisprudenziale della canonistica. Lo *ius naturale*, tomisticamente inteso,

¹ Sul punto cfr. la sintesi di E. CORTESE, *Immagini di diritto comune medievale: semper aliud et idem*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *Il diritto patrio. Tra diritto comune e codificazione (secoli XVI-XIX)*, Roma, 2006 (Ius nostrum. Studi e testi, 35), pp. 4, 15.

² I. BIROCCHI, *La formazione dei diritti patrî nell'Europa moderna. Tra politica dei sovrani e pensiero giuspolitico, prassi ed insegnamento*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *op. cit.*, p. 23.

era entrato in dialettica strettissima con lo *ius humanum*, rafforzando e, per così dire, stabilizzando il sistema di *utrumque ius* di più antica origine. Tuttavia, fin dal Trecento – fin da quando cioè si era avviata la presa di coscienza del principio, in verità già chiaro nel Decreto graziano³, che ogni diritto umano è soggetto per sua natura a mutare con il mutare dei tempi, e dopo che ogni potere di far leggi era stato ricondotto da Baldo degli Ubaldi sotto il *genus* legittimante dello *ius gentium*, parte del diritto naturale – l'asse di rotazione dei fondamenti del diritto aveva subito una diversa inclinazione: non tanto lo *ius* romano dei dottori civilisti quanto lo *ius naturale* immutabile, fissato da Dio per gli uomini tutti, aveva finito per essere considerato il solo limite di riferimento. Al tempo stesso, alle soglie dell'Umanesimo, il diritto romano fu presente alla riflessione giuridica per quello che realmente era divenuto, ossia non in qualità di corpo normativo – anzi, in quanto tale, il diritto romano doveva essere storicizzato, adeguato e talora addirittura disatteso – ma come il complesso dei principii di natura costituzionale⁴ che l'*interpretatio* aveva ben delineato e, vorrei dire di più, aveva 'a suo modo' positivizzato. Dunque, com'è noto, non il *Corpus iuris* ma i principii di diritto umano che da lì erano sorti, e che erano stati letti come manifestazione positiva del diritto divino naturale, furono il riferimento costante dell'esperienza giuridica umanistica.

Ed è altrettanto noto che simili mutamenti erano andati di pari passo con il trasformarsi dei vecchi *iura propria* medioevali in Stati, ormai rappresentativi dell'idea di Stato nazionale, avevano affiancato cioè il passaggio dalle vecchie autonomie comunali a quelle nuove, le quali, in tanto in quanto *superiorem non recognoscentes* – cioè non soggette all'Impero – battevano senza tregua la strada della centralizzazione. Il travaglio di questa trasformazione rende interessante 'il vecchio' della tradizione medioevale non meno del 'nuovo' degli inizi dell'Umanesimo giuridico, proteso verso quella che chiamiamo modernità. In sostanza, nella relazione tra autonomia e centralizzazione, tipica dell'esperienza giuridica del sec. XVI, l'*interpretatio* medioevale visse una se-

³ D.4 c.2: «Erit autem lex... loco temporique conveniens».

⁴ Cfr. D. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del seminario giuridico della Università di Palermo*, 52 (2008), pp. 60-63.

conda vita, solida e ancora in grado di offrire una teoria generale del diritto entro cui collocare l'azione dei principi.

2. *L'accentramento della giustizia nello Speculum iuris di Roberto Maranta*

Uno spaccato significativo del ruolo assunto dall'interpretazione nel passaggio dalle autonomie ai centralismi della prima età moderna si coglie nel Regno di Napoli quale risulta da un'opera di dottrina, peculiare perché dedicata al processo: lo *Speculum iudiciale* di Roberto Maranta (1520-1525)⁵. Un Regno, dunque un genere di istituzione giuridica che nelle *pragmaticae regiae* incarnava bene il concetto di centralizzazione⁶. Un Regno che, soprattutto nel giro di anni in cui Maranta stende lo *Speculum*, era alle prese con la necessità di delineare le regole di procedura: Charles de Lannoy, Viceré di Napoli, scriveva a Carlo V, nel 1522, di aver trovato nel Regno «la justice en gran désordre»⁷, tanto che ci furono molti sforzi «per tentare una riappropriazione del potere giurisdizionale... Era avvertita l'esigenza di una riforma delle procedure, in modo da snellirle, renderle più rapide ed efficaci, magari sommarie, eseguendo le sentenze al più presto, evitando che, con gli appelli, si continuasse a tirar le cose in lungo»⁸. Era necessario affondare le mani in una *species materiae* finalizzata alla tutela e garanzia dei diritti, questione essenziale per la definizione dei contenuti del potere. Per quanto il problema della procedura riguardasse soprattutto la sfera penale, a causa del dilagare del banditismo, è evidente che il problema di una giustizia rapida ed efficace riguardava anche i giudizi civili, soprattutto perché al fondo del potenziamento della procedura sommaria – come

⁵ Su quest'opera e sulla sua «valenza 'universale'» cfr. M.N. MILETTI, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 69, Roma, 2007, s.v. *Maranta, Roberto*, pp. 436-437.

⁶ Sull'accentramento aragonese cfr. M. CARVALE, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna, 1994, pp. 576-581.

⁷ Cfr. M. CORCIONE, *Modelli processuali nell'antico regime: la giustizia penale nel tribunale di Campagna di Nevano*, Frattamaggiore (Na), 2002 (Collana di studi storico-giuridici diretta da Socio Capasso, 2), p. 41.

⁸ *Ibid.*, pp. 42-43.

traspare dalle fonti – la motivazione dei tempi della giustizia era in realtà strettamente legata a quella dei ‘modi’ della giustizia.

Dalle circostanze che Maranta riferisce, con riguardo al Regno del suo tempo, risulta che tutte le cause civili venivano trattate con rito sommario. La predilezione per tal genere di procedura nell’ambito di un intero genere di liti – procedura che, come si sa, era stata introdotta dalla decretalistica trecentesca⁹ – se da un lato mette a nudo un problema contingente e pratico del Regno – quello appunto di assicurare la giusta giustizia in tempi non rovinosamente lunghi – d’altro lato tende a nascondere i problemi di natura teorica che una simile estensione dei processi sommari presentava alla riflessione dei giuristi. Qui sta il nocciolo della questione: come si potevano superare le severe regole della procedura romano-canonica in un intero settore della giustizia, tanto più largo di quello originariamente previsto? Maranta riferisce che si consideravano cause sommarie oltre a quelle penali minori e a quelle ‘tradizionali’ – il crimine di lesa maestà e le cause ecclesiastiche – anche le liti civili riguardanti il possesso, la mercatura, gli alimenti, la restituzione della dote, le esecuzioni, i testamenti, i naufraghi, le misere persone, i compensi lavorativi e il conferimento di tutori e curatori. Si trattava dunque, in tutti questi casi, di controversie per le quali la lunghezza del processo, anziché garantire le parti, portava ad esse grave detrimento. Da qui la decisione di sopprimere le *solemnitates* ordinarie. Ciò nonostante, non si trattava di un problema meramente tecnico, anzi il profilo della questione era tutto sostanziale. Lo stesso Maranta ne è consapevole, nella parte dello *Speculum* in cui affronta uno dei nodi centrali del problema: la *litis contestatio*. In realtà, come spesso accade di osservare ed è stato osservato in letteratura con riguardo al processo d’antico re-

⁹ Le decretali citate nel testo non ‘introdussero’ propriamente la procedura sommaria, ma ‘canonizzarono’ una lunga elaborazione dottrinale che aveva preso le mosse dagli ambienti civilistici. Sul punto cfr. A. DANI, *Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*, Bologna, 2006 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 10), pp. 7-19; E. CORTESE, *Casi di giustizia sommaria: le lettere arbitrarie angioine*, in P.A. BONNET, L. LOSCHIAVO (a cura di), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico. Atti del Convegno di Studi, Teramo, 21-22 aprile 2004*, Napoli, 2008 (Università degli Studi di Teramo. Collana della Facoltà di Giurisprudenza, 6), pp. 79-81.

gime¹⁰, la pratica andava in una direzione assai diversa rispetto alle teorizzazioni della dottrina.

3. *La procedura sommaria e il problema della litis contestatio*

In effetti, nel nostro caso, proprio un divario di tal genere sembrerebbe sussistere: la *litis contestatio*, una parte essenziale del processo secondo la dottrina tradizionale di *ius commune*, diveniva invece elemento non richiesto, sempre mancante, nelle cause civili del Regno di Napoli di inizio '500. Il fatto significativo è che Maranta è ottimo conoscitore della dottrina di diritto comune. La sua lunga e articolata disquisizione dedicata alla *litis contestatio* inizia proprio con l'affermazione che essa è *lapis angularis totius iudicii*¹¹. Citando la lezione di Bartolo, di Baldo, ed in generale dei *doctores*, Maranta ricorda che si trattava di istituto fondamentale per il diritto comune fino al punto che, se omesso, avrebbe viziato tutto il processo. Tuttavia, immediatamente dopo ed in forma avversativa (*sed...*), egli aggiunge che nelle cause sommarie la *litis contestatio* non era richiesta e che, nel Regno di Napoli dei suoi tempi la procedura sommaria era seguita in tutte le cause civili e miste. Perciò la *litis contestatio*, nel Regno, poteva essere omessa senza che ciò comportasse alcun vizio processuale, ritenendosi sufficiente il rispetto dei soli principii di *ius gentium*. Interessanti appaiono, nell'esposizione del Nostro, gli appoggi normativi a sostegno della vigenza della procedura sommaria nelle cause civili e miste del Regno. Sono citate due diverse disposizioni: una, la più risalente, rinvia al capitolo emana-

¹⁰ E. CORTESE, *Casi di giustizia sommaria*, cit., p. 81.

¹¹ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Postquam est disputatus de istis preparatoriis iudiciorum, congruum est quod iudex procedat ad ulteriora, videlicet ad litis contestationem super qua radicatur totum iudicium. Dicitur enim lapis angularis totius iudicii secundum Bal. in cap. I, concl. I de litis conte.. Et de iure communi est vnum de substantialibus iudicii, adeo quod si omittatur vitiat totum processum, vt tenet glo. in c. dudum, el. II de elec., et habetur per Bar. et doc. in l. Prolatam, C. de senten., et car. in cle. sepe in prin. in liti. oppo., de ver. sig.. Sed in causis summariis non requiritur secundum car., ibidem...», *Tractatus de ordine iuditiario*, Neapoli, 1547, ff. 112vb-113ra, sub n. 1: 'Litis contestatio est lapis angularis totius iudicii, et ad alia pulcra circa litis contestationem'. Da questa edizione cito di qui in avanti.

to, nel 1320, da Carlo d'Angiò, duca di Calabria e vicario del Regno¹², indirizzato al reggente della Magna Curia Giovanni de Haja. Il secondo rinvia alla famosa Prammatica *Dispendia litium*¹³ emanata dall'imperatore Carlo V nel 1477¹⁴. Entrambe queste disposizioni mettevano a nudo la *ratio* sottesa alla scelta del 'legislatore', la stessa che aveva spinto papa Clemente V ad emanare la decretale *Dispendiosam* (Clem. 2.1.2). Il capitolo faceva esplicito riferimento alla necessità di evitare che le astuzie (*versutias*) degli avvocati, cioè l'uso strumentalizzato delle tecniche processuali, potessero inficiare la *veritas*. Perciò si doveva procedere nella trattazione e decisione della lite avendo presenti i soli principi di giustizia divina, fino al punto di considerare nulle le eventuali eccezioni volte a rilevare la deficienza delle solennità formali¹⁵. D'altra parte, la pragmatica di Carlo V recepiva espressamente il capitolo *Dete-*

¹² Nell'edizione settecentesca curata da G.B. MUZILLUS, *Capituli Regni utriusque Siciliae, Ritus Magnae Curiae Vicariae et Pragmaticae*, II, Neapoli, 1773, a questo capitolo di Carlo segue la lettera della regina Isabella di Lorena, moglie di Roberto d'Angiò e coreggente del Regno di Napoli, inviata nel *Regnum* nel 1436, sempre con lo scopo di introdurre la procedura sommaria nei processi civili e criminali.

¹³ Prammatica *Dispendia litium* (30 ottobre 1477), riprodotta nell'ed. MUZILLUS (cfr. la nota precedente) pp. 193-237.

¹⁴ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Vnde hodie in regno cum omne cause ciuiles et mixte sint summarie ex forma regie prag. prime (Pragmatica *Dispendia litium*, riprodotta in *Capituli Regni utriusque Siciliae*, cit., pp. 193-237) et capituli Detestantes (Capitulum *De supplendis defectibus causarum*, riprodotto nell'ed. MUZILLUS dei *Capituli Regni utriusque Siciliae*, cit., pp. 186-187), potest omicti litis contestatio et valet processus quia, omnia substantialia iuditij sunt sublata et solum attenditur mera dispositio iurisgentium et ad solas probationes respicitur...» (f. 113ra, sub n. 1).

¹⁵ Capitulum *De supplendis defectibus causarum*: «...Detestantes quod plurimum et magis per sophisticas, quam veraces advocatorum versutias, veritas iustitiae lateat, et celerem executionem ejus, cuius debitores existimus, indefinitum litium terminum non producat. De certa nostra scientia... jubemus expresse, ut si quando processus causarum... ut ordinarii vel delegati de eisdem causis cognovistis, vel in antea cognoscetis, vel quas ad vos devolvi per quamcumque viam contingat..., ex defectu commissae sollemnitatis iudiciariae proponi, allegari, dici, vel excipi contigerit esse nullos, dummodo alias debito modo super negotio liqueat de pura substantia veritatis..., Deum et ipasam justitiam habendo praec oculis, procedatis...» (ed. MUZILLUS, pp. 186-187).

stantes del 1320, e ribadiva l'obbligatorietà per i giudici di procedere *facti veritate inspecta*¹⁶.

Alla luce del problema della *litis contestatio*, questo genere di disposizioni dava risalto all'urgenza di eliminare le sottigliezze formali che impedivano di giungere alla contestazione della lite e di dar inizio, conseguentemente, alla trattazione della causa, provocando in tal modo ingiusti e dannosi ritardi. Nuovamente sulla scorta della più autorevole dottrina di diritto comune, Maranta spiega nello specifico come poter procedere nel giudizio in cui sia mancante la *litis contestatio*. Facendo sfoggio di conoscenza della ricca dottrina sviluppatasi fra il Tre e il Cinquecento su questo punto, da Bartolo a Felino Sandeo, egli precisa che nella procedura sommaria il primo atto compiuto dal giudice, con riguardo alla cognizione nel merito della causa, aveva la medesima valenza processuale della *litis contestatio* dichiarata nei processi ordinari¹⁷. In questo modo era possibile evitare le diverse e spesso complicate modalità formali per addivenire alla contestazione della lite, modalità alle quali Maranta dedica una lunghissima trattazione. Si salvaguardava, però, l'esigenza di stabilire i limiti temporali essenziali attraverso cui l'*ordo* si doveva espletare: la contestazione della lite, a ben guardare, solo formalmente risultava mancante, o meglio ad essa si addiveniva in maniera differente rispetto al rito ordinario. Era inevitabile valutare con precisione quando i termini della lite potessero dirsi delineati: ciò ai fini dell'ammissibilità delle eventuali eccezioni dilatorie e prescrizioni che, nei giudizi ordinari, dovevano essere presentate, a pena di nullità, prima della *litis contestatio*. Sotto questo aspetto è evidente che, attri-

¹⁶ *Prammatica Dispendia litium*: «Dispendia litium removens sancimus, in causis civilibus vel mixtis coram quibuscumque iudicibus et delegatis procedi sine figura iudicii, facti veritate inspecta: dum tamen pro libello præcedat talis qualis petitio, ex qua reus deliberare possit, an velit cedere, vel contendere, declarantes per præsentem dispositionem, nec per capitulum, Detestantes, circa probationes necessarias non intelligi derogatum juris, vel sacrarum Regni constitutionum, vel Capitulorum dispositioni» (ed. MUZILLUS, p. 193, sub rubr. 'De procedendi modo in causis civilibus').

¹⁷ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Quo casu ille primus actus, qui solet immediate fieri post litis contestationem in causis in quibus lis contestetur, habet vim litis contestationis in causis in quibus lis non contestatur, videlicet eo ipso quod iudex incipit cognoscere de meritis cause...» (f. 113ra, sub n. 1).

buito il valore di *litis contestatio* al primo atto conoscitivo del giudice, si conferiva a quest'ultimo il potere discrezionale di decidere quando i termini della controversia fossero sufficientemente delineati. Dunque egli interveniva pesantemente nel processo con il risultato di modulare opportunamente la presentazione delle eccezioni dilatorie, le quali sarebbero dipese principalmente dal suo comportamento.

4. Il potere sovrano del princeps di istituire la procedura sommaria

Alla nostra osservazione, la situazione illustrata da Maranta con riguardo al Regno, suggerisce intanto una prima riflessione: attraverso l'intervento autoritativo del *princeps* – il capitolo del 1320 e la Pragmatica del 1477 – un intero ed importante settore processuale, quello civile, subiva sensibili modifiche rispetto alla dottrina di diritto comune, la quale risultava addirittura travolta in uno degli elementi fondamentali. Il capitolo, di pochi anni posteriore alle decretali clementine, si collocava nel segno delle nuove tendenze in campo processuale. Ma verso il secolo XVI con la pragmatica di Carlo V, nel Regno di Napoli – e lo stesso con gli Statuti, nel resto del territorio italiano¹⁸ – quel genere di procedura tendeva a soppiantare i processi ordinari¹⁹. Perciò Maranta non si accontenta di riferire dell'estensione della procedura sommaria alle cause civili e miste del *Regnum*. Egli dedica due *quaestiones* a questo argomento, come a lasciar trapelare l'esigenza, a distanza di quasi due secoli dalla recezione nel Regno della procedura sommaria, di precisare l'inquadramento teorico dell'amministrazione della giustizia²⁰.

¹⁸ Sul punto cfr. A. DANI, *op. cit.*, pp. 21-43.

¹⁹ Sulla relazione tra *capitula* e *pragmaticae* cfr. A. ROMANO, *Definizione e codificazione dello ius commune siculum*, in I. BIROCCHI, A. MATTONE (a cura di), *op. cit.*, pp. 488-491.

²⁰ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Super hac tamen materia iudicii summarii, quia est valde vtilis maxime in regno in quo per iura municipalia omnes cause ciuiles sunt summarie, puto oportunum esse attingere hic duas q. principales. Et prima quod erit, quot modis causa potest dici summaria seu iudicium summarium. Secunda questio erit que specialitates sunt introducte in iudicio summario, in quibus differt ab ordinario...» (f. 49^{rb}, sub n. 1: 'Iudicium aliud ordinarium et aliud summarium').

La prima questione – *quot modis causa potest dici summaria seu iudicium summarium* – mette un punto fermo: la procedura sommaria poteva essere seguita soltanto se il *princeps* espressamente ne avesse disposto il compimento (*quando princeps committit quod procedatur summarie et de plano simpliciter sine strepitu et figura iudicii seu levato velo vel extraiudicialiter*). C'è qui un'allusione neppure troppo implicita ai meccanismi previsti già nella decretale *Saepe*: il Papa, a sua discrezione, avrebbe concesso al giudice di adottare eventualmente la procedura sommaria. Il re dunque si comportava a imitazione del Pontefice, perciò non chiunque (*non autem per inferiorem a principe*), ma solo il *princeps* poteva disporre in tal senso. E di ciò Maranta offre la spiegazione ormai consolidata in dottrina: il *princeps* non ha alcuno al di sopra di sé (*per solum principem non recognoscentem superiorem*), è sovrano²¹. L'*interpretatio* di diritto comune, citata dal Nostro, non aveva ormai difficoltà a riconoscere che il potere di disporre della procedura rientrava tra i poteri sovrani: in questo si manifesta il forte senso di centralizzazione del *Regnum*, non inficiato – ed anzi rafforzato – da quegli *stili* che in certi casi ammettevano che il giudice delegato dal re potesse ordinare altrettanto: «in legato de latere reperitur speciale quod de stilo potest causa ita committere, licet non de iure»²².

5. Le clausole derogatorie della procedura ordinaria

La centralizzazione si accentua ulteriormente quando Maranta affronta la seconda questione: *que specialitates sunt introducte in iudicio summario, in quibus differt ab ordinario*. Egli seleziona opportunamente la dottrina di *ius commune* per stabilire nel dettaglio quando e in che

²¹ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Venio ad primam questionem, in qua dico quod cause summarie pluribus modis dicuntur. Et primo dico quod causa summaria est quando princeps committit quod procedatur summarie et de plano simpliciter sine strepitu et figura iudicii, seu levato velo vel extraiudicialiter. Et super hoc est sciendum quod talis commissio non potest fieri nisi per solum principem non recognoscentem superiorem, non autem per inferiorem a principe...» (*ibid.*, sub n. 2: 'Cause summarie quot modis dici possunt').

²² ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*, *ibid.*.

misura la *commissio* regia fosse idonea ad istituire la procedura sommaria richiesta dall'attore. V'erano quattro possibili clausole contenute nel rescritto regio:

- 1) *audiat talis et iustitiam faciat*;
- 2) *fiat ut petitur*;
- 3) *summarie simpliciter et a plano sine strepitu et figura iudicii*;
- 4) *sola facti veritate inspecta*.

La prima clausola (*audiat talis et iustitiam faciat*), troppo generica rispetto alla richiesta di rito sommario inoltrata dalla parte, non era sufficiente per istituire il processo sommario, ed anzi avrebbe avuto il valore di un diniego e della volontà di dar corso piuttosto alla procedura ordinaria²³.

Quanto alla seconda (*fiat ut petitur*), la questione era dubbia, e Maranta propende per la negativa: secondo un'autorevole dottrina il rescritto doveva essere 'aggiustato' alle richieste di parte (*rescriptum semper adaptatur ad supplicationem*), perciò la clausola *fiat ut petitur* si sarebbe dovuta riferire e tutte le istanze (*concessio simpliciter facta in rescripto refertur ad omnia supplicata*). Ma a ciò si poteva obiettare, in sintonia con altra autorevole dottrina, che l'ordine di procedere col rito sommario era in realtà contrario allo *ius commune*, perciò era escluso che quella formula potesse essere applicata a seguito di un adattamento interpretativo ad una richiesta contraria all'ordine dei giudizi stabilito dal diritto comune. Dunque anche questa clausola era da considerare inadatta ad istituire il processo sommario²⁴.

²³ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Pone quod impetrans porrigit supplicationem principi in qua narrat factum cause et in fine supplicationis petit causam committi 'summarie simpliciter et de plano' etc. Princeps vero in suo rescripto nihil specificat nisi quia tantum dicit hec breuia verba: 'Audiat talis et iustitiam faciat'. An per hec videatur causam commisisse summarie? Dic quod non, quia numquam princeps censetur causam summarie committere nisi expresse hoc dicat. ... Nam illa verba quod iustitiam faciat intelliguntur quod commissarius seruet iuris ordinem et veritate coperta faciat id quod iuris est...» (ff. 49**rb-va**, sub n. 3: 'Supplicans causa summaria committi, et princeps dicat 'audiat talis et iustitiam faciat' an summarie impetrasse videatur').

²⁴ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Idem putarem quando princeps nihil aliud specificando diceret in signatura 'Fiat vt petitur', quia per hec verba censetur velle committere 'summarie' etc. Ex quo rescriptum semper adaptatur ad supplicationem et concessio simpliciter facta in rescripto refertur ad omnia supplicata..., quod

La terza, invece, tra le possibili clausole contenute nel rescritto regio (*summarie simpliciter et a plano sine strepitu et figura iudicii*), aveva la forza concessiva della procedura particolare di *ius gentium*²⁵. Per l'interpretazione di ciascun elemento di questo genere di formula, Maranta rinvia alla dottrina consolidata nella glossa ordinaria e nell'Apparato dello Zabarella alle clementine *Dispendiosam* (*Clem.* 2.1.2) e *Saepe* (*Clem.* 5.11.2), oltre che agli apparati di Bartolo, Baldo e Felino Sandeo²⁶. Tuttavia, aggiunge il Nostro, poiché nel Regno di Napoli tutte le cause civili venivano trattate col rito sommario in conformità al capitolo *Detestantes* e alla Pragmatica *Dispendia litium*, era necessario chiarire il significato con cui erano intese, dagli *iura municipalia* del Regno, le diverse espressioni utilizzate in quelle disposizioni: «sine figura iudicii», recitava la Pragmatica; «sola facti veritate inspecta», ordinava il capitolo²⁷. A questo punto segue una articolata disquisizione di Ma-

confirmatur ex his que dicit Bal... Item facit quod not. Abb... vbi dicit quod si petatur generalis absolutio a pluribus excommunicationibus et concedatur simpliciter, refertur ad omnes... Verum, licet ista opi. in hoc vltimo dicto videatur substentabilis, tamen veritas est in contrarium, quod non videatur committere summarie per illa verba 'Fiat vt petitur', ex quo committere causam summarie est contra ius commune et illa clausula 'fiat vt petitur' quando potest se referre ad alia supplicata que sunt secundum ius commune, non refertur ad ea que sunt contra ius commune...» (ff. 49va-vb, sub n. 4: Clausula 'fiat ut petitur' in rescripto posita quid importet).

²⁵ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Quid autem importent illa verba 'summarie simpliciter et de plano sine strepitu et figura iudicii'? Dic quod per ea censentur sublate omnes solemnitates iuris positiui... adeo quod solum decidi potest causa secundum merum ius gentium... Vnde possunt tunc iudices causas expedire manu regia prout olim tempore iurisgentium... Potest enim iudex propter talia verba expedire causas eo ordine quo potest princeps. Sed princeps potest sequi solam veritatem omisso ordine iuris ciuilis..., ergo eodem modo iudex propter dictam clausulam ex permissu principis...» (f. 49vb, sub n. 5: Clausula 'summarie simpliciter et a plano sine strepitu et figura iudicii' quid importet).

²⁶ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Possem hic congruenter querere sigillatim de singulis verbis predictis quid importent, scilicet de verbo 'summarie', de verbo 'simpliciter et sine strepitu', et sic de singulis absolute et separatim. Tamen quia ista verba sunt plene declarata per glo. et Card. et alios scribentes in d. cle. Sepe, de verb. sig. (*Clem.* 5.11.2)... ideo ad dicta per eos me remitto» (*ibid.*).

²⁷ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Solum hic nitar declarare duo verba ex predictis quibus vtimur in regno in causis ciuilibus, sed illa verba 'sine figura iudicii' quibus vtitur dicta regia prag. prima, et illa verba 'sola facti veritate inspecta' quibus

ranta, volta peraltro a ribadire in che modo i singoli elementi della procedura ordinaria risultavano modificati dallo *ius regium*. Ci basti il solito caso della *litis contestatio*. Si ripete, a fugare qualsiasi dubbio interpretativo, che essa non era richiesta a pena di nullità, e che il primo atto conoscitivo compiuto dal giudice ne svolgeva le funzioni, aveva cioè lo scopo di precludere le eccezioni dilatorie e tutti gli atti che non potevano essere compiuti dopo la *litis contestatio*²⁸.

Ed infine, la quarta clausola: *sola facti veritate inspecta*. Maranta ricorda che quest'ultima era espressamente prevista nel capitolo *Detestantes* dell'a. 1320²⁹ ed era preferibile a tutte le altre: imponeva chiaramente di eliminare tutte le formalità del diritto positivo, e consentiva al giudice di procedere come Dio stesso *qui soli veritate innititur*.

6. Il ruolo preponderante dello *ius gentium*

Un simile giudizio conclusivo pone in risalto il cambiamento sostanziale che l'*interpretatio* tardomedioevale aveva contribuito a realizzare nel nuovo panorama dell'esperienza giuridica. La relazione tra *ius naturale* e *ius positivum*, perno della dottrina fino all'età del Commento, agli inizi dell'Umanesimo risulta pesantemente sbilanciata verso il primo, lo *ius gentium*. Le vicende della procedura sommaria fin qui ripercorse, ne offrono qualche esempio.

Quando la procedura sommaria era stata introdotta, sui primi del sec. XIV con le decretali *Dispendiosam* (a. 1312) e *Saepe* (a. 1312-

vtitur capitulum regni Detestantes, per que duo iura municipalia omnes cause ciuiles sunt summarie» (f. 50ra, sub n. 6: 'Verba 'sine figura iudicii' quid importent, et ponitur intellectus iurium municipalium regni).

²⁸ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «Quarto per illam clausulam ['sine figura iudicii] censetur sublata litis contestatio, quia non requiritur de necessitate... Quo casu ille actus qui immediate sequi solet in causis ordinariis post litis contestationem habet vim litis contestationis in causis summaris et est preclusiuus exceptionum dilatoriarum et aliorum actuum qui non possunt fieri post litis contest...» (f. 50vba, sub n. 15: 'Litis contestatio non requiritur in causis ciuilibus in regno, sed actus ille qui immediate sequitur habet uim litis contestationis).

²⁹ Cfr. il testo alla precedente nota 14.

1314), essa aveva segnato un momento di grande trasformazione nell'assetto generale del processo. Si era compiuto, o almeno quasi, il lungo lavoro interpretativo dei giuristi di entrambe le scuole, canonistica e civilistica, volto a rintracciare nel diritto naturale gli elementi fondamentali del processo, posti a garanzia dei diritti processuali fondamentali. Un tale modello processuale non aveva lasciato insensibili neppure i tribunali laici. Come si sa, esso era stato recepito, con la costituzione *Ad reprimendum* del 1313, dall'imperatore Enrico VII per la trattazione del *crimen lesae maiestatis*. E, forse anche in ragione di una simile estensione ad un settore così delicato e importante del diritto pubblico, la legittimità delle 'scorciatoie' dei processi sommari era caduta in pasto alla dottrina – in modo particolare Bartolo aveva elaborato precise e dettagliate puntualizzazioni sulle singole parti in cui si articolavano le modifiche della procedura ordinaria (*simpliciter, et de plano, ac sine strepitu iudicii, et figura*) – a tutto vantaggio degli *acta iudicii*, cioè degli elementi della procedura che erano ineliminabili in quanto radicati nel diritto naturale. Tra questi, ad esempio, v'era la citazione, adempimento necessario per garantire al convenuto il diritto alla difesa e per consentire la corretta costituzione dell'*ordo iudiciarius*. Altri istituti, invece, gli *acta causae*, non erano altrettanto necessari: tra questi la *litis contestatio*³⁰. L'interpretazione, dunque, pur riconoscendo alla *litis contestatio* il valore di pietra angolare del giudizio, secondo i principii dello *ius commune*, aveva aperto la strada, attraverso lo *ius gentium*, al superamento di questa convinzione del passato. La flessibilità prevista per la procedura sommaria comportava una valutazione concreta, caso per caso, da parte del giudice che, lasciate da parte le *solemnitates* del processo ordinario di *ius commune*, avrebbe dovuto procedere alla cognizione e decisione della causa nei limiti imposti dal solo *ius gentium*. La dottrina, dunque, accompagna le nuove autonomie verso una centralizzazione che risulta limitata concretamente dai soli principii di diritto naturale. Ad ulteriore conferma di ciò, è interessante seguire da vicino quanto Maranta osserva con riguardo allo *ius civile* del Regno del suo

³⁰ La distinzione tra gli *acta causae* e gli *acta iudicii*, teorizzata al fine di indicare quali atti processuali devono considerarsi immutabili, era stata teorizzata da Giovanni d'Andrea, come ho esposto *supra*, in questi scritti, nel mio "*Periculis obviare et scandala remove*". *Note sul processo medioevale tra diritto e potere*, pp. 86-87.

tempo. Non v'è dubbio che la *lex civilis* fosse racchiusa nei cinquanta libri del Digesto, nel Codice, nelle Istituzioni e nelle Autentiche. Ma tutte queste leggi erano osservate secondo l'interpretazione ad esse attribuita dalla dottrina nelle scuole (*Omnes iste leges iuris ciuilis hodie seruantur quatenus vna per aliam non reperitur correpta, quod patet quia publice in scholis leguntur*). E inoltre, era diritto civile del Regno, nuovo *ius civile*, l'insieme di costituzioni, capitoli, statuti e pragmatiche che correggevano o limitavano lo *ius commune* romano³¹. È stato autorevolmente scritto, al riguardo, che secondo il Maranta «le leggi del sovrano... si limitavano... ad introdurre qualche limitata correzione alle norme giustinianee, al fine di renderle più consone alla realtà sociale e storica del regno»³², così che «se... forti risultano i limiti alla modifica legislativa di consuetudini locali teorizzati dalla dottrina meridionale, ancora più decisi appaiono quelli dalla stessa delineati nei confronti dello *ius commune* romano-canonico»³³. Certamente questa tesi coglie magistralmente il senso dell'Umanesimo giuridico del Regno: le nuove centralizzazioni sbocciavano dal ramo per nulla secco dell'*interpretatio* medioevale, cioè a dire il nuovo *ius civile* del Regno era concepito come correzione o limitazione dello *ius commune* all'interno del quale l'esperienza giuridica continuava a scorrere. Ma di quale portata furono quelle correzioni e limitazioni? L'esempio del *favor* per la procedura sommaria, predilezione risultante anche dall'esigenza di offrire una interpretazione condivisa delle clausole derogatorie del pro-

³¹ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum*: «...Quomodo et qualiter seruetur lex civilis hodie patet ex ordine ipsarum compilationum: nam totum corpus iuris civilis consistit in his voluminibus, videlicet in quinquaginta libris digestorum, in libro Codicis, in libro institutionum et in novissimo libro authenticorum... Omnes iste leges iuris ciuilis hodie seruantur quatenus vna per aliam non reperitur correpta, quod patet quia publice in scholis leguntur. Poteris addere aliud ius ciuile huius regni quod consistit in constitutionibus regni, in capitulis et statutis regni et regiis nouellis pragmaticis. Que iura municipalia huius regni inducunt ius ciuile et obseruantiam nouam in hoc regno. Et quandoque corrigunt, quandoque limitant ius commune prout dicam in processu operis in suis oportunitis locis» (f. 13va-b).

³² M. CARVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, Droit commun, Common Law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna, 2005 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno, 9), p. 110.

³³ *Ibid.*, p. 109.

cesso ordinario, contenute nel rescritto regio, svela quanto forte fosse la tendenza dell'*interpretatio* a prendere le distanze dal vecchio mondo, non già formalmente, ma sostanzialmente. Lo *ius commune* fungeva ormai da 'contenitore', l'oltre vecchio in cui si riponeva il vino nuovo!

7. Fra centralizzazione e autonomia: 'l'interpretazione limita l'interpretazione'

All'atto pratico, il *princeps* e la dottrina del Regno, in sintonia con i tentativi di centralizzazione del potere che sempre riversano i propri effetti principalmente sull'amministrazione della giustizia, erano intervenuti a rovesciare il sistema. Non venivano travolti i principii fissati dallo *ius commune* con riguardo al processo, certamente la procedura sommaria non aveva tolto di mezzo il normale *ordo iudiciarius*³⁴, tuttavia essa tendeva ad essere istituzionalizzata *ex ante*, pur se condizionata all'autorizzazione regia, comunque sempre necessaria, caso per caso. Una autorizzazione che la dottrina imbrigliava all'interno di canoni interpretativi precisi. Tuttavia i principii di *ius commune* venivano interpretati per via legalistica e per via dottrinale, fino a trasformare un genere di procedura, quella sommaria, avente carattere eccezionale e residuale, in sistema generalmente seguito nei tribunali di tutto il Regno, tanto nelle cause penali quanto nelle civili; e fino al punto che Maranta teorizza una *summa divisio* del processo nel modo seguente: «Distinctio principalis iudiciorum est quia iudicium aliud dicitur ordinarium et aliud summarium». Il solo limite concretamente operante in relazione ai 'modi' della giustizia era quello previsto nel genere stesso di procedura che ci si accingeva a prediligere: quello riposto nei principii di *ius gentium*. Il processo sommario si sarebbe espletato *manu regia*, «et solum attenditur dispositio iurisgentium»³⁵.

Siamo dunque di fronte ad una specie di interpretazione centralizzata e centralizzante che prefigura la *potestas iura condendi* della moder-

³⁴ Sul dibattito storiografico, sorto già alla fine del sec. XIX circa la maggior diffusione del procedimento sommario rispetto a quello ordinario, si rinvia a A. DANI, *op. cit.*, pp. 21-22.

³⁵ Il passo, più estesamente, alla precedente n. 14.

nità. Il Maranta ben incarna il carattere di quei dottori meridionali che «articolandone la tipologia, da una parte chiarirono che lo *stylus* concordante con il *jus* imponeva al giudice un vincolo insuperabile; dall'altra... ne riconobbero la preminenza anche quando contrastasse con il *jus scriptum* e giunsero ad identificarlo apertamente con la *lex*»³⁶.

Come in una sorta di efficace tautologia, l'interpretazione – quella dei *doctores* che avevano trasformato lo *ius commune* in un impianto teorico di principii – aveva segnato i confini dell'interpretazione – quella messa in atto dal potere nel momento di intervenire attivamente sul sistema normativo. Il Maranta, non mero ripetitore della tradizione dottrinale tardomedioevale e neumanistica³⁷, che peraltro padroneggia eccellentemente e cita ripetutamente, aveva architettato una *tela iudicii* processuale – come egli afferma nel Proemio – ormai lontana, nell'impianto ideologico, dalla letteratura processualistica del passato di genere 'speculare', come potrebbe falsamente indicare l'intitolazione dell'opera (*Speculum aureum*). Egli seppe magistralmente mettere a frutto la sua cultura dottrinale unitamente a quella di 'funzionario'³⁸ che gli proveniva dall'esercizio della professione di avvocato. Offrì dunque un contributo originale nel presentare le vecchie interpretazioni in un sistema ordinamentale nuovo dove l'*interpretatio* incarna effettivamente il potere. Nel Regno l'«interpretazione limita l'interpretazione», quasi a ispirare quell'altro paradigma teorizzato, qualche decennio più tardi, in

³⁶ M.N. MILETTI, *Tra equità e dottrina. Il Sacro Regio Consiglio e le «decisiones» di V. de Franchis*, Napoli, 1995 (Storia e diritto. Studi, 37), pp. 66-67.

³⁷ Questo il profilo di Roberto Maranta tramandato dalla rivisitazione tardoilluministica: sul punto cfr. M.N. MILETTI, *ibid.*, p. 438.

³⁸ Sulla 'cultura di funzionari' che «a Napoli sopravanzò di molto quella accademica» cfr. E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II: *Il Basso Medioevo*, Roma, 1995, p. 339. E ancora E. CORTESE, *Sulla scienza giuridica a Napoli tra Quattro e Cinquecento*, in M. BELLOMO (a cura di), *Scuole diritto e società nel Mezzogiorno medievale d'Italia*, I, Catania, 1985 (Studi e ricerche dei 'Quaderni catanesi', 7), pp. 131-132 sottolinea «l'aggancio della dottrina alla prassi locale del *ius Regni*... Il pensiero giuridico prende una fisionomia propria e diventa scienza prettamente 'napoletana', l'aria di universalità astratta che il *ius commune* di stampo bartolistico emana dalle cattedre è assorbita entro i temi concreti di carattere locale pregiati da giudici o professionisti, e si trasforma. Al modello romanistico della tradizione viene sovrapponendosi quello giuridico statale...».

area francese, secondo cui «il potere limita anche il potere». Non c'è altra costituzione che la teocrazia»³⁹.

³⁹ D. QUAGLIONI, *op. cit.*, p. 66.

Capitolo Quinto

LA *VOLUNTAS* NEL 'DIALOGO DELLA PRATICA DELLA RAGIONE' DI FRANCESCO SANSOVINO

SOMMARIO: 1. *La riscoperta del Sansovino.* - 2. *Il significato della volgarizzazione nel Dialogo della pratica della ragione.* - 3. *Spunti per un moderno sistema giurisdizionale nelle 'aggiunte' di Francesco Sansovino: la scelta del giudice.* - 4. *La 'publica podestà' del Sansovino: tra Bartolo e Machiavelli.* - 5. *Il diritto pratico dell'Umanesimo.*

1. *La riscoperta del Sansovino*

Il *Dialogo della pratica della ragione*, composto da Francesco Sansovino nei primissimi anni '40 del sec. XVI – opera edita recentemente da Luca Sartorello nel quarantaseiesimo numero della Collana *Politeia. Scienza e pensiero*¹, con l'introduzione di Diego Quagliani e Francesco Todescan – si colloca nel quadro di quell'Umanesimo giuridico italiano che la *vulgata* tradizionale è solita presentare come movimento scarsamente fervido e non abbastanza affrancato dalla *methodus* medioevale, soprattutto se paragonato al coevo Umanesimo giuridico d'Oltralpe². Non è sfuggito a questa tendenza interpretativa neppure il Sansovino, autore certamente negletto nel panorama degli studi del pensiero giuridico umanista, e sul quale è stato assestato un giudizio complessivo

¹ L. SARTORELLO, *Le due repubbliche. Bartolo e Machiavelli in un dialogo inedito di Francesco Sansovino*, Firenze, 2010 (*Politeia. Scienza e Pensiero*, 46).

² Un contributo importante, volto a contrastare questa tendenza interpretativa, proviene dagli studi di Diego Quagliani. Per seguire le grandi linee dei motivi che obbligano a ripensare all'Umanesimo giuridico italiano come movimento del pensiero capace di svolgere un ruolo centrale nell'Europa del sec. XVI cfr. D. QUAGLIANI, *From Medieval Jurists to Machiavelli*, in H. LLOYD, G. BURGESS, S. HODSON (edd.), *European Political Thought, 1450-1700. Religion, Law and Philosophy*, New Haven-London, 2008, pp. 57-73.

particolarmente severo, rimasto sostanzialmente indiscusso: «letterato fecondo e laborioso, non poteva certo ripensare con serietà tutta la farraginosa materia trattata; e perciò appare spesso trascurato e abborracciatore»³. Il *Dialogo*, in particolare, non ha ricevuto apprezzamento per ragioni che sono da ricondurre alle circostanze stesse in cui l'opera vide la luce: mosso da opportunità politica, il Sansovino rinunciò a pubblicare il *Dialogo*. Per giunta, lo spessore scientifico del testo fu offuscato dalla scarsa sensibilità per il diritto che egli, almeno a parole, o forse nella finzione letteraria, aveva sempre manifestato.

A ridisegnare questa sorta di caricatura tratlatizia, Luca Sartorello, nell'ampio studio che accompagna l'edizione critica del *Dialogo*, argomenta sulle ragioni che gli sono parse decisive per sottrarre il testo alle «pietose ombre marciante» a cui invece arrise lo storico Guido Pusinich nell'alludere, agli inizi del 1900, all'unico esemplare manoscritto dell'opera, conservato a Venezia nella Biblioteca di San Marco. Nello svelare il metodo di composizione del *Dialogo* – opera di volgarizzazione di alcuni trattati bartoliani – l'A. mette in discussione il giudizio storiografico riduttivo e spregiativo, espresso a partire da quello, di primo Ottocento, di Emanuele Antonio Cicogna, il quale, pur col merito di aver tentato una riscoperta del Sansovino, definì l'opera «cosa indigesta e del tutto giovanile»; un apprezzamento ripetuto fino ai giorni nostri, da quanti hanno etichettato il *Dialogo* come «freddo esercizio accademico». Il Sartorello traccia innanzitutto il profilo biografico e psicologico di Francesco, costretto agli studi giuridici dal padre, il famoso architetto Jacopo Tatti (detto 'Sansovino' per essere stato a bottega presso il Contucci in Monte San Savino, vicino ad Arezzo), sordo alla vocazione letteraria del figlio, favorevole invece ad avviarlo alla

³ Così G. REICHENBACH, s.v. *Sansovino, Francesco*, in *Enciclopedia italiana*, vol. XXX, Roma, 1936, p. 760b. Tra le fonti bibliografiche indicate in questa voce, risalente alla prima metà del Novecento, compare Emanuele Antonio Cicogna da cui ha origine, come chiarito più oltre nel testo, il giudizio negativo espresso sull'opera del Sansovino. D'altra parte, come osservano gli Autori dell'*Introduzione* a L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 11 n. 6, «vi è quasi un progressivo abbandono dell'originario, perentorio giudizio negativo» grazie alle recenti osservazioni messe a punto da Emanuela Scarpa sul *Dialogo* del Sansovino; osservazioni che, peraltro, non bastano a capovolgerne il giudizio di valore.

professione forense, perché attratto dalla propensione del tempo a considerare questa carriera, insieme a quella di medico, particolarmente promettente e prestigiosa. Alla travagliata formazione culturale del Sansovino è dedicata, nel libro, un'attenzione specifica che non pare superflua né estranea alla trattazione; ed è anzi significativa per comprendere i motivi di fondo della nuova disputa delle arti che non a torto l'A. – accogliendo l'acuto suggerimento di Diego Quaglioni – preferisce definire come «disputa sul diritto, sulla sua autosufficienza e sul suo primato», la quale aveva mosso il Sansovino stesso ad esprimere di sé un giudizio destinato a condizionare pesantemente gli studiosi che di lui si sono occupati: «fatto giuriconsulto di titolo, ma di pensiero più tosto ogni altra cosa, che avvocato o dottore». Un travaglio della coscienza, dunque, prima ancora che della dottrina, tutto racchiuso sinteticamente e simbolicamente nel *tòpos* retorico-letterario raffigurante l'inclinazione dei figli non rispettata dai padri, motivo ricorrente e stigmatizzante il senso di trasformazione del pensiero, nel passaggio tra Medioevo e prima modernità.

Nello studio del Sartorello, la figura intellettuale del Sansovino si completa con la ricostruzione delle linee giuridico-politiche della Venezia della prima metà del Cinquecento, città in cui Francesco visse dopo gli anni trascorsi a Padova e a Bologna per addottorarsi *in utroque*. Lo sforzo di riordinamento delle leggi veneziane e di *renovatio urbis* perseguito dal doge Andrea Gritti fa da sfondo al carattere culturale man mano maturato dal Nostro ed iniziato durante il soggiorno padovano, allorché fu coinvolto nella disputa sulla correlazione tra diritto ed eloquenza che appassionava l'Accademia degli Infiammati, alla cui generazione più giovane egli appartenne. In quell'ambiente si denunciava l'urgenza del problema della lingua volgare come lingua della conoscenza filosofica e più in generale scientifica, secondo gli ideali tipici dell'Umanesimo. A ben guardare, proprio lo spirito profondamente umanistico del Sansovino è da tenere alla base della corretta valutazione della dimensione giuridica della sua opera, ciò che del resto ha ispirato il giudizio espresso da Piero Calamandrei: «dell'avvocatura, che della libertà di Venezia era pilastro essenziale, egli, quantunque

l'avesse disertata, non sapeva parlare che con rispetto, e forse con nostalgia»⁴.

L'analisi di Luca Sartorello, infine, considera scrupolosamente gli elementi storici (in particolare la Firenze di Saluzzo Alfonso Tornabuoni, dedicatario dell'opera, e di Silvestro Aldobrandini nella cui casa si svolge il *Dialogo*) e paleografici (numerose sono i rimaneggiamenti riscontrabili nel manoscritto) che permettono di individuare due date di composizione del *Dialogo*, da collocare nello stretto arco di tempo tra il 1538 e il 1546. L'edizione è accompagnata da un rigoroso apparato critico che fissa il testo del *Dialogo*, ed è corredata da utili indici dei nomi e delle fonti a stampa e manoscritte consultate per la ricostruzione del pensiero del Sansovino, oltre che da un ricchissimo apparato bibliografico. Di grande rilievo, per la comprensione dell'opera, è poi l'Appendice nella quale vengono segnalati e trascritti i luoghi paralleli bartoliani, volgarizzati nel *Dialogo*.

2. Il significato della volgarizzazione nel *Dialogo* della pratica della ragione

Francesco Sansovino appare dunque testimone eloquente del tratto nuovo con cui si andavano profilando, nella prima metà del '500, i caratteri del giurista umanista, interprete di un sapere ignaro della separazione tra letteratura e diritto, estraneo all'incomunicabilità, radicatasi nella matura gnoseologia moderna, tra diritto e letteratura. Nelle *litterae*, ovvero nelle scienze teoretiche, il giurista umanista si riconosce in senso pieno perché il sapere giuridico è *vera philosophia*, come ricorda Bartolo, evidentemente trasportato dalla tradizione romanistica condensatasi nella riflessione ulpiana trasmessa dal Digesto (*Dig.* 1.1.1.1)⁵: in ciò si esprime l'umanesimo del diritto, come a scandire non una età della storia, ma una categoria del pensiero: ovvero, l'«umano incivili-

⁴ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 37.

⁵ *Dig.* 1.1.1.1: «...quis nos sacerdotes appellat, iustitiam namque colimus... veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes». Per un approfondimento sulla *vera philosophia* bartoliana cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, pp. 85-87.

mento»⁶. Si colloca in questo quadro il *Dialogo*, e soltanto nel rimanere concentrati su siffatte premesse si può cogliere la novità del metodo prescelto per la composizione dell'opera. Vero è che il testo, presentato in forma dialogica, secondo uno stile assai diffuso negli ambienti dottrinali umanistici, potrebbe apparire privo di originalità se considerato come mera 'traduzione' in volgare di un sapere proveniente dalla letteratura classica. Ma, anche a tralasciare il significato, peraltro profondo, delle volgarizzazioni⁷, segni manifesti dell'esigenza scientifica di mettere la *traditio* a disposizione dei nuovi contesti del sec. XVI⁸, dove si coglie appieno la personalità del Sansovino giurista-umanista è nella scelta dei testi volgarizzati: il 'Tractatus De ordine iudiciorum', il 'Tractatus testimoniorum' e il 'De regimine civitatis' di Bartolo, volgarizzazioni che egli arricchì con richiami a fonti classiche e intramezzò con passaggi dipendenti «abbastanza chiaramente dalla riflessione machiavelliana»⁹. Lo studio del Sartorello appare particolarmente interessante proprio perché rivelatore di questa sorta di non casuale 'composizione a mosaico' elaborata dal Sansovino, nella quale è racchiusa la sostanza originale del *Dialogo*. Ben lungi dall'abborracciamento o dallo scarso spessore di merito – cui si è accennato più sopra – il risultato finale appare oltremodo significativo perché chiarificatore di un pensiero giuridico umanistico legato a Bartolo non attraverso gli schemi divenuti ormai agevoli, e perciò involutivi, con cui si è soliti rappresentare il bartolismo, ma attraverso un bartolismo 'di pregio', che potremmo definire 'illuminato', cioè interpretato «all'insegna dell'ideale ciceroniano del *ius in artem redigere*», come sottolineano gli Autori dell'*Introduzione* al libro del Sartorello¹⁰. I trattati bartoliani, presentati in

⁶ *Ibid.*, p. 95.

⁷ Cfr. L. SARTORELLO, *op. cit.*, pp. 32-43.

⁸ Per comprendere la diffusione della dottrina di *ius commune* nel sec. XVI, risultano particolarmente significative le volgarizzazioni di certa letteratura processuale medioevale: ad esempio, l'*Ordo* 'Assiduis postulationibus' (1216) di Tancredi fu volgarizzato in francese e tedesco, il *Processus Satanae* di Bartolo, il *Processus Luciferi contra Jesum* di Jacopo da Ancarano furono volgarizzati in tedesco ed ebbero larga diffusione. Per queste ed ulteriori indicazioni cfr. A. PÉREZ MARTÍN, *El derecho procesal del 'ius commune' en España*, Murcia, 1999, pp. 20-21, 26.

⁹ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 69.

¹⁰ *Ibid.*, pp. 11-12.

continuum sotto forma di dialogo, sono utilizzati dal Sansovino ‘ideologicamente’: non più per affermare la superiorità del diritto su tutte le altre forme del sapere, secondo i canoni di quella *civilis sapientia* che – sulla scorta dell’insegnamento ulpiano¹¹ – già era appartenuta alla riflessione accursiana¹² ed era divenuta in Bartolo «misura e legittimazione di ogni conoscenza»¹³. Quanto urge al giurista umanista è piuttosto la «rivendicazione del ruolo di guida e di governo» che a lui spetta¹⁴. Con questo significato il giurista umanista – di cui il Sansovino si fa portavoce – è *practicus*; e lo è in senso proprio, cioè a dire incarna la cifra teorico filosofica del termine ‘pratica’, niente affatto contrapposta alla ‘teoria’: «la *theorica* si orienta e tende verso la *practica* come ad un suo fine particolare e acquista tanto maggior valore quanto più è consolidata nella *practica* stessa donde vengono istruite le menti incolte»¹⁵. Ed anzi, la dimensione speculativa astratta è elemento irrinunciabile per la pratica presentata nel *Dialogo*, giacché la conoscenza degli universali ha il ruolo specifico di orientare l’interpretazione della realtà contingente. In verità, già i Glossatori e i Commentatori medioevali – per quanto ispirati dalle differenti esigenze delle epoche loro e dunque in ambiti necessariamente diversi – erano stati giuristi pratici, nell’accezione appena chiarita: *doctores, magistri, iurisperiti, sapientes*, dai tempi dei Quattro Dottori, interpellati dal Barbarossa, sino alla rifondazione del diritto sulla base dello *ius gentium* di Baldo degli Ubaldi (*populi sunt de iure gentium*), avevano scandito ad ogni livello lo scambio tra scienza e prassi, tanto da aver persino lasciato immaginare «non ‘una’ cultu-

¹¹ *Dig.* 50.13.1.5: «...est quidem res sanctissima civilis sapientia, sed quae pretio nummario non sit aestimanda nec dehonesta, dum in iudicio honor petitur, qui in ingressu sacramenti offerri debuit».

¹² ACCURSIO, gl. *Ius civile* ad *Inst.* 1.2.1.1: «...quicquid scriptum habemus de iure dicitur ius civile ut cum dicitur. Est enim sanctissima res civilis sapientia quae pretio nummario non est aestimanda...».

¹³ D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., p. 88.

¹⁴ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 50.

¹⁵ Così D. SEGOLONI, ‘*Practica*’, ‘*Practicus*’, ‘*Practicare*’ in Bartolo e in Baldo, in *L’Educazione giuridica*, II. *Profili storici*, Perugia, 1979, pp. 69-70. In questo studio ulteriori considerazioni circa la relazione tra la *practica* e la formazione degli *styli curiae*.

ra giuridica medievale, ma più d'una»¹⁶. I giuristi erano riusciti ad 'adattare' i principi del *Corpus iuris civilis* al mondo nuovo dei Comuni, avevano elaborato la struttura del *regimen* della *civitas* nei molteplici gradi di espressione che intercorrono tra centralismo e autonomie. Ma il giurista umanista, in più rispetto al passato, mostra una presa di coscienza, diviene cioè consapevole di un simile ruolo specifico, e lo teorizza allorché rivendica per sé l'azione politica. Nel *practicus* dell'Umanesimo, pertanto, si riconosce la capacità della tradizione medioevale di porsi come fondamento della modernità.

3. Spunti per un moderno sistema giurisdizionale nelle 'aggiunte' di Francesco Sansovino: la scelta del giudice

Va in questa direzione la ponderata opera di volgarizzazione compiuta dal Sansovino. Vale la pena di richiamare l'attenzione su alcuni passaggi significativi del *Dialogo* in cui la traduzione in forma libera, con riguardo al testo bartoliano di partenza, rende manifesto il tentativo ben riuscito di tenere saldo il legame fra il pensiero giuridico della tradizione e il nuovo che da esso traeva alimento. L'occasione per ripercorrere questa linea evolutiva è offerta da un argomento tecnico processuale. Nel punto in cui il 'Tractatus de ordine iudiciorum' considera gli *acta* necessari a dare avvio al procedimento, ed in particolare la scelta del giudice a cui sottoporre la controversia, il testo volgarizzato estende l'asciutta asserzione bartoliana «...primo aditur iudex competens»¹⁷, e la espone più diffusamente secondo il seguente testo¹⁸:

...volendo voi veder il principio et la fine della vostra lite, dovete primieramente eleggervi quel giudice ch'è costituito a terminar le liti civili, essendo la vostra civile, et ch'è propriamente dedicato alla maniera della lite ch'è la vostra. Et perché i nomi de' giudici son di diverse ma-

¹⁶ Cfr. E. CORTESE, *Scienza di giudici e scienza di professori tra XII e XIII. Atti del Convegno tenuto a Cagliari nei giorni 18-21 maggio 1981*, Milano, 1982, p. 94 ora in I. BIROCCHI, U. PETRONIO (a cura di), *Scritti*, I, Spoleto, 1999 (Collectanea 10), p. 692.

¹⁷ Ed. SARTORELLO, p. 185.

¹⁸ *Ibid.*, pp. 108-109.

niere, eleggerete quel giudice o quei giudici che dall'effetto della vostra lite prendano il nome.

Il Sansovino non si accontenta di asserire genericamente l'obbligo, della parte attrice, di presentare la lite di fronte al giudice competente. Il problema si fa più complesso giacché, nello specificare gli elementi che consentono di risalire allo *iudex competens*, sembra qui adombrata una prima timida distinzione tra giurisdizione e competenza che la dottrina medioevale – costruita intorno al principio della *voluntas ius suum cuique tribuendi* e intorno al principio, comprensivo di tutto, dello *iudex suus* – non aveva ancora del tutto introiettato¹⁹. Spicca, in questo passaggio originale del *Dialogo*, il riferimento a «quel giudice ch'è costituito a terminar le liti civili» da cui traspare l'idea di un apparato giurisdizionale. E ancora, il richiamo al giudice costituito, evoca il concetto moderno del 'giudice precostituito'. Che effettivamente, ai tempi del Sansovino, il processo di centralizzazione del potere avesse portato a maturazione l'idea della giurisdizione ordinaria gerarchicamente predisposta dal *princeps* è questione data per acquisita, ad esempio, nello *Speculum* di Roberto Maranta (1520-1525): un esempio importante, rappresentato da un'opera processualistica precedente il *Dialogo* di appena un ventennio, sulla quale vale la pena di intrattenersi per meglio evidenziare la comparazione con il Sansovino. Scrive dunque il Maranta²⁰:

¹⁹ Vero è che nell'opera processuale emblematica del pensiero medioevale, lo *Speculum* di Guglielmo Durante, a proposito dell'*Officium iudicis* la trattazione della *iurisdictio* come *potestas de iure publico introducta*, comprensiva del civile e del penale, è tenuta distinta dalla trattazione delle *causae infimae, mediae e maximae*, a seconda del valore delle stesse. Ma il Sansovino, rispetto allo *Speculator*, mette a punto un linguaggio che è espressione della modernità cui è giunto il pensiero giuridico, laddove fa riferimento alla lite civile (dovete primieramente eleggervi quel giudice ch'è costituito a terminar le liti civili, essendo la vostra civile) suscettibile di ulteriore individuazione specifica (et ch'è propriamente dedicato alla maniera della lite ch'è la vostra): quasi a tratteggiare un primo abbozzo del *genus* 'giurisdizione civile', suscettibile di articolarsi nelle *species* della 'competenza'.

²⁰ ROBERTO MARANTA, *Speculum aureum et lumen advocatorum*, Lugduni, 1573, f. 145b (sub n. 3: 'Iurisdictio originaliter radicata est in principe et ab eo descendunt iudices sicut riui a fonte suo').

Scias tamen quod omnis iurisdiction plenaria est radicata in principe et in eo est originaliter, vt probatur in l. I, ff. de const. prin. (*Dig.* 1.4.1) et no. Bar. in l. I, col. fin., ff. de iurisd. om. iud. (Bartolo, *In Primam Digesti Veteris Partem*, ad *Dig.* 2.1.1, Venetiis, 1570, f. 47ra, sub n.15in fi.). Et ad solum principem spectat conferre ordinariam iurisdictionem et creare iudices ordinarios tex. est et ibi gl. et Bal. in c. I § iud., de pace iur. firm., in visib. feu. (Baldo degli Ubaldi, *In feudorum usus Commentaria*, ad II. F. 52, § 4, Venetiis, 1580, f. 79ra)²¹ et in l. I, ff. ad l. Iul. de amb. (*Dig.* 48.14.1) et gl. in c. II, ne præl. vices suas (Bernardo da Parma, *Glossa ordinaria ad X* 5.4.2, Lugduni, 1559, col. 1510)²², ita vt omnes dignitates et omnes officia et gradus ab ipso principe profluant, sicut rivulum a suo fonte, ita dicit Ang. in rub. ff. de iurisd. om. iu. (Angelo degli Ubaldi, *In I atque II Digesti Veteris Partem Commentaria*, ad *Dig.* 2.1, Venetiis, 1580, f. 22vb)²³... Vnde plures gradus iudicum ordinariorum reperiuntur.

²¹ Il testo di Baldo così corre: «Nota quod iudices et magistratus debent ab Imperatore confirmari, alias non habent merum Imperium quod merum est de iure. Secus de consuetudine obseruatur in Regiis ciuitatibus...». Il *placet* imperiale, preventivo o successivo alla nomina di *iudices* e magistrati (*debent ab Imperatore confirmari*), è necessario ai fini della validità giuridica dei poteri di *merum imperium* da essi esercitati.

²² Bernardo che, a giudicare dalla sigla conclusiva della glossa, ripresenta la tesi di Lorenzo Ispano, così afferma (ad v. *statuuntur*): «Nunquid episcopus potest dare ordinarium iudicem? Non, sed tantum princeps vel lex... Si tamen consuetudo est quod episcopus det ordinariam, admittenda est ita tamen vt perpetue instituat et non sub censu certo ar. C., de eman., l. I [*Cod.* 38(39).8.1], Lau.».

²³ Così scrive Angelo degli Ubaldi: «...adde quod iurisdiction est duplex: vna quæ stat in nomine sui generis, alia quæ transit in speciale nomen, et hæc imperium appellatur... Alias vero diuisiones iurisdiction. omitto, quia non sunt veræ... Item adde quod iudicum quidam sunt summi vt princeps et Papa qui sunt super omnes gradus iudicum, vt Insti., de iure natu. gen. et ciui. et in § Sed quidam principi (*rect.* Sed et quod principi placuit: *Inst.* 1.2.6). Alii sunt inferiores, quorum quidam sunt superillustres, quidam illustres, quidam spectabiles, quidam clarissimi, quidam infimi magistratus quorum officia deriuantur ab imperio tanquam ab eorum radice et fonte, et ideo imperator non est de ipsorum numero licet quidam contra et male... In principe enim repræsentantur omnes gradus cum ab ipso velut a mari omnes fontes omnium iurisdictionum descendant. Et licet a sententia superillustrum appelletur ad principem, tamen non est in illo gradu, vel in numero superillustrum. Superillustres autem sunt consules et patricii...».

A parte il riferimento – peraltro importante – all’antico tema della *omnis iurisdictio* il quale testimonia, una volta di più, la memoria della *Constitutio* federiciana ‘*Omnis iurisdictio*’²⁴, tenuta viva anche dal punto di vista lessicale attraverso la tradizione dottrinale di *ius commune* cui attinge il Maranta agli inizi del sec. XVI, è evidente in questo passaggio l’esigenza di declinare il concetto di giurisdizione con riferimento specifico all’ordinamento giurisdizionale ordinario, creato dal *princeps* nell’esercizio della *plena potestas*, secondo una struttura graduata e dunque gerarchica: *plures gradus iudicum ordinariorum*. Naturalmente gli istituti del giudice ordinario e delegato fanno parte della cultura giuridica medioevale, tuttavia si avverte, nel Maranta, l’uso di essa con spirito nuovo, attraverso un impianto argomentativo che, senza innovare l’*interpretatio* precedente, le conferisce peraltro accenti diversi. Lo *Speculum* reimpiega la migliore dottrina medioevale e persino l’antica metafora scolastica evocativa della sorgente da cui prendono a fluire le acque del fiume²⁵, per impostare, secondo un ragionamento ed una terminologia ‘moderne’, il concetto della dipendenza delle giurisdizioni dalla suprema *iurisdictio* del *princeps*. L’antica metafora viene ora menzionata da un lato per indicare la struttura gerarchica dell’apparato giurisdizionale, e dall’altro per evidenziare l’identica essenza, ovvero la medesima natura, della *iurisdictio* del *princeps* e delle giurisdizioni ordinarie da lui attribuite (*conferre; creare*), non delegate. La *iurisdictio* plenaria dibattuta dai giuristi medioevali con riferimento al *merum et mixtum imperium* e con riguardo alla distinzione tra la giurisdizione ordinaria e quella delegata, nello *Speculum* del giurista venusino è considerata soltanto implicitamente, attraverso le allegazioni²⁶. Il Maranta è interessato invece a spostare la questione su un piano diver-

²⁴ Sul punto cfr. D. QUAGLIONI, *Il diritto comune pubblico e le leggi di Roncaglia. Nuove testimonianze sulla l. «Omnis iurisdictio»*, in G. DILCHER, D. QUAGLIONI (a cura di), *Gli inizi del diritto pubblico, I: L’età di Federico Barbarossa. Legislazione e scienza del diritto*, Bologna-Berlin, 2006, pp. 61-62.

²⁵ Nel passo dello *Speculum* del Maranta, riportato nel testo, la metafora della fonte da cui il fiume trae scaturigine è attribuita ad Angelo degli Ubaldi (*ita dicit Ang.*). In realtà si tratta di un espediente retorico la cui radice risale probabilmente al *Liber Augustalis*, comunemente utilizzato dalla dottrina Due-trecentesca. Maggiori indicazioni in D. QUAGLIONI, *ibid.*, p. 61 n. 62.

²⁶ Cfr. *supra*, nel testo, § 3.

so, perciò egli affronta la questione della *iurisdictio plenaria* con riguardo esclusivo alla *iurisdictio ordinaria* ed agli *iudices ordinarii*. Nella rappresentazione gerarchizzata del Maranta resta sul fondo l'ordine giuridico medioevale che si avvia a cedere il passo al sistema giurisdizionale moderno. Tant'è che persino l'importante osservazione di Angelo degli Ubaldi, sempre allegato dal Maranta, secondo cui il *princeps* è fonte dell'apparato giudicante ma conserva una posizione estranea all'ordine gerarchico (*non est in illo gradu*)²⁷, perde forza e intensità nel passo dello *Speculum* perché non viene argomentata apertamente: quasi che la dottrina medioevale del *rex-imperator* cominci timidamente a cedere il passo a quella moderna del *rex-superior*²⁸. In sostanza, nel quadro generale della *iurisdictio* del *princeps* è possibile cominciare a distinguere un potere specifico: il potere giurisdizionale che si manifesta come potere sovrano in tanto in quanto è il solo in grado di 'riprodurre se stesso', di 'creare' cioè il sistema gerarchizzato di amministrazione della giustizia²⁹. Si pongono così le premesse per il superamento dell'impianto bartoliano dal quale anche il Sansovino prende avvio nel *Dialogo*. Per Bartolo «l'ufficio del *iudex*, del *rector civitatis*, del *potestas*, si distingue da quello del re in ciò, che 'isti [...] habent iudicare secundum leges', non hanno condizione di re, ma solo quella spettante a dei ministri»³⁰. Per contro nel sec. XVI si comincia a

²⁷ Cfr. il testo di Angelo degli Ubaldi alla precedente n. 23.

²⁸ La questione è ben sintetizzata recentemente da D. QUAGLIONI, *Introduzione*, in DANTE ALIGHIERI, *Monarchia*, Milano, 2015, pp. LXXVII-LXXVIII.

²⁹ N. PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007 (Dialectica, Diritto e Processo, 3), pp. 39-40 sottolinea la novità interpretativa introdotta dal Maranta, e ripresa ad esempio dallo Scaccia, per superare il concetto di giurisdizione ordinaria elaborato dalla Scuola della Glossa: «Sigismondo Scaccia, riprendendo un interessante spunto di Roberto Maranta, indicò, quindi, una diversa prospettiva: giudice ordinario è colui cui 'è attribuita la *iurisdictio* di un distretto, o di un territorio, o di una provincia, o di una città, o di una terra o di un castello, o di un altro luogo'». Il conferimento della *potestas iurisdictionis*, rappresentativa della derivazione delle giurisdizioni, non evoca però l'idea della delega: il *princeps* conferisce una *iurisdictio nativa*, ovvero originaria; perciò lo *iudex* ordinario ha una *iurisdictio* avente la medesima natura giuridica di quella del *princeps*.

³⁰ Cfr. D. QUAGLIONI, «*Regimen ad populum*» e «*Regimen regis*» in Egidio Romano e Bartolo da Sassoferrato, in «Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medio Evo e Archivio muratoriano», 87 (1978), p. 215.

dibattere e a disciplinare il potere-dovere del giudice di discostarsi dalla *lex* non in via eccezionale, ma sempre ove necessario, mediante l'esercizio ordinario dell'interpretazione equitativa³¹. Come si giustificerebbe questo modo nuovo di considerare i poteri del giudice se non si tenesse a riferimento il significato nuovo con cui la prima modernità interpreta il sistema giurisdizionale ordinario?

Quando dunque il Sansovino cita espressamente il 'giudice costituito' mette a frutto – per giunta in forma tecnico-lessicale – la dottrina processuale del suo tempo, proiettata verso la costruzione dello Stato nazionale. Tutto ciò risulta ancor più evidente se si considera che, nel *Dialogo*, all'argomento del 'giudice costituito' segue la questione ulteriore del giudice «ch'è propriamente dedicato alla maniera della lite»: come per denunciare l'insufficienza dell'individuazione del giudice a partire dalla designazione di quest'ultimo per la cognizione di un certo genere di controversie. È necessario individuare ulteriormente lo *iudex* adatto alla fattispecie della lite. In poche parole, il ragionamento del Sansovino appare implicitamente proporre, con riguardo all'individuazione del giudice, una doppia scelta di *genus* e di *species*, secondo una dialettica che raffigura – sebbene non dichiaratamente, come più sopra si diceva – la relazione tra giurisdizione e competenza.

4. La 'publica podestà' del Sansovino: tra Bartolo e Machiavelli

Il *Dialogo* coglie dunque l'essenza profonda dei trattati bartoliani, specialmente del 'Tractatus testimoniorum', fino a svilupparne i fondamenti, sulla base delle esigenze attuali. Similmente avviene con riguardo al tema della *prudencia*. La complessa disamina sulla prova testimoniale – condotta da Bartolo in chiave filosofica, aristotelicamente e ancor più tomisticamente, con riferimento cioè alle virtù e ai vizi – si presentava come pietra angolare dei grandi concetti della *sapientia* e della *prudencia*³². Nella sensibilità del Sansovino, tutto ciò finisce per

³¹ Maggiori dettagli nel successivo contributo contenuto in questo volume.

³² Per un'ampia disamina su questi temi cfr. D. QUAGLIONI, «*Regnativa prudentia*». *Diritto e teologia nel «Tractatus testimoniorum» bartoliano*, in *Théologie et droit dans la science politique de l'État moderne. Actes de la table ronde de Rome (12-14 novem-*

evocare la figura del *prudens* che agisce in modo eticamente esemplare. Di conseguenza, la *prudentia* viene ad essere in rapporto non soltanto con ciò che riguarda la giustizia in senso stretto, ovvero con la materia processuale, ma anche «con tutti quegli aspetti della vita che appartengono alla dimensione contingente (...), è soprattutto *activa*»³³. Da questa considerazione prende forma il punto di contatto, elaborato dal Sansovino, tra Bartolo e Machiavelli. La *prudentia*, in quanto *activa*, diviene *regnativa*: «consiste in bene operare a buon fine, cioè in quiete e riposo de' sudditi, et non a fin del suo bene stesso o della sua gloria»³⁴.

Sempre ispirata dalla forma prudenziale *activa*, v'è poi una *politica sive civilis prudentia* che, nel ragionamento in volgare del Sansovino, addivene alla messa a punto di una locuzione nuova, il «buon popolo» dentro cui si insinua tutto il pensiero del Machiavelli. Ancora una volta sarà utile seguire un rapido confronto testuale:

Bartolo, *Tractatus de ordine iudiciorum*³⁵

Politica sive civilis prudentia requiritur in subditis, que in hoc consistit ut in bonum finem domini operetur. Eget enim civitas multis, scilicet domino cuius prudentia regatur, eget subditis diversarum conditionum... Alii sunt negociatores, alii alia ministera artificia et officia exercentes. Hii sunt omnes actus ad civilem vitam ordinandam.

Sansovino, *Dialogo della pratica della ragione*³⁶

Segue poi la politica o civil prudentia ch'ella si chiami, la qual appartiene a' sudditi et consiste che s'operi in buon fin del signore. Perché la città non ha solamente bisogno di buon signore et prudente, ma di buon popolo anchora, il qual debbe esser di diverse conditioni... Sono alcuni altri che fan le faccende importanti, et altri che fanno altri mestieri, et queste cose son tutte ordinate alla vita civile.

bre 1987), Rome, 1991 (Publications de l'École française de Rome, 147), pp. 159-165, anche in ID., «*Civilis sapientia*». *Dottrine giuridiche e dottrine politiche fra Medioevo ed età moderna*, Rimini, 1989, pp. 111-118.

³³ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 56.

³⁴ FRANCESCO SANSOVINO, *Dialogo della pratica della ragione*, ed. SARTORELLO, pp. 154-155.

³⁵ Riporto il passo da L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 207.

³⁶ *Ibid.*, p. 156.

Nella scelta sintattica del Sansovino (non solamente... ma anchora) si enfatizza, rispetto a Bartolo, la necessità che la comunità cittadina collabori con il *princeps* nel buon reggimento della *civitas*³⁷. Ma i *subditi* del testo bartoliano – si noti – divengono, nella volgarizzazione, il ‘buon popolo’ partecipe, in quanto tale, della *prudencia activa*. Così facendo il Sansovino contribuisce a tratteggiare la nozione del ‘popolo’, comprensiva al tempo stesso di una accezione politica e giuridica: politica, in tanto in quanto il popolo collabora con il *princeps* nelle scelte di governo (s’operi in buon fin del signore) attraverso la molteplicità delle attività dei singoli (diverse condizioni); e giuridica perché nel popolo la molteplicità dei singoli dà luogo ad un unico soggetto collettivo: il popolo rappresenta il *nomen* unitario sotto il quale rifluiscono «omnes actus ad civilem vitam ordinandam», ovvero l’*ordo civilis*.

Questi temi aprono la strada al Sansovino per discutere in esteso della miglior forma di governo e per concludere con una soluzione assai vicina alla riflessione machiavelliana sui «dua umori diversi», «quello del popolo e quello de’ grandi»³⁸; per concludere cioè che la miglior forma di governo è data dalla compresenza di ‘due repubbliche’, quella del popolo e quella dei nobili. Come si può osservare, non è qui in discussione la concezione classica medioevale della comunità intesa come *ordo*, all’interno del quale le differenze di condizione dei soggetti, ben lungi dal venire in considerazione come diseguaglianze, vengono in considerazione in quanto unità, a immagine del corpo mistico di Cristo. L’elemento nuovo introdotto con la riflessione sul termine popolo, di cui fa uso il Sansovino, si esprime nella soggettività conquistata dalla *communitas* nella realizzazione della *regnativa prudentia*.

D’altra parte, la prudenza regnativa, appena definita, viene in considerazione non soltanto perché fondamento del reggimento interno della *civitas*, ma anche in quanto criterio di riferimento per il *regimen* esterno. Il *Dialogo* passa dunque a considerare il problema della milizia armata che – osserva il Sansovino – affianca la milizia letteraria, ovvero la *civilis sapientia*. Già da questa premessa si coglie quanto man mano il Sansovino sviluppa in grado sempre maggiore, sino a ritrovare

³⁷ Ulteriori considerazioni sulla *prudencia politica* in D. QUAGLIONI, «*Regnativa prudentia*», cit., pp. 162-163, 165.

³⁸ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 82.

nella *prudentia* bartoliana la radice del famigerato motto machiavelliano 'legibus et armis' indicativo degli strumenti – buone leggi e buone armi – dei quali il *princeps* avrebbe dovuto servirsi per mantenere se stesso e il governo della *civitas*. Certamente Machiavelli aveva trovato ispirazione immediata nelle Istituzioni giustiniane³⁹, tuttavia le buone armi insieme alle buone leggi divengono, nella 'composizione a mosaico' del Sansovino, una conseguenza del ragionamento bartoliano sulla *prudentia*, tanto da suggerire, una volta di più, di inframezzare a Bartolo, Machiavelli. Così il Sansovino non ripresenta il tema tradizionale dello *ius ad bellum*, ossia della guerra giusta, alla cui sistemazione tanto aveva contribuito la dottrina di Bartolo. Egli dà invece risalto a quella parte della lezione bartoliana depositata tra le pieghe del 'Tractatus testimoniorum' in cui si affronta il problema ulteriore delle azioni di guerra, per la giustezza delle quali era necessario ragionare tenendo a riferimento, ancora una volta, la *prudentia*⁴⁰:

I reggenti son quelli che son presidenti dell'hoste il qual contiene assai numero di persone... Onde alle volte accade che el bisogna provar la lor prudenza, però ella si proverà in quel modo che s'ha detto della prudenza regnativa. Ma s'accadrà provar di color che reggano con prudenza militare, bisogna provar per gl'atti di quello essercito come lo schermire, il correr dell'hosti et cose simili, le quali si fan nella città per gloria, e per tali atti gli huomini si fanno gagliardi sull'armi.

In sostanza, il Sansovino legge Bartolo con la mente del proprio tempo, ovvero con l'obiettivo di fondo di esaminare la questione che a metà Cinquecento la dottrina discuteva attraverso la categoria dello *ius in bello*, «cioè l'insieme dei principi e delle regole, di natura essenzialmente procedurale, che nel conflitto legittimano e disciplinano le azioni dei contendenti»⁴¹: un tema nuovo e tipico dell'Europa del XVI secolo,

³⁹ Sul punto cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., pp. 110-111.

⁴⁰ FRANCESCO SANSOVINO, *Dialogo*, ed. SARTORELLO, p. 162. Per il corrispondente testo bartoliano volgarizzato dal Sansovino cfr. *ibid.*, p. 207.

⁴¹ D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto nel Cinquecento: i trattatisti del «ius militare»*, in F. LIOTTA (a cura di), *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, II, Bologna, 2007, p. 192. Ulteriori considerazioni sul tema dello *ius in bello* e la nascita del moderno diritto internazionale in ID., *Pour une histoire du droit de guerre au début de l'âge moderne. Bodin, Gentili, Grotius*, in *Laboratoire italien*, 10 (2010), p. 36.

se solo si pensa alle elaborazioni di Pierino Belli, di Balthazar Ayala ed altri ancora⁴².

In definitiva, l'ampio respiro che offrivano i testi di Bartolo spinge il Sansovino ad utilizzarli in chiave attuale, egli cioè coglie l'«apertura del testo giuridico medievale» e dimostra che «non appena si esce dal registro 'tecnico' della trattazione di scuola, parlare di *scientia civilis* o *iuris* o *politica*, significa rinviare a quella stessa ed unica dimensione prudenziale, perché nel Trecento, come per buona parte del Cinquecento diritto e politica, lontani dall'essere separati, condividono ancora un medesimo patrimonio concettuale»⁴³. Una dimensione prudenziale che non trascura il singolo, l'azione posta in essere dal singolo in favore del *regere* la comunità, per riconoscere in esso, oltre che nel *princeps*, una *publica potestas*: «Et non solo voi havete intender questo ne' precipi, ma in qualunque huomo che ha publica podestà»⁴⁴.

5. Il diritto pratico dell'Umanesimo

Da ciò derivano alcune precise considerazioni. Innanzitutto è chiaro che la riflessione politica nasce come scienza nell'alveo del diritto, senza potersi disgiungere da esso: Sansovino può inframezzare, a Bartolo, Machiavelli perché la lingua del diritto e la lingua della politica null'altro sono che la lingua della giurisprudenza⁴⁵. Perciò, sembra essere in difetto la consuetudine odierna di studiare taluni esponenti dell'Umanesimo dal solo angolo d'osservazione politico o filosofico o teologico od altro ancora, trascurando l'elemento reale ed essenziale della loro non infrequente formazione giuridica⁴⁶. Ciò è avvenuto, tra gli altri, per

⁴² Cfr. D. QUAGLIONI, *Guerra e diritto*, cit., pp. 200-210.

⁴³ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 87.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 155.

⁴⁵ Cfr. D. QUAGLIONI, *Machiavelli e la lingua della giurisprudenza. Una lettura della crisi*, Bologna, 2011 (Studi e Ricerche. Storia, 621).

⁴⁶ Alcuni esempi significativi di Autori che ebbero una formazione giuridica destinata a segnare la loro personalità umanistica (Leon Battista Alberti, Piero da Monte, Francesco Guicciardini) sono studiati da D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., pp. 97-109, 115-118.

Francesco Sansovino. Una cultura giuridica, però, lontana da tecnicismi e formalismi, interessata invece alla tecnica e alla forma in tanto in quanto espressioni della dimensione etica del diritto. Per questa ragione il giurista pratico dell'Umanesimo risulta assai differente, e fin'anche opposto, rispetto a quello operante nell'esperienza giuridica contemporanea. La *practica* umanistica – termine usato anche con declinazione processualistica nelle fonti del sec. XVI ed ancor più del secolo successivo – non può essere compresa attraverso le categorie dell'esperienza odierna. Il pratico umanista, chiamato ad agire nell'ambito di un sistema di principi, interpreta il reale contingente prendendo avvio dagli universali, per rintracciare all'interno di essi la disciplina del caso particolare. Il problema, dunque, è la teorizzazione del metodo. Tant'è che, nell'affrontare il tema dei segni distintivi del legista, seguendo il 'Tractatus testimoniorum' di Bartolo, Sansovino così volgarizza⁴⁷:

Ma ritornando alla prudenza, io dico ch'ella è differente dalle predette [sapienza, scienza] perché consiste circa i particolari e quelle cose che accidentalmente di giorno in giorno accagginno come disputar, consigliar et con ottima ragion agguagliar le cose universali appartenenti alle particolari. E questa è l'ultima deffinition posta di sopra, cioè che la prudenza è habito, et così si conosciè che in questa si ricercano gl'atti frequentati. Onde benché sia manifesto ch'il tale è gran legista o medico non segue per questo (che) egli è dunque prudente legista o medico, perché a questo si ricerca che egli habbia fatto l'habito con la pratica d'adattar le cose universali alle particolari; et con ottima ragione, perché s'egli operasse a caso non tendendo a buon fine, non sarebbe prudente, ma piuttosto harebbe habito vitioso et cattivo.

Il giurista pratico, descritto nel *Dialogo*, è quello 'prudente': è, in verità, un teorico autentico. Non però l'eremita o l'uomo contemplativo separato dalla vita attiva⁴⁸, è invece il *prudens* che ha l'*habitus* di adattare le cose universali alle particolari, con il fine di realizzare la giustizia del caso concreto: in ciò consiste la pratica (si ricerca che egli habbia fatto l'habito con la pratica d'adattar le cose universali alle partico-

⁴⁷ FRANCESCO SANSOVINO, *Dialogo*, ed. SARTORELLO, p. 148.

⁴⁸ *Ibid.*: «Ci sono alcuni altri i quali son buoni et prudenti, ma nelle cose d'altri inesperti e ignoranti, et questa si chiama rusticità santa come è quella dei romiti et degli altri huomini contemplativi et separati dalla vita attiva» (ed. SARTORELLO, p. 150).

lari... tendendo a buon fine), la quale si presenta come attività teoretica, ossia speculativa, in tanto in quanto è volta a proiettare (agguagliar: espressione che traduce l'*applicare* del testo bartoliano)⁴⁹ i principi universali nel particolare: i principi 'appartengono' al contingente (le cose universali appartenenti alle particolari), non il contrario. Diversamente, il 'pratico' operante nell'ambito dei sistemi giuridici codicistici, vincolato com'è alle norme positive, segue la direzione metodologica opposta: prende avvio dallo studio del caso particolare per selezionare la regola giuridica da applicare, la quale ha assorbito al suo interno il principio generale di diritto. Per quanto dunque nel *Dialogo* del Sansovino si possa cogliere un primo segno dello «scollamento tra la dimensione tipicamente sapienziale e un emergente dominio del piano prudenziale che il secolo precedente non conosceva ancora»⁵⁰, tipico invece del mondo moderno, è evidente la radice storico-medioevale del giurista umanista che segna la continuità nella discontinuità dell'esperienza giuridica.

Ciò che consente di ripetere, per l'Umanesimo giuridico, quanto non ha avuto imbarazzo a dichiarare uno storico dell'arte a proposito del gusto architettonico del sec. XVI: tendente, quest'ultimo, a «infrizioni circostanziate», ovvero a rompere gli schemi classici per privilegiare l'«uso del convenzionale inconvenzionalmente»⁵¹.

⁴⁹ BARTOLO, *Tractatus testimoniorum*: «...prudentia consistit circa particularia et ea que contingenter eveniunt, et inter se consiliare et disputare et recta ratione universalialia particularibus congruentibus applicare» (riporto il testo da L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 202).

⁵⁰ L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 48.

⁵¹ Cfr. R. VENTURI, *Complexity and Contradiction in Architecture*, New York, 1966, trad. it. di R. GORJUX, M. ROSSI PAULIS, *Complessità e contraddizioni nell'architettura*, Bari, 1980, p. 53a-b.

Capitolo Sesto

‘LA COSCIENZA LIMITA LA COSCIENZA’. CONSIDERAZIONI SU «ORDO» E «PROCESSUS» IN ALCUNE *PRACTICAE* DEL SECOLO XVI

“La sua domanda, signor giudice, se io sia un imbianchino - o meglio, non l’ha affatto chiesto, l’ha dichiarato con assoluta sicurezza - è indicativa di tutto un modo di procedere contro di me” (Franz Kafka, Il processo, capitolo 2)

“Credo piuttosto che il procedimento, per pigrizia o dimenticanza o forse persino per la paura dei funzionari, sia già stato interrotto o venga interrotto fra breve” (Franz Kafka, Il processo, capitolo 3)

SOMMARIO: 1. L’Ordo ‘Haec sunt’ volgarizzato da Francesco Sansovino. - 2. La riforma introdotta dalla decretale Quoniam contra falsam (X 2.19.11) nella processualistica del sec. XIII. - 3. (segue) Le esigenze di scientizzazione del processo. - 4. Spunti per una moderna teoria del processo nelle ‘aggiunte’ di Francesco Sansovino: la coscienza dell’esaminatore. - 5. Il problema della coscienza del giudice nella Repetitio di Nicola Everardo alla decretale Quoniam contra falsam. - 6. Le rationes iure probatae e l’ordinanza di riforma del Reichskammergericht del 1548. - 7. La ricezione sostanziale della decretale Quoniam contra falsam nel Dialogus di Christopher Saint German. - 8. (segue) La negligenza del giudice. - 9. Il doppio significato del brocardo «iudex secundum allegata et probata debet iudicare, non secundum conscientiam».

1. L’ordo ‘Haec sunt’ volgarizzato da Francesco Sansovino

La coscienza del giudice svolge un ruolo essenziale nella determinazione dei sistemi processuali di ogni tempo, tant’è che la storia giuridica ha presentato via via una vasta gamma di significati ricondotti e da ricondurre sotto questa espressione. Nelle fonti dello *ius commune* la coscienza ha voluto esprimere talora le conoscenze personali, talaltra la

corruzione del giudice, e ancora il potere discrezionale (*arbitrium*) e il giudizio equitativo (*aequitas*) pronunciato dall'organo giudicante. Assai spesso dunque – come è stato affermato – «conscience appears to be a privatized or subjective notion»¹. Diversamente, il presente studio intende far luce sul significato ulteriore della coscienza del giudice come dovere di sollecitudine nell'apprezzamento degli elementi processuali attraverso i quali si compie la formazione 'professionale' del giudizio: un giudizio che prende così la natura oggettiva e pubblicistica che lo *ius commune* individua nell'istituto di origine romanistica dell'*officium iudicis*.

Lo spunto a procedere in questa direzione mi è stato offerto da un dialogo sulla giustizia scritto nei primi anni Quaranta del XVI secolo: il *Dialogo della pratica della ragione*, composto da Francesco Sansovino, giurista di educazione umanista, studente *in utroque* a Venezia, Padova e Bologna. L'opera, edita recentemente da Luca Sartorello², traspone in forma dialogica e nel volgare italiano alcuni importanti trattati bartoliani: il 'Tractatus de ordine iudiciorum', il 'Tractatus Testimoniorum' e il 'Tractatus de regimine civitatis'. L'Autore cattura l'attenzione proprio perché la sua traduzione in lingua volgare dei testi di Bartolo suggerisce evidentemente la continuità tra il Medioevo e la prima modernità. Ebbene, in che cosa si concretizza siffatta continuità, se riferita alla coscienza del giudice?

La questione è resa ancor più interessante, e per certi versi complicata, di fronte alla assai probabile falsa attribuzione a Bartolo dell'*Ordo Haec sunt*, opera volgarizzata in larga parte nel *Dialogo*, unitamente al 'Tractatus testimoniorum' e al 'Tractatus de regimine civitatis', que-

¹ Cfr. D.R. KLINCK, *Conscience, Equity and the Court of Chancery in Early Modern England*, Burlington, 2010, p. 2. L'A. studia l'evoluzione del ruolo della *conscientia* dal piano 'privato' e soggettivo del giudice al piano giuridico oggettivo e pubblicistico che caratterizza il sistema inglese di *equity* della prima modernità. Nel presente contributo tento di dimostrare che la graduale razionalizzazione della coscienza ed il conseguente rilievo pubblicistico – non opposto al principio del 'rule of law', secondo l'interpretazione assai condivisibile del Klinck – contribuisce a delineare i doveri del giudice nella conduzione del processo, e presenta caratteri di continuità con il concetto di *prudencia activa* elaborato al tempo dello *ius commune* basso-medioevale.

² L. SARTORELLO, *Le due repubbliche. Bartolo e Machiavelli in un dialogo inedito di Francesco Sansovino*, Firenze, 2010 (Politeia. Scienza e Pensiero, 46).

sti di sicura paternità bartoliana³. Edito dal Martin nel 1826 con il titolo ‘Tractatus de ordine iudiciorum’⁴, già nella seconda metà del sec. XIX si avanzò la possibilità che l’opera rappresentasse uno dei rimaneggiamenti cui fu sottoposto l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ (post 1234)⁵, attribuito quest’ultimo a *Petrus Hispanus Portugalensis*, attivo nella prima metà del sec. XIII, da non confondere con l’omonimo *Magister decretorum*⁶. In particolare fu il Reatz ad osservare come sia inverosimile che un maestro del calibro di Giovanni d’Andrea, autore di molte

³ Il ‘Tractatus testimoniorum’ è edito criticamente da S. LEPSIUS, *Der Richter und die Zeugen. Eine Untersuchung anhand des Tractatus testimoniorum des Bartolus von Sassoferrato*, Frankfurt am Main, 2003 (Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte, 158). Il ‘Tractatus de regimine civitatis’ è edito criticamente da D. QUAGLIONI, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il “De Tyranno” di Bartolo da Sassoferrato (1324-1357)*, Firenze, 1983 (Il pensiero politico. Biblioteca, 11).

⁴ G.A. MARTIN (ed.), *Bartoli de Saxoferrato Tractatus de ordine iudiciorum*, Jenae, 1826.

⁵ Sulla relazione temporale tra l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ e l’*Ordo* ‘Ut nos minores’ si è aperto tra gli studiosi meno recenti un dibattito storiografico. J.G.C. JOOSTING, *Die Summa Ut nos Minores Nach der Leidener Handschrift herausgegeben*, in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, kan. Abt.*, 17 (1928), pp. 158-159, in contrasto con la tesi del Reatz e del Bethmann-Hollweg (cfr. *ibid.*, n. 4) ma in linea col Wahrmund (cfr. L. WAHRMUND, *Die Summa Minorum des Magister Arnulphus*, in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, 1.2, Innsbruck, 1905, p. XVIII n. 4) ritiene l’*Ordo* ‘Ut nos minores’ precedente e ispiratore delle rielaborazioni compiute con l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’; e – secondo il Joosting – precedente anche al ‘Tractatus de ordine iudiciorum’ attribuito a Bartolo. Ma la letteratura più recente accoglie la tesi della anteriorità dell’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ rispetto all’*Ordo* ‘Ut nos minores’: cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, Frankfurt am Main, 1984 (Ius Commune. Sonderhefte, 19), p. 144 (ivi bibl.); A. PÉREZ MARTÍN, *El ordo iudiciarius «Ad summariam notitiam» y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana. I. Estudio*, in *Historia Instituciones Documentos*, 8 (1981), p. 247. Si deve peraltro sottolineare che, ai fini del presente studio, il problema dell’ordine di apparizione di questi *ordines* non modifica le considerazioni esposte nel testo circa la relazione tra l’*ordo* bartoliano e le operette processualistiche (‘Ut nos minores’ e ‘Ad summariam notitiam’) impiantate sulla suddivisione temporale del processo, introdotta dalla decretale *Quoniam contra falsam* (cfr. *infra*, nel testo, § 2).

⁶ Cfr. A. GARCÍA Y GARCÍA, *Estudios sobre la Canonística Portuguesa Medieval*, Madrid, 1976 (Publicaciones de la Fundación Universitaria española. Monografías, 29), pp. 104-106.

delle aggiunte allo *Speculum* di Guglielmo Durante, mostri di ignorare l'*ordo* bartoliano e non ne faccia menzione in alcuna delle sue opere⁷: una stranezza eloquente ed una omissione autorevole, tanto da consentire di dar credito ancor oggi all'osservazione del Reatz e di considerare pertanto tuttora improbabile la paternità bartoliana del 'Tractatus de ordine iudiciorum'.

Naturalmente, il problema della paternità dell'*Ordo* 'Haec sunt' non è argomento a cui fosse potuto essere interessato il Sansovino, ché anzi, egli forse ebbe sott'occhio ed apprezzò una delle edizioni a stampa del suo tempo, intenzionalmente responsabili della falsa attribuzione a Bartolo, in vista della maggiore circolazione dell'opera⁸. L'autenticità delle fonti, cui fu sensibile l'Umanesimo fino al punto di considerarla elemento distintivo della propria *methodus* risulta travolto, nel *Dialogo*, dall'esigenza prevalente – ed ugualmente tipica dello spirito umanistico – di allestire un'opera dedicata alla 'pratica' del diritto, al di fuori degli schemi autoritativi del passato. Appare significativo, al riguardo, che il Sansovino non dichiari la matrice bartoliana del *Dialogo*, ciò che, del resto, ha largamente condizionato – prima dello studio critico curato dal Sartorello – il corretto apprezzamento dell'opera stessa⁹. Ai nostri fini, quindi, sembra non tanto opportuno tornare sulla questione della paternità dell'*Ordo* 'Haec sunt', quanto invece riflettere sulle ragioni di merito che stimolarono l'interesse ad utilizzare, sotto il nome di Bartolo e fino agli onori della volgarizzazione, un'operetta processualistica dai caratteri scarsamente originali¹⁰. C'è da chiedersi, in altre parole, quale

⁷ C.F. REATZ, *Ueber die Summen 'Ut nos minores', 'Ad summariam notitiam cursus consueti causarum' und den Bartolus'schen Tractat: de ordine iudicii*, in *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, 3 (1864), pp. 303-307.

⁸ Com'era noto già all'editore Martin, l'*editio princeps* del *tractatus* bartoliano risale all'anno 1472 (cfr. *ibid.*, p. 13).

⁹ Cfr. D. QUAGLIONI, F. TODESCAN, *Introduzione* a L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 11 n. 6.

¹⁰ L'*Ordo* 'Ad summariam notitiam' ebbe ampia diffusione e fu sottoposto a numerosi rimaneggiamenti da parte di *doctores* di grande fama come Odofredo, Martino da Fano, Guglielmo Durante, Giovanni d'Andrea. A parte la volgarizzazione del Sansovino, l'*ordo* ricevette anche volgarizzazioni spagnole. Per uno studio dettagliato sul punto cfr. A. PÉREZ MARTÍN, *El ordo iudiciarius «Ad summariam notitiam»*, cit., pp. 237-254. Che l'*ordo* tramandato sotto il nome di Bartolo fosse in realtà assai scadente, soprattutto se confrontato con quello simile di Giovanni d'Andrea, fu rilevato da R. STINTZING,

sia la peculiarità dell’*Ordo* ‘Haec sunt’ – di minor spessore dottrinale nel panorama processualistico coevo – tale da essere stato preferito per circolare come opera di Bartolo ed approdare alla *versio* volgare del Sansovino, con il fine specifico di contribuire a delineare i caratteri della ‘pratica della ragione’. Una risposta al quesito può essere tentata innanzitutto con l’osservare che l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ – fonte probabile dei numerosi rimaneggiamenti, di cui si è detto, tra cui anche quello attribuito a Bartolo e prescelto poi dal Sansovino – presenta una novità strutturale degna di nota rispetto agli *ordines iudiciorum* medioevali, ovvero l’identificazione e numerazione progressiva delle fasi del giudizio, per l’esattezza dieci tempi processuali: [*Proemium*] «Ad summariam noticiam consueti cursus causarum distingue decem tempora circa totalem causam»¹¹.

2. La riforma introdotta dalla decretale *Quoniam contra falsam* (X 2.19.11) nella processualistica del sec. XIII

Se, a prima vista, sfuggisse il carattere innovativo della ripartizione temporale e numerata dell’*iter* processuale, perfettamente congruente con l’idea dell’ordine dei giudizi e dell’ordine di cognizione delle cause su cui da sempre si era incentrato l’*ordo iudiciorum* medioevale, si dovrebbe allora puntare l’attenzione sul dato ulteriore della discendenza di simile struttura, numericamente evidenziata, dalla decretale *Quoniam contra falsam* (a. 1215) di papa Innocenzo III¹², proveniente dal c.38 del IV concilio lateranense, rifluita nella *Quarta compilatio* (IV *Comp.* 2.6.3), ed accolta definitivamente nel *Liber Extra* (X 2.19.11) sotto il

Geschichte der populären Literatur des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland am Ende des 15. und am Anfang des 16. Jahrhunderts, Leipzig, 1867, p. 221.

¹¹ A. PÉREZ MARTÍN (ed.), *El ordo iudiciarius «Ad summariam notitiam» y sus derivados. Contribución al estudio de la literatura procesal castellana. II. Edición de textos*, in *Historia Instituciones Documentos*, 9 (1982), p. 330.

¹² La relazione tra l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ e la decretale innocenziana è evidenziata da L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum*, cit., p. 144: «Dieses Gliederungsprinzip geht zurück auf c. 38 des 4. Lateranconcils (X 2.19.11)».

titolo ‘De probationibus’¹³. Questa decretale aveva avuto un ruolo decisivo nell’affinare la disciplina processuale seguita fino a quel momento, come è ribadito ancora nelle *repetitiones* ad essa riservate proprio durante gli anni del primo umanesimo, negli ambienti che traevano *causa* dal diritto canonico di matrice decretalistica¹⁴. La necessità di risalire alla *Quoniam contra falsam* per mettere a fuoco l’originalità dell’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ è indicata espressamente in uno dei rimaneggiamenti di quest’ultimo, di cui si è detto, per l’esattezza nell’*Ordo* ‘Ut nos minores’ (1250-1254)¹⁵, il cui *incipit* più frequentemente ripetuto dalla tradizione manoscritta – segnalato già nella seconda metà del sec. XIX dal Reatz – dichiara quanto segue¹⁶:

Ut nos minores in iure aliquo modo possimus instrui in quotidiano frequenti et moderno usu causarum, quarum secundum tenorem illius decretalis: quoniam contra falsam (c.11. X. de probationibus 2. 19) decem tempora distinguamus.

¹³ X 2.19.11: «...statuimus, ut tam in ordinario iudicio quam extraordinario iudex semper adhibeat aut publicam, si potest habere, personam, aut duos viros idoneos, qui fideliter universa iudicii acta conscribant, videlicet citationes et dilationes, recusationes et exceptiones, petitiones et responsiones, interrogationes et confessiones, testium depositiones et instrumentorum productiones, interlocutiones et appellationes, renunciaciones, conclusiones, et cetera, quae occurrerint, competenti ordine conscribenda, loca designando, tempora et personas».

¹⁴ Si vedano le *repetitiones* di Lanfranco da Oriano (opera stesa durante il secondo soggiorno a Padova, dove Lanfranco fu professore, tra il 1459 e il 1463: in quella Padova che intorno al 1536 avrebbe accolto il Sansovino, cfr. L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 29) e di Nicola Everardo (a. 1495-1570), assessore al *Reichskammergericht*, studiato più oltre nel testo. La disciplina della decretale *Quoniam contra falsam* si estese, anche se con qualche ritardo, sul territorio inglese. Sul punto cfr. R.H. HELMHOLZ, *Quoniam contra falsam (X 2.19.11) and the Court Records of the English Church*, in S. LEPSIUS, TH. WETZSTEIN (hrsgg.), *Als die Welt in die Akten kam. Prozeßschriftgut im europäischen Mittelalter*, Frankfurt am Main, 2008, pp. 31-49.

¹⁵ Per questa datazione cfr. L. WAHRMUND, *cit.*, p. XIV. Ulteriori considerazioni su quest’*ordo* in J.G.C. JOOSTING, *op. cit.*, pp. 153-162. L’A. ripresenta, sulla base di un nuovo manoscritto, l’edizione dell’*ordo* già curata dal Wahrmond. Per la successione temporale tra l’*Ordo* ‘Ut nos minores’ e l’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ cfr. la precedente n. 5.

¹⁶ C.F. REATZ, *op. cit.*, p. 302.

In queste prime battute dell’*ordo* in questione è indicato espressamente il ruolo decisivo svolto dalla decretale *Quoniam contra falsam* nel forgiare la moderna procedura giudiziaria: il *quotidianus et modernus usus causarum* risulterebbe introdotto, secondo l’anonimo autore, proprio dalla decretale innocenziana mediante la suddivisione del giudizio in dieci tempi (*secundum tenorem illius decretalis: quoniam contra falsam decem tempora distinguamus*); una suddivisione ritenuta tanto convincente ed utile, per le attuali esigenze del processo, da essere entrata nell’uso forense (*in quotidiano frequenti et moderno usu causarum*)¹⁷. Per la verità, il testo pontificio fa riferimento esplicito agli *acta iudicii*¹⁸, ma ne prevede un numero non tassativo¹⁹: nello sta-

¹⁷ Tant’è che R. STINTZING, *op. cit.*, p. 221, sensibile evidentemente agli indirizzi storico-giuridici romantici del suo tempo, considera il rimaneggiamento pseudo-bartoliano – ricettivo, come l’*Ordo* ‘Ut nos minores’, del modello introdotto dall’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’ – nell’ambito della «populären literatur».

¹⁸ Si veda il testo alla precedente nota 13. La decretale *Quoniam contra falsam*, mediante la citazione ed individuazione degli *acta iudicii* pone le premesse per la successiva distinzione tra *acta iudicii* ed *acta causae* – atti processuali ineludibili i primi, perché fondati nello *ius naturale*; i secondi atti processuali non obbligatori, perché fondati nello *ius civile* – messa a punto in forma teorica più oltre da papa Innocenzo IV, cfr. *supra*, in questo volume, il mio «*Periculis obviare et scandala remove*». *Note sul processo medioevale tra diritto e potere*, pp. 86-87.

¹⁹ Da qui si giustificano le differenze numeriche dei tempi processuali quali si osservano tra gli *ordines iudiciorum* che utilizzano la divisione temporale come criterio di suddivisione sistematica. Per maggiori dettagli si rinvia agli *ordines* citati da A. PÉREZ MARTÍN, *El ordo iudiciarius «Ad summariam notitiam»*, cit., pp. 244-253. Naturalmente la differenza numerica proposta dagli *ordines iudiciorum* è legata alla distinzione tra gli *acta causae* (atti processuali riguardanti la fattispecie controversa) e gli *acta iudicii* (atti indispensabili ed irrinunciabili perché riguardanti la corretta costituzione del negozio processuale), elaborata dalla dottrina medioevale (cfr. la nota precedente). La disciplina della decretale *Quoniam contra falsam* si riferisce agli *acta iudicii* (*universa iudicii acta*), ma alcuni *ordines iudiciorum* considerano i tempi processuali comprensivi degli *acta causae*. Da qui trae origine la differenza numerica. Da notare inoltre che l’*ordo* di Martino da Fano, a differenza degli altri *ordines* recettivi della suddivisione temporale del *iudicium*, considera l’esecuzione della sentenza come undicesimo tempo del processo. Ma la questione della classificazione della sentenza *de actis* non era pacifica, tanto che del dibattito su questo punto resta traccia ancora nel XV secolo nella *repetitio* di Lanfranco da Oriano alla decretale *Quoniam contra falsam*: cfr. ed. Coloniae Agrippinae, 1592, pp. 15-16.

bilire l'obbligatorietà della convocazione di un pubblico funzionario, o comunque di due soggetti idonei, che rediga per iscritto, complete di ogni circostanza, le fasi del processo, la decretale denomina espressamente le singole tappe attraverso cui l'*iter* si snoda, ed appronta così un elenco pari a nove, tuttavia aperto e suscettibile di essere allungato in ragione di eventuali altre occorrenze (*et cetera quae occurrerint*)²⁰. Quanto alla *ratio* di questa disciplina – esplicativa dell'elemento nuovo, denunciato nell'*incipit* dell'*Ordo* 'Ut nos minores' – il testo appare chiaro fin dall'inizio: la verbalizzazione degli *acta iudicii* risponde all'esigenza di evitare che l'*iniquitas* possa prevalere sull'*aequitas*, cioè che il giudice possa ingiustamente condannare il *litigator* innocente ma in difficoltà nel fornire la prova negativa di quanto asserito falsamente dal giudice stesso²¹. Già da qui si coglie il senso di novità con cui la decretale considera il tema dell'*aequitas*: non il tradizionale momento interpretativo messo in atto eccezionalmente per attenuare il *rigor iuris*, ma un vero e proprio obiettivo del processo che passa attraverso precise modalità di sviluppo dell'ordine del giudizio. In particolare la parte finale del testo decretalistico svela l'intensificarsi e il rinnovarsi della disciplina garantista per la quale da sempre gli *ordines iudiciorum* erano stati pensati²²:

[X 2.19.11] ...Et omnia sic conscripta partibus tribuantur ita, quod originalia penes scriptores remaneant, ut, si super processu iudicis fuerit

²⁰ Cfr. *supra*, n. 13. Peraltro, il numero dei tempi processuali presentato nella decretale *Quoniam contra falsam* non è chiaro, come osserva K.W. NÖRR, *Reihenfolgenprinzip, Terminsequenz und »Schriftlichkeit«*. *Bemerkungen zum römisch-kanonischen Zivilprozeß*, in *Zeitschrift für Zivilprozess*, 85 (1972), p. 162. Se si conteggiano gli *acta iudicii* intesi come *genus*, senza contare le *species* (*citationes et dilationes* etc.), si giunge a nove tempi processuali, come indicato *supra* nel testo. Ma la questione fu oggetto di interpretazione da parte della dottrina di *ius commune* e fu all'origine di differenti *styli palatii*, con importanti conseguenze anche circa l'ammissibilità delle eccezioni dilatorie: cfr. *ibid.*, pp. 162-169.

²¹ X 2.19.11: «Quoniam contra falsam assertionem iniqui iudicis innocens litigator quandoque non potest veram negationem probare, quum negantis factum per rerum naturam nulla sit directa probatio, ne falsitas veritati praeiudicet, aut iniquitas praevaleat aequitati, statuimus etc.». Il testo prosegue come riportato alla precedente nota 13.

²² Per la prima parte del testo cfr. *supra*, note 13 e 21.

suborta contentio, per hoc possit veritas declarari, quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur. Iudex autem, qui constitutionem ipsam neglexerit observare, si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur, nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis.

I verbali delle singole fasi processuali devono essere consegnati alle parti, in modo che, in caso di controversia sull’operato del giudice (*si super processu iudicis fuerit suborta contentio*) – se cioè questi sia accusato di aver ostacolato, con *falsa assertio*, l’emersione della *veritas* – sia possibile ad altri giudici *honesti et discreti* ricercare la verità per impedire la realizzazione di una lesione della giustizia (*per hoc possit veritas declarari, quatenus hoc adhibito moderamine sic honestis et discretis deferatur iudicibus, quod per improvidos et iniquos innocentium iustitia non laedatur*). Perciò, nel caso in cui sia posta in discussione la sollecitudine del giudice nella ricerca della verità, questi sarà sottoposto al giudizio di un superiore (*si propter eius negligentiam quid difficultatis emergerit, per superiorem iudicem animadversione debita castigetur*), il quale lo giudicherà non in base al principio della presunta correttezza dell’*officium iudicis*, ma della documentazione legittimamente prodotta nel processo (*nec pro ipsius praesumatur processu, nisi quatenus in causa legitimis constiterit documentis*); con la conseguenza che, in assenza di risultanze processuali scritte, tramite le quali poter escludere la negligenza e poter risalire alla veridicità dell’asserzione del giudice, essa sarà giudicata infondata perché non dimostrabile. Si deve evidenziare che la scrittura degli atti processuali, disposta in questa decretale, risponde a una duplice esigenza: costituisce cioè uno strumento di garanzia sia per le parti processuali, che potranno far emergere la verità conculcata dall’*officium iudicis* non diligentemente adempiuto, sia per il giudice accusato che, sempre attraverso la documentazione scritta delle fasi del giudizio, potrà dimostrare e difendere la correttezza della propria *assertio*²³. Come si può osservare, que-

²³ Ne sia prova quanto Baldo sostiene con riguardo al contrasto delle testimonianze, laddove il giudice «cum sua conscientia posset accedere ad alteram partem», cfr. F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione*

sta disposizione arricchisce la disciplina garantista elaborata dalla dottrina e depositata negli *ordines iudiciorum* medioevali, giacché non ha primariamente al centro, come questi ultimi, il problema dell'imperizia o della corruzione, studiate attraverso la figura dello *iudex qui litem suam facit*. La decretale *Quoniam contra falsam* si riferisce, puntualmente e soprattutto, ad un aspetto ulteriore e particolare dell'istituto: al caso specifico in cui, di fronte alla difficoltà di risalire alla verità storica dei fatti, lo *iudex* possa superficialmente (*improvidus*) e perciò iniquamente (*iniquus*) pervenire alla condanna dell'*innocens*²⁴. Straordinariamente significativo risulta, al riguardo, l'uso dei termini *honestus* e *discretus* contrapposti a *improvidus et iniquus*, riferiti al giudice che asserisce falsamente, per valutare le modalità con cui egli addiviene al giudizio finale: la rettitudine (*honestas*), la capacità di discernere (*discretio*) si oppongono all'imprudenza (*improvidentia*) e alla deficienza di ponderatezza (*iniquitas*), fonti di responsabilità perché raffi-

della sentenza nell'età del diritto comune classico, Milano, 1999 (Quaderni di "studi senesi", 89), pp. 122. In questo caso il giudice non ha alcun obbligo di *exprimere causam in sententia*, tutt'al più «*exprimit qualitatem probationum*». Il principio di 'non motivazione' della sentenza cui Baldo aderisce risulta supportato e garantito dalle prescrizioni fissate nella decretale *Quoniam contra falsam*, ovvero dalle fasi processuali precedenti la stesura del giudizio finale, acquisite agli atti nella forma scritta.

²⁴ Significativa, al riguardo, la spiegazione offerta nella glossa ordinaria al *Liber Extra*, dalla quale risulta la necessità di ricondurre all'istituto dello *iudex qui litem suam facit* il caso disciplinato dalla decretale innocenziana [X. 2.19.11] ad v. *Negligentiam*: «...*Iudex qui negligit iustitiam facere, litem facit suam*» (ed. Lugduni, 1559, col. 639). Dunque, non si può certo escludere che la funzione della pubblica persona chiamata in giudizio per redigere i verbali del processo sia quella di «costituire la garanzia che uno *iudex iniquus* non falsifichi l'attestazione di quel che avviene nel corso del procedimento e il suo esito», cfr. V. CRESCENZI, *L'ordine isonomico e il problema della struttura della prova: la prova per documenti*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *Alessandro Giuliani: l'esperienza giuridica fra logica ed etica*, Milano, 2012, pp. 407-408. Peraltro, il caso specifico disciplinato dalla decretale *Quoniam contra falsam* è quello della dichiarazione che il giudice falsamente asserisce non perché corrotto o imperito – ovvero, non perché egli falsifichi gli atti processuali – ma perché utilizza le proprie conoscenze private non sottoposte al contraddittorio probatorio, o perché pronuncia conclusioni cui giunge da se stesso frettolosamente, senza il dovuto supporto probatorio. Ad impedire tutto ciò la decretale introduce l'obbligo della scrittura pubblica: così che resti memoria dello svolgimento del processo e sia possibile ricostruire e dimostrare la carenza di fondatezza probatoria della *falsa assertio* del giudice.

guranti un comportamento inerte, trascurato e superficiale, così da avvalorare l’idea che l’*honestas* includa la *sollecitudo ut iudex*²⁵. Si tratta di tornare a considerare il vizio del convincimento del giudice, non soltanto, o non esattamente, dal lato dell’imperizia e della corruzione, temi largamente noti alla processualistica medioevale, ma dal punto di vista della volontà di addivenire alla giustizia del caso concreto con il porre in essere, obbligatoriamente, tutto ciò che è in suo potere: naturalmente *ut iudex*.

Con lo stabilire la redazione scritta degli atti processuali ineludibili, ed in particolare delle prove testimoniali, evidentemente la decretale *Quoniam contra falsam* contribuisce in modo decisivo all’affermazione di uno dei fondamenti del processo, ovvero del principio di risoluzione della controversia sulla sola base degli elementi dedotti in giudizio e validamente provati: essa tende cioè a disporre l’obbligatorietà della scrittura come strumento idoneo ad ammettere la prova contraria alla presunzione di legittimità di ogni atto posto in essere dal giudice²⁶: con il risultato di prevenire ed eventualmente punire quella che potremmo definire la ‘soggettività omissiva’ del giudice, ovvero l’asserzione, per giunta falsa, cui egli perviene senza aver raccolto e ponderato a sufficienza gli elementi probatori su cui poggia il suo dire. Trascuratezza e

²⁵ La relazione tra l’*honestas* e la *sollecitudo*, riferite all’*inquisitio veritatis* da parte del giudice, è tratteggiata da Oldrado da Ponte, cfr. K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozeß der Frühzeit: Iudex secundum allegata non secundum conscientiam iudicat*, München, 1967, pp. 88-89.

²⁶ La questione ricade nel tema generale della presunzione della giusta causa all’origine di ogni atto posto in essere dal *princeps*, tant’è che la glossa ordinaria al *Liber Extra* pone il problema di sapere se siffatto principio debba considerarsi ancora valido, [X 2.19.11] ad v. *Præsumatur*: «Sed nunquid correctæ sunt iura qua dicunt quod semper præsumitur pro iis quæ a iudice facta sunt, supra de ele., Bonæ (X 1.6.23), et supra de renun., In præsentia (X 1.9.6), et supra eo., Post cessionem (*rect. translationem*) (X 1.9.11), et infra de re iu., Sicut (X 2.27.16), et Insti., de fideius., § vlt. (*Inst.* 3.20.8), et II q. VI, Hoc etiam placuit (C.II q.6 c.37) ar.?» (ed. Lugduni, 1559, col. 639). La risposta del glossatore ordinario in favore dell’ammissibilità della prova contraria alla presunzione in questione è costruita sulla base della dottrina elaborata da Giovanni d’Andrea. La glossa dunque così prosegue: «Dixit Io. super hoc quod semper creditur sententiæ iudicis vbi constat de processu causæ, sed vbi revocatur in dubium de processu iudicis non est præsumendum pro iusto ordine nisi probetur per acta, nam et victores non aliter potentiuntur sententiis, nisi eas ostenderint recte latas...» (*ibid.*).

scarso impegno da parte dell'esaminatore comportano l'esclusione dal processo di quel prudente apprezzamento in cui si sostanzia l'*officium iudicis* e che è il fondamento del *iudicium*.

3. (segue) *Le esigenze di scientizzazione del processo*

Tutto ciò premesso, si comprende appieno la portata rivoluzionaria introdotta dalla decretale *Quoniam contra falsam* mediante la suddivisione del *iudicium* in fasi distinte: l'obbligatorietà del processo scritto risulta essere corollario funzionale agli *acta iudicii*. Questi ultimi appaiono tanto necessari e imprescindibili, per la validità della procedura, da richiedere la forma scritta. Si palesa, in questo modo, come le singole tappe della procedura, identificate e numerate, finiscano per costituire una sorta di 'istituti processuali', passibili ciascuno di valutazione separata: ciò che avviene, dal punto di vista teorico-dottrinale, nell'*Ordo* 'Ad summariam notitiam', il quale ha il pregio di avvalersi delle novità fissate dalla decretale *Quoniam contra falsam* per la costruzione retorica dell'*ordo iudiciorum*, di presentare cioè i temi tradizionalmente trattati in questo genere letterario, attraverso l'esposizione numerata dei tempi processuali. Così si spiega la ragione della circolazione di un certo numero di *ordines iudiciorum* – tra loro connessi e tra cui probabilmente l' 'Ad summariam notitiam' è il primo²⁷ – i quali recepiscono e diffondono in ambiente non soltanto dottrinale le nuove regole del giudizio. Risulta inoltre significativo che tal genere di *ordines*, improntati alla divisione dei *tempora iudicii*, non tengono conto dei soli *acta iudicii* denominati espressamente nella decretale innocenziana, ma dei tempi processuali tutti, e dunque anche della *litis contestatio* e, nel caso dell'*ordo* di Martino da Fano, della *executio sententiae* – assenti invece, queste, dall'elenco presentato nella decretale – ovvero degli elementi che più tardi papa Innocenzo IV classificherà come *acta causae*²⁸. Ciò a dimostrazione del fatto che, dopo la promulgazione della decretale *Quoniam contra falsam*, i *tempora iudicii* vengono recepiti dalla dottri-

²⁷ Cfr. *supra*, n. 5.

²⁸ Sul punto cfr. la precedente n. 18.

na come criteri di interpretazione e di elaborazione scientifica dell’intera materia processuale, giacché ciascuno di essi consente di ripercorrere e dunque di controllare la legittimità ma anche l’efficacia dell’*officium iudicis*.

Questo risultato permette di tornare alla questione da cui siamo partiti con qualche ulteriore consapevolezza: il ‘Tractatus de ordine iudiciorum’, in cui si recepisce la divisione temporale del processo, secondo l’impianto innocenziano, e il ‘Tractatus testimoniorum’, in cui Bartolo descrive minuziosamente il metodo di acquisizione in giudizio della prova testimoniale, si pongono in linea di continuità logica pressoché necessaria, tale da attrarre in Bartolo la paternità del primo di questi trattati. Per giunta, il testo dell’‘Haec sunt’, fatto circolare durante il sec. XVI, risulta particolarmente adatto agli indirizzi della letteratura umanistica. Messo a confronto con il più noto rimaneggiamento dell’*Ordo* ‘Ad summariam notitiam’, quello elaborato da Martino da Fano (1254-1264)²⁹, in cui abbondano le citazioni *utriusque iuris*, spicca nello pseudo-Bartolo l’assenza totale di allegazioni. Una assenza tanto sorprendente da apparire intenzionale perché in linea con la riflessione filosofica umanistica: «nullo librorum adiumento sed solo ingenio», argomenta l’Alberti³⁰, e *solo ingenio* risulta effettivamente concepito l’*ordo* pseudo-bartoliano di cui si serve il Sansovino. In questo intreccio testuale, quale risulta essere il *Dialogo della pratica della ragione*, si coglie tutto il nuovo spirito umanistico che si eleva sulle fondamenta della *traditio* medioevale. Proprio attraverso la presentazione in sequenza del ‘Tractatus de ordine iudiciorum’ con i trattati bartoliani sulla testimonianza e sul reggimento della *civitas*, il Sansovino risponde in modo originale all’esigenza nuova della scientizzazione del processo, acuitasi nel primo Umanesimo. La dottrina processualistica elaborata in forma monografica nell’*Ordo* ‘Haec sunt’, *alias* ‘Tractatus de ordine iudiciorum’, risulta perfettamente adeguata alla necessità di sistematizzazione della materia processuale, cui il Sansovino dedica attenzione specifica nel quadro più ampio del ruolo attivo riconosciuto al giurista

²⁹ Sull’*ordo* di Martino cfr. F. LIOTTA, s.v. *Del Cassero, Martino*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 36, Roma, 1988, p. 444a.

³⁰ Cfr. D. QUAGLIONI, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna, 2004, p. 98.

del suo tempo. A questo riguardo sembra necessario tornare a considerare il testo decretalistico innocenziano che è all'origine – secondo le linee appena esposte – dello sviluppo della letteratura processualistica successiva. La disciplina introdotta dalla decretale *Quoniam contra falsam* appare determinante non soltanto perché responsabile del nuovo impianto sistematico con cui sono concepiti gli *ordines iudiciorum* destinati ad avere risonanza anche nella dottrina di *ius commune* in lingua volgare³¹, e non soltanto perché pone al centro del giudizio la questione probatoria. Strettamente collegato a questi argomenti, per i quali la decretale *Quoniam contra falsam* ebbe larga eco³², v'è quello forse maggiormente problematico della riflessione sugli elementi interiori che accompagnano il giudice nell'assunzione delle prove in giudizio, per addivenire alla sentenza: una questione che la decretale affronta – come più sopra si è osservato – laddove biasima e condanna il giudice frettoloso, superficiale, imprudente; e che disciplina con l'opporre un modello dell'*officium iudicis* in verità assai prossimo alla rappresentazione umanistica del giurista *prudens activus*. Non sfugge come i concetti della *discretio* e della *providentia*, invocati nel testo innocenziano, esprimano compiutamente la declinazione giuridica della *prudentia*, e diano avvio ad un orientamento che sarà accolto e fissato definitivamente da san Tommaso³³:

³¹ Sul punto cfr. *supra*, n. 10.

³² L'*incipit* delle *repetitiones* alla decretale *Quoniam contra falsam* – studiate oltre, nel testo – è sempre volto a sottolineare la larga eco del testo innocenziano. Lanfranco da Oriano afferma: «Hæc decretalis est famosa et mea traditur materia seu doctrina utilis et quotidiana» (ed. Coloniae Agrippinae, 1592, p. 9). Similmente, Nicola Everardo così esordisce: «Ista decretalis, secundum omnes Doctores, re et fama notabilis est, et continet materiam non minus vtilem quam quotidianam et in praxi frequentissimam» (NICOLAUS EVERHARDUS, *Solemnis repetitio celeberrimi capituli, Quoniam contra falsam, Extra de probationibus*, Francofurti, 1618, p. 4a).

³³ S. TOMMASO, *Summa Theologiae*, IIa IIe, q. 64 a.6, Alba-Roma, 1961, p. 1365a. Sul punto fondamentali le osservazioni di W. DECOCK, *The Judge's Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness*, in G. MARTYN, A. MUSSON, H. PIHLAJAMÄKI (edd.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin, 2013 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 31), pp. 82-83.

Iudex, si scit aliquem esse innocentem qui falsis testibus convincitur, debet diligentius examinare testes, ut inveniatur occasio liberandi innocentium.

Di fronte a testimoni che il giudice sa essere falsi (*scit aliquem esse innocentem*), egli – pur non potendo impiegare la propria *scientia* privata perché vincolato al principio del *iudicare secundum allegata*³⁴ – deve peraltro condurre l’interrogatorio quanto più scrupolosamente possibile (*debet diligentius examinare testes*), così da far emergere la verità e permettere la liberazione dell’innocente, secondo i modi e le forme del diritto (*ut inveniatur occasio liberandi innocentium*). Evidentemente il pensiero teologico-giuridico medioevale è alla base dell’elaborazione della *prudentia activa* che trova inquadramento teorico nel ‘Tractatus testimoniorum’ di Bartolo, volgarizzato dal Sansovino. Un tema, questo, divenuto effettivamente centrale del pensiero giuridico umanistico³⁵ e che – suggeriscono le fonti di osservare – risultava fortemente sostenuto dalla *traditio*: innanzitutto dall’«ideale ciceroniano della congiunzione dell’*utilitas* e dell’*honestas*» destinato a «fondersi con la concezione del diritto naturale tipica della tradizione romano-canonica, attratta cioè nella sfera del diritto divino, secondo l’insegnamento che dalla canonistica graziana trapassa nella interpretazione civilistica del *Corpus iuris*»³⁶; e poi, dal diritto canonico di matrice decretalistica, in seno al quale la decretale *Quoniam contra falsam* aveva contribuito ad operare la sintesi dell’esperienza giuridica di *ius commune*. In buona sostanza, il testo innocenziano, nell’introdurre la procedura scritta affinché sia sempre possibile sottoporre a revisione la condotta del giudi-

³⁴ *Ibid.*, p. 1364b: «Sed quandoque cogitur aliquis secundum ordinem iustitiae occidere innocentem: puta cum iudex, qui debet secundum allegata iudicare, condemnat ad mortem eum quem scit innocentem, per falsos testes convictum». Sul punto cfr. anche la successiva n. 97.

³⁵ Un esempio, in tal senso, può essere colto in Guicciardini: «La *discrezione* del Guicciardini è la ragione pratica, il retto giudizio del giurista, che intende il proprio sapere come *sapientia* e *prudentia* e non come *scientia*, perché sa che la norma giuridica, non potendo disciplinare ogni aspetto particolare della realtà, necessita sempre dell’interpretazione e dell’interprete» (D. QUAGLIONI, *La giustizia*, cit., p. 118, *ivi* *bibl.*).

³⁶ Il tema è studiato, con riferimento a Leon Battista Alberti, da D. QUAGLIONI, *ibid.*, p. 102.

ce e scongiurare l'eventuale *falsa assertio* da questi pronunciata ma non supportata dalle risultanze processuali, tende ad 'oggettivare' l'esito della controversia, essa non giunge però fino al punto di estromettere dal processo la valutazione soggettiva necessariamente e inevitabilmente impiegata dal giudice in quanto organo giudicante; con il risultato finale di vincolare doppiamente l'*officium iudicis*: lo *iudex* deve attenersi a quanto emerge dagli atti processuali dei quali dovrà pertanto restare memoria scritta. Ma per far ciò egli deve innanzitutto soppesare gli elementi probatori – soprattutto quelli volti all'accertamento del fatto – non in modo sbrigativo e superficiale, bensì secondo quel prudente apprezzamento, finalizzato all'emersione della *veritas*, che il Sansovino rintraccerà, studiato e teorizzato in dettaglio, nel 'Tractatus testimoniorum' di Bartolo. L'*honestas*, la *discretio* e la *providentia* del testo innocenziano subiscono dunque un affinamento dottrinale di lungo corso, volto a fornire un profilo tecnico e circostanziato della *prudencia*, al fine di guidare la formazione del convincimento del giudice attraverso i binari sicuri di una speculazione scientifica astrattamente e preventivamente elaborata.

4. Spunti per una moderna teoria del processo nelle 'aggiunte' di Francesco Sansovino: la coscienza dell'esaminatore

A riprova dell'evoluzione, nella direzione appena esposta, del pensiero giuridico tra Medioevo e prima Modernità acquista rilievo un breve passaggio del *Dialogo* del Sansovino, dove la scelta terminologica compiuta per la volgarizzazione del testo bartoliano risulta non perfettamente aderente al lessico di partenza: si è di fronte non ad una mera traduzione, ma piuttosto ad una interpretazione originale, capace di sintetizzare compiutamente le linee di fondo con cui la dottrina del primo umanesimo giuridico italiano tratteggia la relazione, nel *iudicium*, tra cognizione e prova. Né si tratta semplicemente di un esempio secondario o di un elemento occasionale. L'argomentazione del Sansovino punta dritto al tema della coscienza dell'esaminatore, che costituisce idealmente il *trait d'union* fra la decretale innocenziana *Quoniam contra falsam* (X 2.19.11), l'*Ordo* 'Ad Summariam notitiam', il 'Tractatus de

ordine iudiciorum’ di Bartolo ed, infine, il *Dialogo* del Sansovino³⁷. Nel presentare il tema dell’esame dei testimoni, proprio nel punto in cui la volgarizzazione del ‘Tractatus de ordine iudiciorum’ cede il passo alla volgarizzazione del ‘Tractatus testimoniorum’, il Sansovino traduce liberamente Bartolo:

Bartolo, *Tractatus de ordine iudiciorum*³⁸

Hic annotandum est piissimum principem (*Dig.* 22.5.3.1) non in sola iudici potestate hec potuisse, sed ei quattuor consideranda iniunxit...

Sansovino, *Dialogo della pratica della ragione*³⁹

Voi potete vedere la licenza che concede il pio prencipe (*Dig.* 22.5.3.1) al giudice, rimettendo la credenza alla coscienza dell’esaminatore, onde noi dobbiamo considerare intorno i testimoni quattro cose...

Nel far leva sul passo del Digesto (*Dig.* 22.5.3.1)⁴⁰ in cui si fissano la *qualitas* della persona chiamata a testimoniare e i requisiti del detto del testimone, elementi che consentono di provare validamente, il ragionamento di Bartolo è volto a sottolineare come il potere del giudice di stabilire «quanta fides habenda sit testibus» (*Dig.* 22.5.3.1) sia in realtà limitato (*non in sola iudici potestate hec potuisse*) dalla presenza di alcuni dati oggettivi (*quattuor consideranda iniunxit* etc.), ricavati dall’allegazione romanistica che ne tratta in esteso. Ma il Sansovino non fa uso, nella forma volgarizzata, del termine *potestas* del *Tractatus* bartoliano, aderente peraltro quest’ultimo al «magis posse scire» riferito

³⁷ Che il Sansovino abbia presente l’obbligo imposto dalla decretale *Quoniam contra falsam* risulta chiaro nel passaggio del *Dialogo* in cui si fa riferimento proprio alla scrittura degli atti processuali: «Harete poi (volendo voi) la copia delle cose fatte» (ed. SARTORELLO, p. 110).

³⁸ Riporto il passo da L. SARTORELLO, *op. cit.*, p. 189.

³⁹ *Ibid.*, p. 121.

⁴⁰ *Dig.* 22.5.3.1: «Ideoque divus Hadrianus Vibio Varo legato provinciae Ciliciae rescripsit eum qui iudicat magis posse scire, quanta fides habenda sit testibus. verba epistulae haec sunt: ‘Tu magis scire potes, quanta fides habenda sit testibus, qui et cuius dignitatis et cuius existimationis sint, et qui simpliciter visi sint dicere, utrum unum eundemque meditatam sermonem attulerint an ad ea quae interrogaveras ex tempore verisimilia responderint».

allo *iudex* del testo giustiniano (*Dig. 22.5.3.1*). Egli esprime invece il concetto del limite al potere, esercitato dal giudice (*iudicis potestas*) nell'assunzione della prova testimoniale, con l'espressione nuova della coscienza dell'esaminatore (rimettendo la credenza alla coscienza dell'esaminatore) e, in questo modo, mostra di dar massimo rilievo alle disposizioni del rescritto dell'imperatore Adriano, richiamate poco oltre nel medesimo frammento del Digesto (*Dig. 22.5.3.2in fi.*), in cui si fissa il seguente criterio generale:

[*Dig. 22.5.3.2in fi.*] Hoc ergo solum tibi rescribere possum summam, non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere, sed ex sententia animi tui te aestimare oportere, quid aut credas aut parum probatum tibi opinaris.

Poco importa che questo passaggio del testo giustiniano, immediatamente successivo (§ 2 di *Dig. 22.5.3*) rispetto a quello allegato da Bartolo (§ 1 di *Dig. 22.5.3*), non sia citato puntualmente ed in esteso dal Sansovino. Egli in realtà, nel rimettere l'apprezzamento della testimonianza alla coscienza del giudice, richiama evidentemente la *sententia animi* indicata per l'appunto in *Dig. 22.5.3.2in fi.* In questo modo, con il chiarire cioè che la *potestas iudicis* del testo bartoliano poggia sulla coscienza dell'esaminatore, nel *Dialogo* si finisce per dare rilievo all'interiorizzazione del giudizio (*animus*) che significa non già arbitrarietà personale, ma convincimento responsabile in cui riposa la valutazione giuridica dell'efficacia degli elementi probatori da parte del potere giudicante. Del giudice si sottolinea principalmente quell'*animus* che nel linguaggio del Sansovino diviene coscienza; ovvero, diremo noi, giudizio, persuasione circa la credibilità e la probabilità delle allegazioni, cui lo *iudex* può e deve giungere attraverso l'impiego scrupoloso di tutti gli strumenti forniti dal diritto e secondo i dettami del diritto. La rilevanza dell'impiego dell'espressione 'coscienza dell'esaminatore' non è sminuita, nel *Dialogo*, dall'osservazione che essa non rappresenta una locuzione autentica del Sansovino. Oltre tre secoli prima il canonista Alano Anglico, commentatore del *dictum Gratiani* in cui il medesi-

mo passaggio del Digesto (*Dig. 22.5.3.2 in fi.*) veniva ripetuto⁴¹, afferma espressamente che il giudice «non iudicabit secundum allegata, set secundum conscientiam»⁴²: un principio che Alano non intende opposto a quell’altro, di matrice ambrosiana, del *iudicare secundum allegata et probata*, ma correttivo di quest’ultimo, laddove l’impiego rigido di esso possa causare effetti devianti la giustizia⁴³. Vero è invece che il Sansovino coglie con prontezza e contribuisce a diffondere in volgare il concetto della ‘coscienza’ su cui la dottrina medioevale aveva lavorato a lungo. Benché il giudice non possa far uso delle proprie conoscenze private e non possa abbandonare il proprio convincimento a stravaganze personali, egli è però obbligato a soppesare onestamente e diligentemente l’effettiva pienezza probatoria delle allegazioni delle parti⁴⁴, deve eventualmente promuovere il reperimento di ulteriori elementi di prova, deve comparare le risultanze processuali complessive: proprio in questa direzione si erano concentrati gli sforzi della dottrina di *ius commune*, fino a prospettare un insegnamento condiviso e consolidato⁴⁵. In buona sostanza, la lezione medioevale sulla coscienza del giudice, della quale Bartolo è tra i maggiori esponenti, risponde all’esigenza di sfuggire ai tecnicismi discendenti da una gerarchia probatoria preventivamente fissata e tendenti perciò a ricostruire una verità processuale molto lontana o addirittura opposta rispetto alla verità storica; al

⁴¹ C.IV q.2 et 3 c.3 (§ 28). Questo che il Friedberg presenta come c.3 è un *dictum* in cui Graziano utilizza, spesso parafrasando, molteplici passi del *Corpus* giustiniano per esporre la dottrina sulla testimonianza giudiziale.

⁴² Il passo è edito e commentato da A. PADOA-SCHIOPPA, *Sur la conscience du juge dans le ius commune europeén*, in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris, 1999, p. 104.

⁴³ Cfr., in questo senso e con ulteriori argomentazioni, *ibid.*, pp. 104-105.

⁴⁴ Per l’appunto Graziano, in C.IV q.2-3 c.3*pr.* a proposito delle testimonianze divergenti, così aveva argomentato: «Si uero ex his quidam eorum aliud dixerunt, licet inpari numero, credendum est, quod naturae negotii conuenit, et quod inimicitiae aut gratiae suspicione caret, confirmabitque iudex motum animi sui ex argumentis et testimoniis, que rei aptiora esse conpererit».

⁴⁵ Il tema, frequentemente affrontato dai *doctores* medioevali attraverso l’interrogativo «an iudex possit supplere» è ampiamente studiato da K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters*, cit., pp. 86-99. Per le elaborazioni dei sec. XV-XVI cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna, 2003 (Collezione di testi e di studi. Diritto), pp. 277-280.

contrario, rimette al giudice la creazione della gerarchia tra le prove in ogni singolo giudizio. Se è vero che il passo del Digesto appena considerato (*Dig.* 22.5.3.2) respinge l'apprezzamento delle prove in chiave gerarchica⁴⁶ (*non utique ad unam probationis speciem cognitionem statim alligari debere*), è altrettanto certo, d'altra parte, che l'impianto giustiniano, fissato nel Digesto – e più largamente disciplinato nella *Nov.* 90 – espone nel dettaglio i modi e le circostanze, le regole attraverso le quali l'*officium iudicis* deve procedere nell'*inquisitio veritatis*. Pertanto il giudice ha l'obbligo di sforzarsi nell'individuazione degli elementi probatori di maggior forza, in relazione alla *qualitas* della causa sottoposta al suo giudizio giacché l'*officium iudicis* rappresenta il termine di confronto nella dialettica aperta dall'abilità delle parti e dei difensori nella rappresentazione della verità provata: con questo significato sembra da intendersi la famigerata definizione medioevale del processo come *actus trium personarum*. Se a tutto ciò si aggiungono le disposizioni della decretale *Quoniam contra falsam*, ossia l'obbligo della redazione scritta degli atti processuali, si può concludere che la coscienza dell'esaminatore elaborata dalla dottrina medioevale, e reimpiiegata dal Sansovino nel sec. XVI, rinvii ad una gerarchia probatoria flessibile: flessibile perché stabilita non *a priori* dalla legge ma dal giudice volta a volta, caso per caso, ancorché sotto la guida delle indicazioni dettagliate fissate dalla dottrina giuridica⁴⁷.

⁴⁶ In questo senso cfr. L. FOWLER-MAGERL, *Ordines iudicarii and Libelli de ordine iudiciorum (From the Middle of the Twelfth to the End of the fifteenth Century)*, Turnhout, 1994 (Typologie des sources du Moyen Âge Occidental, 63), p. 45. Qui è posto in rilievo che, proprio a partire dal sec. XIII con la ricomparsa della figura del notaio, il documento scritto acquista importanza in ambito processuale. A ciò risalirebbe – secondo l'A. – l'origine dell'elaborazione della gerarchia delle prove, con il documento scritto in posizione antecedente alla testimonianza, e si introdurrebbe così un sistema nuovo rispetto a quello fondato sull'«evidence», disciplinato in *Dig.* 22.5.3.2. Tuttavia a ciò si aggiungano le considerazioni esposte sopra nel testo circa la *prudentia*, elemento che guida, limita, regola l'*evidence* di matrice romanistica.

⁴⁷ Ad esempio, sulla scorta del 'Tractatus testimoniorum' di Bartolo, il Sansovino chiarisce le differenti esigenze che si richiedono a seconda che ad esser provato sia il fatto o il diritto: «Ben sapete, perché si come egli pruova il detto senza esser addomandato della ragione, così è sufficiente la ragione senza domandargli le circostanze di quella. Et questa prescrizione che voi dite, s'intende quella nella quale non si ricerca il

Alla luce di queste considerazioni, si dimostra come il Sansovino a buon diritto si serva, proprio in apertura del *Dialogo*, di un *ordo* – l’‘Haec sunt’ dello pseudo-Bartolo – composto sulla base della decretale *Quoniam contra falsam*, dunque sulla base dei principi dell’*honestas*, della *discretio*, della *providentia*, sviluppati nel ‘Tractatus testimoniorum’ e nel ‘Tractatus de regimine civitatis’ e perciò volgarizzati, questi ultimi, in logica sequenza rispetto al primo⁴⁸. Nella decretale si esalta il principio dell’*aequitas iudicis*: un principio di ordine giuridico che il Sansovino riconosce fondamentale per la formazione di quell’altro elemento avviato a profilarsi sul piano giuridico – attraverso la formalizzazione scritta della procedura – che è l’impiego della coscienza del giudice, ovvero la solerzia nel soppesare gli elementi probatori. C’è dunque un filo conduttore sia nella scelta delle fonti da volgarizzare, sia nei *verba* con i quali il Sansovino recepisce la tradizione. Tutto risulta in linea con il *facere fidem iudici*, ossia con la dialettica aristotelica del probabile che giustificava dal punto di vista metodologico e filosofico l’intuizione del *probo a probe*, su cui la dottrina di Bartolo si era rivelata innovativa rispetto alle elaborazioni della scuola della glossa: la «rei dubiae per argumenta ostensio» che, secondo Azone, definisce il concetto di prova, viene considerata nella dottrina di Bartolo in senso pieno, non cioè con riferimento alle sole argomentazioni logiche: «ostensio ista dicitur fieri quando animus iudicis ad fidem et credulitatem deducitur»⁴⁹. Dalla prova argomentativa utilizzata «entre doute et certitude, entre logique et persuasion»⁵⁰ scaturisce – secondo Bartolo – la capacità del testimone di convincere l’esaminatore; o meglio – si osservi – di persuadere l’*animus iudicis*: ciò che ripresenta la figura della

titolo; et così perché egli mi vedde possedere, senza troppo gran discorso, si comprende che io son padrone. Ma se si ricerca del titolo, tal testimon non basta se non rendessi però si sofficente ragion del titolo che fosse a bastanza, et questo diviene perché il titolo è un certo che, separato dal possedere» (ed. SARTORELLO, p. 124).

⁴⁸ Sul punto cfr. il precedente § 1.

⁴⁹ D. QUAGLIONI, «*Facere fidem iudici*». *Les juristes médiévaux et la preuve par témoins (XIII^e- XIV^e siècle)*, in B. DURAND (ed.), *Ars Persuasionis: Entre doute et certitude*, Berlin, 2012 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 30), pp. 34-37; ID., «*Probo a probe*». *Prova e controversia: dall’ordo iudiciarius al processo*, in F. CERRONE, G. REPETTO (a cura di), *op. cit.*, pp. 545-550.

⁵⁰ D. QUAGLIONI, «*Facere fidem iudici*», cit., p. 33.

sententia animi, citata nel passo del *Digestum Vetus* al quale è ispirata la riflessione del Sansovino. Come a completare, idealmente, questa elaborazione dottrinale, riguardante la capacità del testimone di argomentare e provare, il *Dialogo* approfondisce il tema della prova dal lato del destinatario dell'argomentazione, cioè dal lato dell'esaminatore: il convincimento del giudice è perseguito grazie all'impiego di regole che indirizzano la valutazione della *qualitas* del testimone e soprattutto il corretto apprezzamento del 'detto del testimone', al fine di approssimarsi scientificamente alla prova della verità, elemento centrale verso cui tendere per evitare il diniego di giustizia. Perciò, il principio della responsabilità del giudice, valutata secondo coscienza, ha ad oggetto il discernimento corretto perché compiuto nelle forme e con l'intensità di una 'consapevolezza professionale'⁵¹. Proprio le conclusioni cui il giudice deve pervenire nel valutare il 'detto del testimone' – conclusioni diverse in relazione alla qualità della *veritas* fattuale da accertare, ossia diverse in relazione alla *causa scientiae* riferita dal testimone – avevano ricevuto un approfondimento dettagliato nel 'Tractatus testimoniorum' di Bartolo, tanto da risultare una vera esposizione di tecnica forense.

Così il Sansovino, sulla scorta dei trattati bartoliani, opera un autentico tentativo di scientizzazione della materia processuale, tendente a sospingere l'*ordo iudiciorum* medioevale verso l'idea del *processus*: non perché intenda rompere l'ordine isonomico tipico del primo, secondo l'espressione più volte ripetuta da Alessandro Giuliani; ma perché eleva quell'ordine a sistema processuale giusto.

⁵¹ Anche per questo aspetto il Sansovino è continuatore della tradizione medioevale. In particolare egli sembra in linea con una intuizione che si era affacciata con l'Ostiense, il quale aveva distinto tra la *conscientia humana* e la *conscientia judicialis*: «donc une conscience 'judiciaire', c'est-à-dire une conscience spéciale, propre au juge, professionnelle en quelque sorte, qui définit plus précisément ses devoirs» (cfr. J.-M. CARBASSE, *Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales*, in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *op. cit.*, pp. 75-76 e bibl. *ivi cit.*)

5. Il problema della coscienza del giudice nella *Repetitio* di Nicola Everardo alla decretale *Quoniam contra falsam*

Nel *Dialogo*, il problema della coscienza dell’esaminatore si colloca nel quadro di un genere di responsabilità giuridica che ha introiettato l’elemento etico. In essa si concretizza il convincimento cui il giudice perviene in seguito a prudente apprezzamento, cioè a dire con tutta la sollecitudine – *honestas, discretio, providentia*, recitava la decretale *Quoniam contra falsam*, scaturigine della lezione bartoliana volgarizzata dal Sansovino – necessaria per il soddisfacimento della giustizia, ovvero⁵²:

...con la pratica d’adattar le cose universali alle particolari; et con ottima ragione, perché s’egli operasse a caso non tendendo a buon fine, non sarebbe prudente, ma piuttosto harebbe habito vitioso et cattivo... Dopo si ricerca l’acquisto d’essa cognizione, la quale alcune volte procede dalla dottrina... Alle volte procede dall’invenzion sperimentata... Terzo si ricerca la forza della cognizione, cioè che le cose accidentali s’adattino con ottima ragione, et a questo si ricercan 3 cose... Et in queste cose bisogna o l’esperienza da sé, o l’insegnar d’una terza persona. Et da questa l’huomo si chiama prudente, provido e cauto.

Il fine, il buon fine cui deve tendere l’*officium iudicis* nella valutazione della prova obbliga il giudice a mettere in campo tutto ciò che è in suo potere per l’emersione della verità. In definitiva, la ‘coscienza’ del *Dialogo* del Sansovino risponde ad una esigenza di ‘scientizzazione’ che sintetizza la tradizione e la ripresenta secondo un linguaggio avviatosi a divenire tecnico forense, frutto non di formalismo praticistico ma di dottrina. Le novità introdotte dalla decretale *Quoniam contra falsam*, ovvero la scansione dei tempi processuali e l’obbligatorietà della scrittura degli atti processuali, così come recepite nel ‘*Tractatus de ordine iudiciorum*’ volgarizzato dal Sansovino, ben si attagliano alla trattatistica bartoliana, ugualmente volgarizzata dal Sansovino, dedicata alla *prudentia*. L’insegnamento di Bartolo sulla *prudentia* sorregge la disciplina dell’*officium iudicis* soprattutto nel momento della formazione della prova. Così, la coscienza del giudice evocata nel *Dialogo*, lun-

⁵² FRANCESCO SANSOVINO, *Dialogo*, cit., ed. SARTORELLO, pp. 148-149.

gi dal rappresentare il libero arbitrio come potrebbe apparire ad una lettura superficiale, evoca piuttosto l'*arbitrium*, il convincimento prudente, ovvero solerte, diligente e ponderato, prodromico della giusta sentenza.

Tuttavia, agli esordi della modernità, v'è un gran parlar di 'coscienza'. Soprattutto, le note trasformazioni introdotte dalla teologia protestante con l'impiego della coscienza individuale nella lettura dello *ius naturale*, danno avvio ad un'interpretazione polisemica della *conscientia*⁵³, termine basilare per lo sviluppo di molte e differenti argomentazioni nell'ambito di quella trasformazione del pensiero giuridico che Harold J. Berman non ha esitato a definire 'rivoluzione'⁵⁴. Ed è contro i pericoli della 'sovranità della coscienza' protestante che nelle elaborazioni dello *ius commune* tradizionale matura la difesa del giudizio reso *secundum allegata et probata et non secundum conscientiam*. Tant'è che la medesima decretale innocenziana, fin qui considerata per gli sviluppi dottrinali destinati ad approdare alla valutazione in positivo della coscienza, come evidenziato nel *Dialogo* del Sansovino, fino al punto di diffondere il principio dell'affidamento delle prove alla coscienza dell'esaminatore, risulta ispiratrice di soluzioni diverse e persino opposte rispetto a quelle finora studiate.

A suggerire di approfondire questo aspetto ulteriore della questione interviene una delle *repetitiones* di cui fu corredata la decretale *Quoniam contra falsam*, durante la prima metà del sec. XVI. L'autore, Nicola Everardo *senior* (1495-1570), desta particolare interesse perché professore di diritto canonico ed assessore del *Reichskammergericht*⁵⁵.

⁵³ Si deve osservare con A. PADOA-SCHIOPPA, *Sur la conscience du juge*, cit., pp. 105-112 che la polisemia del termine *conscientia* è insita innanzitutto nelle fonti giustiniane ed è conservata e sviluppata anche nelle fonti medioevali.

⁵⁴ Cfr. H.J. BERMAN, *Diritto e rivoluzione, II: L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, trad. it. di D. QUAGLIONI, Bologna, 2010.

⁵⁵ Nella seconda metà del sec. XIX T. MUTHER, s.v. *Everhardus: Nicolaus E. oder Everardi (II)*, in *Allgemeine Deutsche Biographie*, VI, Leipzig, 1877, pp. 435-436 attribuì la *repetitio* in questione a Niccolò Everardo *senior* di Amsterdam, da non confondere con quell'altro più noto Niccolò Everardo di Middelburg, attivo in ambiente protestante. Nel 1535 Nicola Everardo è assessore al posto di Mathias Alber, cfr. G. DOLEZALEK, *Die Assessoren des Reichskammergerichts und der Nürnberger Religionsfriede vom 23. Juli 1532*, in G. DILCHER, B. DIESTELKAMP (hrsgg.), *Recht, Gericht, Genossen-*

Contemporaneo del Sansovino, egli impiega il testo innocenziano per teorizzare espressamente il divieto imposto al giudice di giudicare secondo coscienza. Proprio nelle prime battute della *repetitio* si legge un passaggio che non lascia spazio al dubbio⁵⁶:

...Et ideo in Camerae Imperialis iudicij parte I cap. 13 (*Imperialis Iudicii Camerae Constitutio et Ordinatio a Divo Carolo V Imperatore et D. Ferdinando I*, sub Tit. 13: *De Assessorum officio in consilio*) diserte cauetur quod assessores non debeant dicere sententias secundum conscientias eorum, sed secundum dictamen legum et iustitiam a iure scripto informatam.

L’obbligo della scrittura degli atti processuali, stabilito dalla decretale, non risulta in realtà commentato dall’Everardo. Interessato piuttosto al problema della *falsa assertio* con cui si apre il testo innocenziano, egli sottolinea che i giudici non devono pronunciare la sentenza *secundum conscientias eorum*, devono invece attenersi al dettato delle leggi e perseguire la giustizia secondo il diritto scritto (*secundum dictamen legum et iustitiam a iure scripto informatam*). In questo quadro, la coscienza dell’esaminatore è riprovata e respinta (*assessores non debeant dicere sententias secundum conscientias eorum*). Quanto dunque rileva, nel confronto con l’idea della coscienza presentata dal Sansovino, è proprio la diversa prospettiva con cui la medesima decretale, la *Quoniam contra falsam*, viene utilizzata dall’Everardo. Innanzitutto perché quest’ultimo, a differenza del primo, ragiona sulla coscienza del giudice che esprime la sentenza, non del giudice che valuta le prove. Ma soprattutto perché – come già si è osservato – il problema dell’Everardo non sembra essere quello principalmente affrontato nella decretale, ovvero l’obbligo della scrittura degli atti processuali. La questione si sposta piuttosto verso l’obbligo di giudicare sulla base esclusiva del

schaft un Policey. Studien zu Grundbegriffen der germanistischen Rechtshistorie, Berlin, 1986, p. 88.

⁵⁶ NICOLAUS EVERHARDUS, *Solemnis repetitio*, cit., ed. Francofurti, 1618, p. 4b (sub n. 3: ‘Assessores Camerae non secundum conscientias suas sed iuxta dictamenlegum iudicant’). Come riferisce T. Muther (*op. cit.*, p. 436), questa, curata da Justus Zinzerlin, fu la prima edizione a stampa della *repetitio*.

diritto scritto. Ma con quale significato l'Autore della *repetitio* invoca la soggezione del giudizio alle *leges* e allo *ius scriptum*?

Il problema evidentemente si pone non tanto con riguardo alle leggi (*secundum leges*) quanto con riguardo all'ermetico rinvio alla giustizia scaturente dal diritto scritto (*secundum... iustitiam a iure scripto informatam*): in cosa consiste lo *ius scriptum* citato di seguito alle *leges*? A far luce sulla questione risulta decisiva l'*auctoritas* d'appoggio allegata dall'Everardo che, arricchitosi dell'esperienza di assessore del *Reichskammergericht*⁵⁷, cita la *Constitutio (in Camerae Imperialis iudicij parte I cap. 13 diserte cauetur quod etc.)* con cui l'imperatore Carlo V, nel 1548, riforma la disciplina del Tribunale⁵⁸. In essa è così stabilito⁵⁹:

Assessores Camerae Iudicii nostri nulla in causa quantumlibet exigua tantum arbitrato suo, aut meditata singulorum æquitate, aut priuata seu propria intentione, et non Iuri consona conformique informata conscientia, quin potius secundum commune ius Imperii, patriaeque seu ditionis ordinationes, constitutiones, statuta ac honestas consuetudines principatum, ditionum et Iudiciorum (cum proponuntur), quemadmodum ex antiquo quouis tempore Camerae Iudici et Assessoribus iniunctum, atque obseruatum fuit, ui ac præscripto iuramenti sui, quod infra ponetur, sentencias concipere ac promulgare tenentur.

In questa ordinanza il termine *conscientia* è legato allo *ius*: «iuri consona conformique informata conscientia»: una coscienza 'giuridica' (*iuri consona*), cioè scaturente (*informata*) non dall'opinione soggettiva

⁵⁷ La *constitutio* carolina data 1548 e l'Everardo risulta essere Assessore al *Reichskammergericht* nel 1535 (cfr. la precedente nota 55). Da qui si deduce che la *repetitio* alla decretale qui studiata sia stata composta quando l'Everardo aveva lasciato la carica da oltre dieci anni.

⁵⁸ Sulle riforme del *Reichskammergericht* intervenute tra il 1548 e il 1555 e sulla traduzione latina dell'ordinanza del 1548 ad opera di Justinus Gobler cfr. M. STOLLEIS, *Storia del diritto pubblico in Germania, I: Pubblicità dell'Impero e scienza di polizia 1600-1800*, trad. it. di C. RICCA, Milano, 2008 (Per la storia del pensiero giuridico moderno, 79), pp. 136-138.

⁵⁹ *Imperialis Iudicii Camerae Constitutio et Ordinatio a Divo Carolo V Imperatore et D. Ferdinando I*, sub Tit. 13: *De Assessorum officio in consilio*, ed. Augustae Vindelicorum, 1548, pp. 26-27.

e perciò insindacabile, né dall’esercizio di poteri equitativi suggeriti da criteri di benevolenza per i singoli (*arbitratu suo, aut meditata singulorum aequitate, aut priuata seu propria intentione*) – quei poteri che nella decretale *Quoniam contra falsam* erano stati considerati, come si è osservato più sopra, dal lato della *falsa assertio* – scaturente invece dalle risultanze giuridiche oggettive. Dirimente, per la comprensione di simile affermazione, è la serie dettagliata degli *iura* elencati nella costituzione carolina appena letta: innanzitutto lo *ius commune* imperiale, e poi il diritto patrio contenuto nelle ordinanze, nelle costituzioni, negli statuti e nelle consuetudini dei principati, infine nelle sentenze giudiziali del tribunale imperiale: si potrebbe concludere, con una sola espressione, che sia qui evocato complessivamente il diritto scritto e consuetudinario depositato nell’esperienza di *ius commune* del sec. XVI e considerato come ‘*scriptura approbata*’⁶⁰. Non può sfuggire, del resto, che l’espressione «iuri consona conformique informata conscientia», impiegata nel testo carolino, è la ripetizione di un principio di scuola messo a punto e frequentemente utilizzato dalla scienza giuridica medioevale in età matura, ancorché sulla base della dottrina risalente ai glossatori, per chiarire che il giudice deve formare il proprio convincimento (*conscientia*) sulla base delle risultanze processuali⁶¹. Si può cogliere un esempio significativo di questo, che configura un postulato vincolante per l’*officium iudicis*, in un passaggio di Pietro Bellapertica (1250-1308) così concepito⁶²:

...sic distinguitur: quia aut ille iudex habet conscientiam lege informatam, quia etiam ex allegatis et probatione testium, et tunc dico quod iudex potest et debet secundum suam conscientiam sic

⁶⁰ Sulla gradualità di applicazione dei differenti *iura*, da parte dei giudici del *Reichskammergericht*, cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all’età contemporanea*, Bologna, 2007, p. 297.

⁶¹ Si vedano i passi di Pietro Bellapertica (*ille iudex habet conscientiam lege informatam*) e di Cino da Pistoia (*aut queritur, nunquid possit iudicare secundum conscientiam non informatam a lege, ut predixi, et tunc non potest*) trascritti da K.W. NÖRR, *Zur Stellung des Richters*, cit., pp. 87 n. 7, 90.

⁶² Cfr. *ibid.*, p. 87 n. 7. Il Bellapertica prosegue il ragionamento con riguardo al tema della coscienza del *princeps iudex*, il quale è *supra legem* e dunque in grado di sfuggire ai limiti cui invece è sottoposta la coscienza del giudice *sub lege*.

informatam iudicare... aut iudex non habet conscientiam lege informatam. et hic subdistinguitur: quia aut hoc est notum iudici ut priuato, aut est notum iudici ut iudici, ut quia coram ipso proponebantur exceptiones. si autem iudici ut priuato, tunc non debet secundum conscientiam suam iudicare. si autem iudici ut iudici, tunc dico: potest...

Ai nostri fini, lasciata da parte la questione ulteriore rispetto a quella qui studiata del divieto per il giudice di impiegare le proprie conoscenze private – la quale rinvia ad una *conscientia non lege informatata* (*iudex non habet conscientiam lege informatam. et hic subdistinguitur: quia aut hoc est notum iudici ut priuato* etc.) – è necessario porre l'attenzione sul caso opposto, quello della *conscientia lege informatata* della quale il Bellapertica offre una esemplificazione concreta particolarmente significativa e decisiva⁶³. Egli non si limita a citare le prove allegate dalle parti (*iudex habet conscientiam lege informatam, quia etiam ex allegatis et probatione testium*) ma fa riferimento anche alle risultanze processuali derivanti dall'accoglimento o dal rigetto delle *exceptiones*: «hoc est notum iudici... ut iudici, ut quia coram ipso proponebantur exceptiones»: le *exceptiones* per le quali, si ricorderà, la decretale *Quoniam contra falsam* aveva imposto la forma scritta. In conclusione, appare chiaro che le risultanze processuali scaturenti dall'*iter* tutto intero conducono alla giusta sentenza. Pertanto la coscienza del giudice viene apprezzata in relazione alla sollecitudine e allo scrupolo con cui questi condurrà il processo. Tenuto conto che la medesima lezione è seguita dal Panormitano (1386-1445), attraverso il cui tramite giunge anche all'Everardo⁶⁴, si deve concludere che il principio dell'accertamento della *veritas*, non soltanto attraverso le prove ma anche mediante l'attento accoglimento o rigetto delle azioni-eccezioni processuali, appare consolidato nella dottrina di *ius commune* a cavaliere tra XIV e XV secolo⁶⁵. In buona sostanza, proprio l'insieme delle valutazioni de-

⁶³ Un esempio ulteriore e significativo si coglie in Cino da Pistoia, cfr. *ibid.*, p. 90.

⁶⁴ Per il Panormitano cfr. *infra*, n. 100; e per l'Everardo cfr. *infra* nel testo, § 6.

⁶⁵ Non è fuor di luogo menzionare, al riguardo, anche il *Capitulum Detestantes*, emanato nel 1320 da Carlo D'Angiò, recepito nella Prammatica *Dispendia litium* promulgata dall'imperatore Carlo V nel 1477, citato infine da Roberto Maranta nello *Speculum aureum*. Il testo è destinato al Regno di Napoli ed ai procedimenti sommari

gli atti processuali dà corpo all’impostazione data da ciascun giudice al processo, soprattutto laddove vi sia un comportamento omissivo, e rende necessaria la garanzia della scrittura⁶⁶.

6. *Le rationes iure probatae e l’ordinanza di riforma del Reichskammergericht del 1548*

Ecco dunque che lo *ius scriptum* evocato dalla *constitutio* carolina più sopra esaminata, ed impiegato per determinare *quomodo et quando* la coscienza del giudice possa essere considerata «iuri consona confor-

qui divenuti, al tempo del Maranta, il *modus procedendi* di tutte le cause civili. In esso è ammessa la possibilità di rigettare le eccezioni con le quali siano sollevati ‘ad arte’ vizi formali di procedura, cfr. *supra*, in questo volume, il mio *L’interpretatio tardomedievale tra centralizzazione e autonomia*, pp. 112-113: in ciò si riconosce la sintonia della legislazione e della dottrina di *ius commune* elaborata per dar forza al potere del giudice di condurre il processo verso la *veritas*, mediante valutazioni che si presentano al tempo stesso oggettive e soggettive: oggettive perché dettate dall’esigenza di garantire il giusto processo, soggettive perché dipendenti dal modo in cui lo *iudex* interpreta il proprio *officium*.

⁶⁶ Lanfranco da Oriano, autore anch’egli di una *repetitio* alla decretale *Quoniam contra falsam*, esprime sinteticamente quanto si è venuti finora dicendo *supra* nel testo: «Nam ideo acta scribuntur vt veritas habeat locum et falsitas aboleatur, cum in iudicijs debeat esse veritati locus, vt l. fin., ff. de probatio. (Dig. 22.3.29)» (ed. Coloniae Agrippinae, 1592, p. 9, sub n. 1). Lanfranco, sottolinea il significato essenziale della scrittura degli atti processuali e ne tratteggia la *ratio* intrinseca: l’insieme delle risultanze processuali scritte, elementi probatori compresi, ma non esclusivi (*acta scribuntur*), concorre all’accertamento della *veritas* (*veritas habeat locum*) e alla eliminazione della *falsitas* (*falsitas aboleatur*). La *repetitio* del Lanfranco compare sotto il titolo di *Practica iudiciaria* in una serie di edizioni cinquecentesche a seguito di un processo di falsificazioni studiato da D. MAFFEI, *Giuristi medievali e falsificazioni editoriali del primo Cinquecento. Iacopo da Belviso in Provenza?*, Frankfurt am Main, 1979 (Ius Commune, Sonderhefte 10), pp. 26-29. Il Maffei chiarisce bene come il titolo di *Practica*, opera che il Lanfranco «non si era mai sognato di comporre» (cfr. *ibid.*, p. 27), rispondesse in realtà ad esigenze di natura editoriale commerciale. Resta peraltro a noi da apprezzare l’intelligenza della falsificazione editoriale, pronta e sollecita nella percezione della qualità intrinseca del testo che, sostenuto dalla decretale *Quoniam contra falsam* – sulla cui importanza ai fini dell’espletamento del processo si è insistito sopra, nel testo – configura di fatto il genere letterario della *practica*.

mique informata», nel far tesoro della dottrina medioevale offre alla nostra osservazione un duplice risultato: innanzitutto si ha chiara l'idea che lo *ius scriptum*, ulteriore rispetto alle *leges* e alle fonti di *ius commune*, è comprensivo degli *acta iudicii*: questi, una volta acquisiti in giudizio secondo il contenuto di merito fissato per scritto e con la rilevanza processuale determinata dal giudice, divengono fonte esclusiva per la risoluzione del *iudicium*. La scrittura degli *acta iudicii* ed in special modo delle prove fa sì che il processo venga formalizzato in una serie di documenti vincolanti per il giudice e per le parti tanto quanto le *leges*⁶⁷. Conseguentemente la coscienza del giudice, così formata, risulta pienamente in linea con il principio '*secundum allegata et probata*'⁶⁸. Si è ormai raggiunta l'idea della 'scientizzazione' della

⁶⁷ Da qui scaturisce il problema della corretta verbalizzazione, ovvero della corrispondenza tra 'scritto e orale', problema studiato – proprio a partire dalla decretale *Quoniam contra falsam* – da TH. WETZSTEIN, *Prozeßachriftgut im Mittelalter – einführende Überlegungen*, in *Als die Welt in die Akten kam*, cit., pp. 1-27. Nell'ambito del processo penale la medesima questione è studiata da D. QUAGLIONI, *Vero e falso nelle carte processuali: la parola 'data' e la parola 'presa'*, in M. CAFFIERO, M. PROCACCIA (a cura di), *Vero e falso. L'uso politico della storia*, Roma, 2008, pp. 68-80, anche in A. ESPOSITO, D. QUAGLIONI (a cura di), *Processi contro gli ebrei di Trento (1475-1478)*, II: *I processi alle donne*, Padova, 2008, pp. 9-19. D'altro canto, la verbalizzazione scritta delle prove è stata dibattuta in letteratura con riferimento al documento probatorio come *instrumentum publicum*, questione che segna il passaggio dal sistema medioevale a quello moderno. Sul punto cfr. da ultimo V. CRESCENZI, *op. cit.*, pp. 393-399 e bibl. *ivi cit.*

⁶⁸ Una conferma ulteriore di quanto fin qui esposto si ottiene da alcuni esempi tratti dalla letteratura del sec. XVI formatasi sul tribunale camerale. Il Mynsinger, assessore del Tribunale a Spira dal 1548 al 1556 (cfr. M. STOLLEIS, *op. cit.*, p. 139), forte della dottrina di *ius commune*, così scrive: «Materia autem probationis, an aliquid sit plene probatum nec ne, arbitrio iudicis committitur...» (IOACHIM MYNSINGER, *Observationes practicae imperialis camerae*, Augustae Taurinorum, 1595, p. 209a, sub n. 11). E, nel secolo successivo, Paul Matthias Wehner (sul quale cfr. M. STOLLEIS, *op. cit.*, pp. 102, 141) non ha imbarazzo a rimettere in circolazione il lemma *conscientia* proprio con riferimento alle disposizioni fissate nell'ordinanza carolina del 1548 (citata sopra, nel testo) circa la valutazione delle prove: «Quod ad officium Assessoris attinet, Assessor consiliis suis Iudicem iuuare debet non ex propria opinione et iudicio suo imaginario, sed secundum conscientiam probationibus fundatam et legibus ac iuri informatam, Ordinatio. Cam. part. I tit. 13 in princip. et tit. 57 (*Imperialis Iudicii Camerae Constitutio et Ordinatio a Divo Carolo V Imperatore et D. Ferdinando I*, sub Tit. 13 et 57)» (PAUL

conscientia, in relazione alla quale l’elemento della scrittura svolge una funzione decisiva.

Dopo queste considerazioni risulta chiaro che l’opposizione concettuale tra la coscienza del giudice invocata con favore nel *Dialogo* del Sansovino (*rimettendo la credenza alla coscienza dell’esaminatore*) e decisamente riprovata invece dall’Everardo (*assessores non debeant dicere sententias secundum conscientias eorum*) è in realtà apparente: due modi opposti che finiscono per esprimere il medesimo concetto. Letto alla luce della *constitutio* carolina appena esaminata, il testo everardiano mostra di voler porre attenzione non sulla coscienza del giudice *ut iudex* – come è nel *Dialogo* del Sansovino – ma sul problema dell’*arbitrium* soggettivo del giudice, per respingerlo e per ricondurlo al piano oggettivo della giuridicità (*ut iudex*). L’Everardo cita la «iustitia a iure scripto informata» per riferirsi agli atti processuali scritti, non escluse le prove acquisite nel giudizio, quali elementi determinanti la formazione della sentenza. Spinge verso questa considerazione il fatto che la dichiarazione dell’Everardo – secondo cui «assessores non debeant dicere sententias secundum conscientias eorum, sed secundum dictamen legum et iustitiam a iure scripto informatam» – è posta a conclusione di un ragionamento articolato che entra nel dettaglio della disciplina decretalistica da cui prende le mosse e che orienta, nella direzione appena esposta, l’intera questione affrontata nella *repetitio*⁶⁹:

Ex hac decretali primo secundum Abb. et alios notandum est quod iudex appellatur iniquus cum se male gerit in officio suo (Panormitanus, *Lectura super tertia pars super secundo decretalium*, Venetiis, 1492, in *X* 2.19.11, f. 24rb)... Iudex enim vti debet aequitate, c. I. 4. q. 4 (C.IV q.4 c.1), facit l. Quod si Ephesi, § I, D. de eo quod certo loco (*Dig.* 13.4.4.1) et simil. Merito igitur contrarium faciendo dicitur iniquus vel etiam iniustus, cum ad officium iudicis pertineat iustitiam seruare... Iustitiam autem et aequitatem hic non accipimus pro ea quam sibi ipsi quis fingit ex dictamine propriæ rationis, sed pro ea quæ confirmatur ex iure scripto, vel rationibus iure probatis, c. Ex parte

MATTHIAS WEHNER, *Practicarum iuris obseruationum augustissimæ Cameræ Imperialis liber singularis*, Francofurti, 1608, p. 75, s.v. ‘Cammergericht’).

⁶⁹ NICOLAUS EVERHARDUS, *Solemnis repetitio*, cit., ed. Francofurti, 1618, p. 4b (sub n. 1: ‘Iudex appellatur iniquus cum se male gerit in officio’; et n. 2: ‘Qualis æquitas in iudice desideretur’).

tua (ed. la. 2), cum ibi not. per Abb., de officio delegati (Panormitanus, *Lectura super secunda parte primi libri decretalium*, Venetiis, 1493, in X 1.29.13, f. 14rb), l. Bona fides, ff. depositi (*Dig.* 16.3.31). Indeque est quod dici solet, quod iudex non debet clementior esse lege, § oportet, in auth. de iudiciis (*Auth.* 83 c.10, coll. 6.10 = *Nov.* 82 c.10), et tradit Abb. in c. fin., col. fin., de transact. (Panormitanus, *Lectura super secunda parte primi libri decretalium*, Venetiis, 1493, in X 1.36.11, f. 65ra). Et hoc facit contra eos qui putant æquitatem amplectendam sprete forma iuris. Illa enim quam isti existimant æquitatem non æquitas sed iniquitas est. Cum enim contra legem sit manifeste, apparet eam deuiare a Iustitia et æquitate in qua fundata est ipsa lex.

Vero è che il ragionamento presentato in questo passo, tutto fondato sull'autorevolezza dottrinale del Panormitano, insiste prevalentemente sulla necessità di scongiurare che il giudice possa giudicare *ex dictamine propriae rationis*, tant'è che l'*officium iudicis* non può essere considerato equo neppure quando conduca ad una soluzione finale più clemente rispetto al dettato legislativo, se la clemenza deriva da una valutazione personale⁷⁰. Tuttavia, si noterà che l'*aequitas* tratteggiata dall'Everardo non è soltanto quella riposta nello *ius scriptum* genericamente inteso (*Iustitiam autem et aequitatem hic... accipimus... pro ea quæ confirmatur ex iure scripto*), ma è anche quella derivante dalle prove giuridiche (*rationes*) opportunamente ponderate – come ben spiegava il Panormitano stesso⁷¹ – e messe agli atti: «Iustitiam autem et

⁷⁰ Questa affermazione sottintende il problema della *solutio legibus positivis* dei tribunali del sec. XVI che agiscono *ut princeps*: spesso tralasciano l'*ordo iudiciarius* e provocano il grave *hiatus* tra la teoria e la pratica che caratterizza la processualistica moderna. Un esempio di questo genere è studiato a proposito del Senato di Milano da A. CAVANNA, *La conscience du juge dans le stylus iudicandi du Sénat de Milan*, in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *op. cit.*, pp. 229-262. Si vedano in particolare le pp. 238-244. Quanto al nostro tema, si noterà che l'affermazione della costituzione carolina secondo cui è inibito l'impiego della *singulorum aequitas* si fonda sulla dottrina della fase avanzata dello *ius commune* di cui il Panormitano, citato dall'Everardo, risulta esponente di rilievo.

⁷¹ «Nota secundo ex hoc et ex tex. quod exceptiones minus rationabiles non debet iudex etiam delegatus admittere, vnde iudici data est facultas discernendi inter exceptiones et comprimendi vel repellendi minus rationabiles. Ad hoc vide quod etiam notat Inno. in c. Post electionem, in fi., de conces. preben. (INNOCENZO IV, *In V libros decretalium apparatus seu commentaria*, Lugduni, 1578, in X 3.8.7, f. 244vb) vbi

aequitatem hic... accipimus... pro ea quæ confirmatur... rationibus iure probatis».

In questo modo appare evidente che lo *iudex aequus* della *repetitio* everardiana incarna l'*aequitas* citata nella decretale *Quoniam contra falsam*, giacché egli è obbligato a seguire le *rationes iure probatae*. A queste ultime è attribuito, nella *repetitio*, il medesimo valore delle *leges* (*ex iure scripto, vel rationibus iure probatis*), con il risultato dell'irrigidirsi dei modi di esercizio dell'*officium iudicis* di fronte al pericolo dell'*arbitrium*, secondo una linea di pensiero non differente da quella condivisa dal Sansovino⁷². Ben si vede come il giudizio arbitrario e soggettivo, non adeguatamente formato possa condurre alla *falsa assertio* del giudice, condannata dalla decretale innocenziana.

In definitiva, si può concludere che tanto il Sansovino quanto l'Everardo mettano in luce un aspetto particolarissimo del problema della coscienza del giudice: esso si pone non soltanto con riguardo allo *iudex* che 'sa *ut privatus* ed afferma *ut iudex*' – ciò che rinvia alla questione del divieto, per l'esaminatore, di utilizzare la propria *scientia* privata –

notanter dicit quod licet exceptio sit legitima in se tamen si iudex vehementer presumit eam opponi causa dilatandi iudicium et eam non esse veram, potest et debet eam non admittere... Nota tertio ibi iuris equitatem quod iudex debet procedere secundum equitatem iure tamen informatam, quod ergo dicitur iudicem habere equitatem pre oculis vt in c. fi., de transac. (X 1.36.11) et l. Placuit, Cod. de iudi. (Cod. 3.1.8)... Debet intelligi de equitate iure informatam vt hic quia iudex non debet esse clementior lege..., quod nota contra illos qui dicunt se amplecti equitatem sprete iuris forma. Illa enim non potest dici equitas sed iniquitas quia deuiat ab eo quod iustum et equum est cum lex sit fundata super ratione et equitate... Item nota quod princeps potest in rescripto tollere omnes exceptiones, non tamen presumitur hoc velle facere ut hic, in fine et in l. Quotiens, Cod. de preci. impera. offe. (Cod. 1.19.2) et infra latius subiiciam» (PANORMITANUS, *Lectura super secunda parte primi libri decretalium*, Venetiis, 1493, in X 1.29.13, f. 14rb). Il giudice discerne opportunamente la fondatezza e l'ammissibilità delle *exceptiones*: in ciò si concretizza l'*aequitas iure informatam* del testo appena letto.

⁷² La sintonia interpretativa tra la coscienza del giudice tratteggiata dal Sansovino e quella tratteggiata dall'Everardo sulla base della *constitutio* carolina del 1548 riceve una prova ulteriore nel commentario del Wehner apposto a quest'ultima, secondo il testo trascritto alla precedente n. 68. Il problema non riguarda l'*an*, il 'se' attribuire un ruolo alla coscienza del giudice ma piuttosto il *quomodo* e, meglio ancora, la *qualitas conscientiae*: l'accoglimento esclusivo della *conscientia probationibus fundata et legibus ac iuri informatam*.

ma anche dello *iudex* che ‘non sa, né *ut privatus* né *ut iudex*, tuttavia afferma’, senza porre in essere l’impegno necessario per far emergere la verità provata, e finisce così per asserire falsamente.

Se dunque non è in dubbio la sintonia dottrinale fra i due autori sul tema della coscienza del giudice, non si può peraltro negare che, mentre il Sansovino accentua il principio del giudizio reso *secundum conscientiam* per riferirsi al convincimento raggiunto mediante la prudente valutazione delle prove, diversamente l’Everardo evidenzia il divieto imposto al giudice di impiegare nel processo eventuali elementi soggettivi di conoscenza. Con questo intendimento egli riecheggia il brocardo di origine medioevale «*secundum allegata et probata et non secundum concientiam*» allorché risolutamente dichiara «*diserte cauetur quod assessores non debeant dicere sententias secundum conscientias eorum*»: una scelta interpretativa in grado di condizionare la letteratura giuridica fino in tempi recenti, come si cercherà di dimostrare più oltre.

7. La ricezione sostanziale della decretale *Quoniam contra falsam* nel *Dialogus* di Christopher Saint German

Dove invece la coscienza dell’esaminatore risulta condivisa, con il significato di merito che il Sansovino contribuisce a diffondere, è in area inglese. E ancora una volta è la decretale innocenziana a stare sul fondo del sistema processuale di *common law* della prima modernità. Sulla circolazione della *Quoniam contra falsam* in Inghilterra ha fatto luce l’Helmholz il quale, dopo aver sottolineato che il testo innocenziano «has received little real attention from historians of English law and literacy», ne ha dimostrato la ricezione sostanziale con riguardo al notariato e alla formazione del documento processuale scritto da parte delle corti inglesi del tardo Medioevo, fuori dai sistemi di una *formal adoption*, fino al punto di prendere «a different shape than seems to have been required by its exact wording»⁷³. Forse è possibile allargare ulteriormente il sentiero aperto dall’Helmholz. Si è sollecitati ad andare in

⁷³ Cfr. R.H. HELMHOLZ, *op. cit.*, pp. 31-49.

questa direzione anche dagli studi, comparsi nel corso degli anni '90 del XX secolo, di Alessandro Giuliani⁷⁴ e di Michael Macnair⁷⁵ nei quali, con specifico riferimento al processo, si è avviata la critica alla *communis opinio* della separazione tra i sistemi giuridici di *civil law* e di *common law*. Al Macnair, in particolare, si deve il merito di aver riproposto, in approfondimento della lezione classica del Maitland ed in opposizione alla letteratura convenzionale, la necessità di riallacciare i fili dell'esperienza giuridica inglese della prima modernità e di quella dello *ius commune*⁷⁶. Nel dimostrare ciò egli prende avvio proprio dal tema della valutazione delle prove processuali, fino a giungere alla seguente conclusione⁷⁷:

There is some evidence that the *secundum allegata et probata* tag was considered to apply to the equity jurisdiction during this period. In particular the *secundum allegata* aspect seems to have been applied in much the same way as by the civilians: i.e. that matters proved were generally only of use if they were somehow alleged, but there was a fairly wide judicial discretion as to how this was applied – unlike the rigidity of the common law system of pleading.

La discrezionalità (*equity*) del giudice riguarda esattamente la valutazione dell'intensità probatoria (*probata*) degli elementi presentati in giudizio (*allegata*). Dunque, il principio dell'obbligo di giudicare «*secundum allegata et probata et non secundum conscientiam*» elaborato dalla dottrina di *ius commune* e seguito nelle corti di *Common law* non è affatto disatteso dalle corti di *equities* del sec. XVI, le quali da esso non si distaccano ma che piuttosto interpretano all'insegna della flessibilità, secondo una tendenza – aggiungiamo noi, dopo le considerazioni sopra esposte – prevista e studiata dallo *ius commune* stesso. A

⁷⁴ A. GIULIANI, *Dalla litis contestatio al pleading-system: riflessioni sui fondamenti del processo comune europeo*, in A. GIULIANI, N. PICARDI (a cura di), *L'Educazione giuridica*, VI.2: *Modelli storici della procedura continentale. Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, Napoli, 1994, pp. 205-219. Sulla questione sollevata dal Giuliani torna recentemente D. QUAGLIONI, «*Probo a probe*», cit., pp. 551-552.

⁷⁵ M.R.T. MACNAIR, *The Law of Proof in Early Modern Equity*, Berlin, 1999 (Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 20).

⁷⁶ Cfr. *ibid.*, pp. 13-14.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 54.

onor del vero, già nel primo ventennio del secolo scorso il Vinogradoff aveva prospettato la medesima spiegazione del sistema di *equity* del sec. XVI e, tenuta a riferimento l'opera di Christopher Saint German (1460-1540)⁷⁸, si era spinto fin nel dettaglio, secondo linee interpretative che si possono riassumere nel modo seguente⁷⁹. Il Saint German ripropone la definizione di *equity* dell'occamista francese Gerson (1363-1429), il quale a sua volta ripete Aristotele e san Tommaso. Il concetto di equità, in particolare è di matrice aristotelica: comprende i principi guida per adattare le regole generali ai casi particolari e specialmente ai casi che trascendono le regole. Il filosofo greco, peraltro, non aveva specificato da quali precise fonti simili principi potessero essere tratti. Egli si riferisce piuttosto alla necessità di aver riguardo a tutto il complesso di circostanze di ciascun singolo caso. I canonisti – conclude il Vinogradoff – trovarono una regola guida nella coscienza, e questo è importante per il modo con cui nella giurisprudenza delle Corti inglesi del tempo questo principio fu recepito, da ogni parte – dai *common lawyers* come dai *chancery lawyers* – così da generare una larga disputa sui limiti tra le due sfere del diritto. Ora, lasciata da parte la questione complessa del tomismo del Gerson⁸⁰ attraverso cui anche il Saint German diviene di ispirazione tomista⁸¹, ciò che interessa è il reimpiego

⁷⁸ Su Christopher Saint German si rinvia allo studio monografico di J.A. GUY, *Christopher St German on Chancery and Statute*, London, 1985 (Selden Society Supplementary Series, 6), con edizione di testi.

⁷⁹ Cfr. P. VINOGRADOFF, *Reason and Conscience in Sixteenth-Century Jurisprudence*, in *The Collected Papers of Paul Vinogradoff*, II.1, Oxford, 1928, pp. 192-193, 196-197.

⁸⁰ Il Gerson, in realtà, deve essere collocato nel quadro di quel pensiero teologico medioevale che, sulla scia di san Bonaventura, attua la sintesi tra scolasticismo e misticismo, ed apre la 'via moderna', e luterana, del concetto di *synderesis*, ovvero della coscienza come elemento cognitivo appartenente non soltanto alla sfera emozionale (*potentia affectiva*), ma anche alla sfera della ragione (*habitus intellectus practici*) e infine della volontà (*synteresis rationis et synteresis voluntatis*). La questione è studiata da M.G. BAYLOR, *Action and Person. Conscience in Late Scholasticism and the Young Luther*, Leiden, 1977 (Studies in Medieval and Reformation Thought, XX), pp. 157-162.

⁸¹ In questo senso anche H.J. BERMAN, *op. cit.*, p. 418. Ma condivisibili dubbi, sul tomismo di Christopher Saint German, sono espressi nell'introduzione a T.F.T. PLUCK-

originale della tradizione giusfilosofica del sec. XVI circa la questione specifica della relazione tra la ragione, la volontà e la coscienza, attraverso le quali si esplica – nel pensiero del Saint German – l’*officium iudicis*.

Christopher Saint German autore, come il contemporaneo Sansovino, di un Dialogo – *Dialogus de fundamentis legum angliae et de conscientia* (1528)⁸² – utilizza questo genere letterario per esaminare

NETT, J.L. BARTON (edd.), *St. German’s Doctor and Student*, London, 1974, pp. XXIII-XXIV.

⁸² Christopher Saint German è considerato tra i fondatori del pensiero giuridico inglese (cfr. *ibid.*). La prima redazione del *Dialogo* è in latino ed appare per la prima volta a stampa nel 1528. Ad essa seguì nel 1530 una seconda edizione in lingua inglese, diversa dalla prima, e tra il 1530 e il 1531 una traduzione inglese della prima edizione ma con rimaneggiamenti e aggiunte. Per queste ed ulteriori notizie cfr. J.H. BAKER, s.v. *St German Christopher (c. 1460-1540/41)*, in *Oxford Dictionary of National Biography*, Oxford, 2004. Il Saint German risulta impegnato nella vita politica dell’Inghilterra degli anni ’30 del sec. XVI. Ciò spiega il suo avvicinamento graduale a posizioni sempre più marcatamente anticlericali – che si riflettono nelle differenti redazioni del *Dialogo* – maturate soprattutto nel periodo dell’ostilità di Enrico VIII all’*auctoritas* pontificia: cfr. ed. PLUCKNETT-BARTON, p. XIII; S.K. DOBBINS, *Equity: The Court of Conscience or the King’s Command, the Dialogues of St. German and Hobbes Compared*, in *Journal of Law and Religion*, 9 (1991), p. 122. Questa osservazione chiarisce la progressiva detrazione dell’elemento conoscitivo razionale (*ratio*) in favore della sola *conscientia*, quale risulta dalla comparazione della redazione latina del *Dialogo* con la redazione inglese (nel presente studio tengo a riferimento il testo latino secondo l’ed. Plucknett-Barton e segnalo tra parentesi quadre – così come nella medesima edizione – i passaggi omessi nel testo inglese). Ciò getta una luce, per altri versi, sulla relazione particolarissima del pensiero del Saint German con san Tommaso, tanto da non poter ravvisare nell’opera di Christopher Saint German né una posizione tomista né antitomista. Egli accetta san Tommaso e ne utilizza il concetto di coscienza come *actum*, cioè come entità appartenente all’*agere*. Sia in san Tommaso sia nel Saint German, inoltre la coscienza e la ragione non si escludono. Tuttavia, nel *Dialogo*, la coscienza-atto non è orientata dalla ragione, come in san Tommaso. La ragione si pone invece, nel *Dialogo*, come elemento intermedio tra la coscienza intesa come potenza orientatrice della ragione (*actus naturalis cognitivus*) e la coscienza come atto necessario a perfezionare il momento conoscitivo (*actus naturalis motivus*). Così la coscienza è necessaria due volte e, soprattutto, è in grado di dirigere la ragione, sia prima sia dopo l’apprendimento razionale (cfr. il testo del Saint Germain, in esteso, *in fine* in questo paragrafo). Questa tesi del Saint German, per la quale il suo pensiero è stato avvicinato all’idea luterana della coscienza, dà prova del fatto che, sul piano dell’interpretazione giuridica, la storia

‘scientificamente’ la dialettica tra la volontà e la ragione che formano la coscienza. In ciò si riconosce il concetto di *sinderesis* ovvero la «[vis motiua seu] potentia naturalis animę [rationalis]»⁸³. Simile potere innato (*sinderesis*) si dispone nel processo conoscitivo mediante l’antecedenza della coscienza rispetto alla ragione: la ragione è retta quando è ben orientata dalla coscienza. Che questo sia il pensiero accolto dal Saint German risulta dalla lettura in sequenza di alcuni frammenti del Dialogo dedicati alla definizione dell’attività interpretativa (*ratiocinari*) e della *conscientia*. Che significa *ratiocinari*⁸⁴?

[Ratiocinari est procedere de vno intellecto ad alium intellectum ad veritatem intelligibilem cognoscendam...] Ratio autem recta est illa que est conformis diuine voluntati, nam rectitudinis omnium contingentium prima regula est voluntas diuina. Ratio enim non recta, que & culpabilis

del pensiero occidentale romano e protestante non è divisa: la ragione è unita alla coscienza nel momento conoscitivo del diritto (nello stesso senso, ma con riferimento a Oldendorp, cfr. H.J. BERMAN, *op. cit.*, p. 169). Il problema della differenza ideologica tra tomisti e protestanti, con riguardo alla coscienza, concerne la precedenza della ragione sulla coscienza per i primi, viceversa per i secondi, come è ben illustrato da H.J. BERMAN, *op. cit.*, pp. 131-132. Ma si deve precisare che l’ordine luterano, secondo cui la coscienza precede la ragione, concerne la conoscenza dei principi teologici, non invece altrettanto intensamente riguarda l’*interpretatio* giuridica, come osservato dallo stesso Berman (*ibid.*, p. 181 n. 144, con riferimento alla relazione tra san Tommaso e Melantone). Perciò sul piano specifico di quel *reddere iura* che, nella prima modernità, è ormai divenuto ‘applicazione del diritto’, si osserva in realtà uniformità di esperienze: la coscienza tanto per i giuristi di ispirazione tomista quanto per quelli di ispirazione protestante è un ‘atto’ che perfeziona il momento conoscitivo razionale e dà luogo alla *sinderesis*, ovvero alla conoscenza perfetta in cui si realizza la coscienza razionale.

⁸³ SAINT GERMAN, *Dialogus*, ed. PLUCKNETT-BARTON, p. 80, sub cap. 11: *Quid sit Sinderesis*. Il testo tra parentesi quadre – come indicato dagli editori del *Dialogo* – segnala le parti omesse nella redazione inglese, la quale ultima presenta la seguente definizione: «Sinderesis is a naturall power of the soule sette in the hyghest parte therof mouynge and sterryng it to good & abhorrynge euyll» (ed. PLUCKNETT-BARTON, p. 81). Si noti la caduta dell’aggettivo *rationalis* unito all’*animus*: una ridondanza, più che un’esigenza di detrazione dell’elemento razionale, giacché l’*animus* appartiene all’essere vivente dotato di ragione. Resta ferma altresì la definizione della coscienza come momento applicativo della *scientia*, ovvero della conoscenza razionale (sul punto cfr. più oltre nel testo).

⁸⁴ *Ibid.*, p. 84, sub cap. 12: *De Ratione*. Tra parentesi quadre i passaggi omessi nella redazione inglese del *Dialogo*.

dicitur, est aut quia dictat falsa errore decepta vincibili aut quia torpore vel superbia allectus non inquirit inquirenda.

La *recta ratio* è qui analizzata nella dimensione attiva, quella che procede da una scaturigine giusta verso un fine giusto: consiste cioè nel comparare diversi intelletti per conoscere la verità intellegibile (*procedere de vno intellecto ad alium intellectum ad veritatem intellegibilem cognoscendam*). Si presenta in quest’ambito il tema della volontà, proprio della filosofia giuridica inglese e risolto in chiave marcatamente agostiniana: il raggiungimento della *veritas* dipende dal corretto processo di adeguamento della *ratio iudicis* alla *divina voluntas* (*Ratio autem recta est illa que est conformis diuine voluntati, nam rectitudinis omnium contingentium prima regula est voluntas diuina*). Quando perciò si realizzi una deficienza del momento causale o del momento finale di questo procedimento, la *ratio* non è *recta*. Ed è ugualmente responsabile, e dice il falso, sia chi si lascia ingannare mosso da errore facilmente dimostrabile, sia chi avvinto da inerzia o da superbia non indaga ciò che abbisogna di essere indagato (*ratio enim non recta, que et culpabilis dicitur, est aut quia dictat falsa errore decepta vincibili, aut quia torpore vel superbia allectus, non inquirit inquirenda*). Calato tutto ciò nella fucina del giurista, risulta chiaro che per il Saint German la *voluntas ut iudex* può manifestarsi soltanto nel compimento di quanto è necessario per disciplinare il caso concreto in concordanza con la divina volontà. In ciò sembra di poter cogliere il problema della *falsa assertio* pronunciata dal giudice *improvidus* che è alla base della decretale *Quoniam contra falsam*, non citata ma non improbabilmente posta sullo sfondo della riflessione del Saint German. A ben indirizzare il momento causale della formazione del giudizio (*ratiocinari*) è dunque necessaria la coscienza⁸⁵:

[Primo dicit & importat conscientia scientiam per se & secundum hoc conscientia dicitur quidam actus naturalis non solum cognituius sed etiam motuius. Inclinat etiam animam ad bonum prosequendum & malum fugiendum. & hoc modo habet se sicut superius in ratione coniungiturque ipsi superiori lumini rationis quod sinderesis dicitur... Secundo vero dicit & importat conscientia & magis proprie scientiam

⁸⁵ *Ibid.*, pp. 86, 88, sub cap. 13: *De Conscientia*.

cum alio, scilicet cum aliquo actu particulari. & tunc importat quandam acceptionem siue acceptionem ex parte rationis qua aliquid particulare acceptat vel reprobatur] et sic conscientia [proprie loquendo] nihil aliud est quam applicatio quedam [seu ordinatio] scientie ad aliquem actum particularem, [& tunc est magis actus quam habitus seu potentia...] Et conscientia [hoc modo accepta non est semper de se recta, immo] frequenter errorem recipit, [nam habet circa particularia versari per modum cuiusdam cognitionis seu inquisitionis in quibus sepe errare contingit...]. Plures a Doctoribus assignantur talis conscientie descriptiones vna [a Iohanne Damasceno, scilicet] quod conscientia est lex intellectus nostri; alia quod conscientia est habitus mentis boni et mali discretius; [alia quod conscientia est assensus vel credulitas intencionis ad aliquid faciendum vel non faciendum animi deliberatione firmata] alia quod conscientia est iudicium rationis [practice] in particulari dictantis que omnia [bene resoluendo] in idem concidunt [et idem] in effectu [significant] scilicet quod conscientia est quedam actualis applicatio alicuius cognitionis seu scientie ad ea que aguntur.

La coscienza agisce non soltanto nel momento cognitivo finale ma anche nel momento iniziale orientativo della conoscenza (*conscientia dicitur quidam actus naturalis non solum cognitivus sed etiam motivus*). La *conscientia* inclina la ragione (*Inclinat etiam animam ad bonum prosequendum et malum fugiendum*), e perciò, per quanto concettualmente separata da essa ne determina la qualificazione finale, retta o erronea (*Et conscientia hoc modo accepta non est semper de se recta, immo frequenter errorem recipit, nam habet circa particularia versari per modum cuiusdam cognitionis seu inquisitionis in quibus sepe errare contingit*): dal sincretismo tra la *recta conscientia* e la *recta ratio* deriva la *sinderesis*, ovvero la retta conoscenza (*et hoc modo habet se sicut superius in ratione coniungiturque ipse superiori lumini rationis quod sinderesis dicitur*). In questo modo Saint German giunge a individuare il concetto di coscienza come ‘ragione pratica’ (*conscientia proprie loquendo nihil aliud est quam applicatio quedam seu ordinatio scientie ad aliquem actum particularem, et tunc est magis actus quam habitus seu potentia; conscientia est quedam actualis applicatio alicuius cognitionis seu scientie ad ea que aguntur*) che si mostra assai vicina alla ‘coscienza prudente’ del *Dialogo* del Sansovino: «con la pratica d’adattar le cose universali alle particolari; et con ottima ragione, perché s’egli operasse a caso non tendendo a buon fine,

non sarebbe prudente»⁸⁶. In tutto ciò si può dire che sia avviato il moderno processo di razionalizzazione della coscienza.

8. (segue) *La negligenza del giudice*

Christopher Saint German affronta espressamente il problema dell’*officium iudicis* non retto perché omissivo, in seguito ad un errore della coscienza⁸⁷:

Ex quibus deduci potest quod ex perfectissima notitia alicuius legis vel scientie & ex perfectissima et rectissima applicatione eiusdem [legis vel scientie] ad aliquem actum particularem sequitur perfectissima purissima & optima conscientia. Et si sit defectus in cognitione veritatis talis legis siue in applicatione eiusdem ad aliquem actum sequitur inde error conscientie siue defectus in conscientia... Item septem modis causatur error conscientie. Primo modo ex ignorantia quando scilicet quis nescit quid sit agendum vel declinandum: [vnde scias quod si dubium aliquod exurgat ex aliqua lege positua] tunc inquirenda est [veritas] a peritis illius [legis secundum quam formanda est conscientia sicut cum theologis consulendum esset in hiis que sunt ad fidem...] Secundo [modo causatur error conscientie] ex negligentia vt cum quis negligit conscientiam suam discutere vel [si post discussionem se expedire nesciat negligit tamen] ab aliis querere. Tertio ex superbia vt quando quis non humiliat intellectum suum vt melioribus siue sapientioribus se velit credere... Quarto ex singularitate scilicet quando homo sequens sensum proprium non confirmat se aliis nec sequitur vias communes bonorum... Quinto ex affectu inordinato qui sepe inclinat conscientiam ad id quod homo tunc appetit: & sic facit eam a sua rectitudine deuiare... Sexto ex pusillanimitate qua quia frequenter timet ea que secundum [rectum iudicium] rationis timenda non sunt...

⁸⁶ Per questo passo del Sansovino cfr. *supra* nel testo, § 5.

⁸⁷ SAINT GERMAN, *Dialogus*, ed. PLUCKNETT-BARTON, pp. 89-90, sub cap. 13: *De Conscientia*. Per la considerazione delle parti riportate fra parentesi quadre cfr. la precedente nota 82. L’errore di coscienza, trattato in dettaglio dal Saint German, è congruente con l’idea dell’incertezza della coscienza che deve sempre adeguarsi alla legge per dare garanzia di essere una *recta conscientia*. Su questo tema torna recentemente A. PADOA-SCHIOPPA, *Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 87 (2014), pp. 26-27.

Di fronte all'esigenza nuova e tutta moderna di 'applicare' la legge (*ex perfectissima notitia alicuius legis vel scientie & ex perfectissima et rectissima applicatione eiusdem legis vel scientie ad aliquem actum particularem*), la coscienza diviene elemento basilare: gli effetti giusti della *lex* si possono realizzare soltanto in assenza dell'*error conscientiae*. Perciò il Saint German elenca le possibili fattispecie di errore tra le quali spiccano la negligenza (*ex negligentia*), l'arroganza (*ex superbia*), la stravaganza (*ex singularitate*), la viltà (*ex pusillanimitate*), ovvero le situazioni per scongiurare le quali la decretale *Quoniam contra falsam* aveva imposto l'obbligo della scrittura degli *acta iudicii*. Errori di coscienza, questi del Saint German, che ripetono con riferimento all'applicazione della legge la riflessione teologica sviluppata nella prima metà del sec. XV da Giovanni da Capestrano⁸⁸. Errori di coscienza sui quali il Saint German tornerà nuovamente in un'altra sua opera, *A Little Treatise concerning Writs of Subpoena* (1532?) nella quale egli dimostra come la sconsideratezza, impazienza, intolleranza del giudice siano alla base del giudizio reso arbitrariamente e non in maniera oggettiva⁸⁹: quasi a dire che 'la coscienza limita la coscienza': la *sollicitudo* nell'espletamento dell'*officium iudicis* è l'argine fondamentale e necessario per impedire il giudizio soggettivo ed arbitrario. La coscienza del giudice dunque sembra venire in argomento in relazione alla responsabilità dello *iudex qui litem suam facit*. Per quanto vi sia una esaltazione del ruolo della coscienza rispetto alla ragione, l'obiettivo finale del ra-

⁸⁸ GIOVANNI DA CAPESTRANO, *Speculum conscientiae*: «Error conscientiae causatur octo modis... Primo ex ignorantia, secundo ex negligentia, tertio ex superbia, quarto ex singularitate, quinto ex affectuositate, sexto ex pusillanimitate, septimo ex perplexitate. Octavo ex humilitate» (*Tractatus universi iuris*, Venetiis, 1580, f. 330vb, sub n. 137: 'Conscientiae error vnde et quot modis causetur'). Sull'importanza dello *Speculum conscientiae* di Giovanni da Capestrano con riguardo alle «esigenze di ordine morale nel rapporto processuale» cfr. D. QUAGLIONI, *Un giurista sul pulpito. Giovanni da Capestrano predicatore e canonista*, in E. PASZTOR, L. PASZTOR (a cura di), *S. Giovanni da Capestrano nella Chiesa e nella società del suo tempo. Atti del Convegno storico internazionale, Capestrano-L'Aquila, 8-12 ottobre 1986*, L'Aquila, 1989, pp. 130-131. Più in generale, circa la relazione tra coscienza e legge nei sec. XIV e XV cfr. P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000, pp. 193-201.

⁸⁹ Sul punto, e con ulteriori argomentazioni, cfr. J.A. GUY, *op. cit.*, p. 89.

gionamento proposto dal Saint Germain non differisce da quello elaborato da san Tommaso⁹⁰, nella parte della *Summa Theologiae* in cui viene definita la *conscientia*⁹¹. E questo non tanto per via del tomismo del Saint German ma perché, con riguardo al diritto, si può affermare che il concetto di *sinderesis*, conoscenza determinata dalla ragione unita alla coscienza (o viceversa), accompagna e fonda la tradizione giuridica occidentale tutta intera.

Alla luce di queste premesse deve dunque essere interpretato quanto il Saint German aggiunge con riguardo al principio «secundum allegata et probata»⁹²:

...Item intelligitur quod lex dimittenda est propter conscientiam vbi [lex iudicat secundum allegata et probata videlicet] secundum placitata et triata in re contra veritatem quod etiam tenet [et teneri oportet] in [omnibus] legibus [humanis]. Item intelligitur [aliquando] cum causa legis cessat: cessat & lex in conscientia... Item intelligitur quod lex declinanda est propter conscientiam cum lex aliqua fundatur ex presumptione. Nam si presumptio illa sit contra veritatem, fallit et lex in conscientia.

Il principio a cui si ispira la *lex* – ovvero i *fundamenta legum Anglie*, secondo l'intitolazione del *Dialogo* – impone di giudicare *secundum allegata et probata*, tuttavia laddove nel processo siano state introdotte e discusse prove contrarie alla *veritas* (*secundum placitata et triata in re contra veritatem*) garantita peraltro dalla legge stessa (*quod etiam*

⁹⁰ Sul punto cfr. anche la precedente n. 82.

⁹¹ *Summa Theologiae*, I, q. 79, a. 13: «Respondeo dicendum quod conscientia, proprie loquendo, non est potentia, sed actus. Et hoc patet tum ex ratione nominis, tum etiam ex his quae secundum communem usum loquendi, conscientiae attribuuntur. Conscientia enim, secundum proprietatem vocabuli, importat ordinem scientiae ad aliquid, nam conscientia dicitur cum alio scientia. Applicatio autem scientiae ad aliquid fit per aliquem actum. Unde ex ista ratione nominis patet quod conscientia sit actus. Idem autem apparet ex his quae conscientiae attribuuntur. Dicitur enim conscientia testificari, ligare vel instigare, et etiam accusare vel remordere sive reprehendere. Et haec omnia consequuntur applicationem alicuius nostrae cognitionis vel scientiae ad ea quae agimus».

⁹² SAINT GERMAN, *Dialogus*, ed. PLUCKNETT-BARTON, pp. 116-118, sub cap. 17: *Quomodo hec questio est intelligenda, scilicet vbi conscientia formanda est secundum legem.*

tenet et teneri oportet in omnibus legibus humanis), il giudice è in obbligo di allontanarsi dalla regola: *lex dimittenda est*. Non si deve intendere che il testo voglia fare riferimento alla verità conosciuta dal giudice per suo conto. Non si tratta cioè di consentire al giudice di valutare arbitrariamente gli atti processuali. Al contrario, la falsità evocata dal Saint German, contro la quale è consentito al giudice di agire secondo coscienza, si manifesta esclusivamente sul piano del diritto: soltanto il giudice può sapere se, in relazione alla fattispecie concreta sottoposta al suo giudizio, si rileva la carenza della *causa legis* (*cum causa legis cessat*) o la contrarietà alla *veritas* di ciò che la legge considera condizione presuntiva. In questi casi, il giudice sarà in obbligo di coscienza di allontanarsi dalla *lex* (*cum lex aliqua fundatur ex presumptione. Nam si presumptio illa sit contra veritatem, fallit et lex in conscientia*). In sostanza, la *conscientia* del Saint German, così come l'*animus* di matrice romanistica, diviene sinonimo di *interpretatio*, con il fine specifico di sottolineare l'obbligatorietà dell'interpretazione in relazione alla quale rileva il comportamento omissivo nell'espletamento dell'*officium iudicis*⁹³. Si tratta dunque di una coscienza morale e giuridica insieme⁹⁴, così ben rappresentativa del processo di spiritualizzazione del diritto secolare della prima modernità descritto da Harold J. Berman⁹⁵: una spiritualizzazione che si erge sul senso 'spirituale' che la tradizione di

⁹³ A sottolineare l'obbligatorietà dell'interpretazione, J.L. BARTON, *Equity in the Medieval Common Law*, in R.A. NEWMAN (ed.), *Equity in the World's Legal Systems. A Comparative Study*, Brussels, 1973, p. 152 afferma: «St. German... introduced English lawyers to the theological doctrine of equity, or *epikeia*,... out of deference to the medieval translators of Aristotele... *Epikieia*... is primarily a principle of interpretation. Law are framed in general terms. Is therefore necessarily follows that particular cases may arise in which a literal application of the law would frustrate rather than promote the legislator's intention». E ancora, S.K. DOBBINS, *op. cit.*, p. 119 evidenzia la nozione di *aequitas* elaborata dal Saint German come criterio di interpretazione, e scrive: «In St. German's *Doctor and Student*, the Doctor of Divinity describes the fundamental dimension of equity as the interpretation of the law itself (rather than the discretionary power of the Chancellor)... This application of equity hence becomes the rule of law correctly applied».

⁹⁴ Al riguardo appare particolarmente puntuale quanto si legge nell'introduzione dell'ed. PLUCKNETT-BARTON, pp. XXVI: «Synderesis, that rational faculty which compels our assent to self evident propositions».

⁹⁵ Cfr. H.J. BERMAN, *op. cit.*, p. 4.

ius commune fin dell’età dei glossatori aveva scorto nel *Corpus iuris civilis*⁹⁶.

9. *Il doppio significato del brocardo «iudex secundum allegata et probata debet iudicare, non secundum conscientiam»*

Alla luce di quanto finora esposto, il problema della genesi della modernità giuridica, questione tra le più cruciali che lo storico del diritto, al pari del giurista contemporaneo si siano trovati e si trovino tuttora ad affrontare, merita qualche riflessione. «Secundum conscientiam» e «iuxta allegata et probata», noti brocardi solitamente presentati in letteratura come esempi di opposti principi processuali, con l’avvicinarsi dei quali si compie il passaggio dall’*ordo* medioevale al *processus* dell’età moderna⁹⁷, appaiono per certi versi criteri congruenti. L’obbligo imposto al giudice di giudicare «iuxta allegata et probata» intende escludere la soggettività in favore dell’oggettività del giudizio soprattutto in merito alla *quaestio facti*, accertata mediante la predisposizione di un sistema probatorio certo perché legalistico. È questo un principio che si pone in relazione di continuità con la *traditio* medioevale secondo cui la sentenza deve essere espressa sulla base delle risultanze processuali scritte. Ciò non appare sufficiente a scalzare il ruolo della coscienza del giudice, contribuisce piuttosto a delineare la nozione della

⁹⁶ Nel chiedersi se il giurista debba apprendere la teologia, Accursio risponde: «Respondeo non, nam in corpore iuris haec omnia inveniuntur...» (gl. *notitia*, ad *Inst.* 1.1.1).

⁹⁷ Cfr. A. GIULIANI, *L’‘Ordo iudiciarius’ medievale tra retorica e logica*, in M. BELLOMO (hrsg.), *Die Kunst der Disputation. Probleme der Rechtsauslegung und Rechtsanwendung im 13. und 14. Jahrhundert*, München, 1997 (Schriften des Historischen Kollegs. Kolloquien, 38), p. 134: «L’obbligo di giudicare ‘iuxta allegata et probata’ è fissato da sant’Ambrogio ed è riproposto da san Tommaso: lo *iudex* deve decidere ‘secundum allegata et probata et non secundum conscientiam’». Il Giuliani (*ibid.*) sottolinea che questo brocardo sarà citato da Luca da Penne per segnalare il passaggio dall’*opinio* dei *doctores antiqui* a quella dei *moderni*. Per una sintesi della dottrina processualistica sviluppatasi su questo tema a partire dal sec. XII cfr. M. CARBASSE, *Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales*, pp. 76-79. In questa stessa miscellanea si veda anche A. PADOA-SCHIOPPA, *Sur la conscience du juge*, cit., pp. 95-129.

‘coscienza giuridica’ contrapposta a quella della ‘coscienza privata’. La coscienza dell’esaminatore resta elemento costante della riflessione processualistica, non con riguardo al potere del giudice di intervenire sulla *quaestio facti*, quanto invece con riguardo all’obbligo imposto al giudice di valutare la *quaestio facti*, destinata a cristallizzarsi nella verità processuale, mediante il prudente apprezzamento delle prove. Il problema reale del passaggio dall’*ordo* medioevale al *processus* è riposto non propriamente nella neutralizzazione della ‘coscienza del giudice’, ma piuttosto nel diverso concetto di *aequitas* che il giurista umanista, proiettato com’è verso l’esperienza giuridica nazionalistica e positivistica, tende ad incanalare «in un insieme di regole per vincolare in qualche modo l’altrimenti assoluta discrezionalità dell’attività del giudice»⁹⁸: un insieme di regole, però, che alle soglie del sec. XVI non sono ancora afflitte dalla «speculazione moderna che va alla ricerca di un sapere certo e necessario»⁹⁹. Si potrebbe affermare che l’*aequitas* della prima modernità sia il risultato del temperamento tra norme scritte e non scritte, intendendosi per queste ultime gli indirizzi interpretativi elaborati dai *sapientes* a partire dai casi concreti, secondo la felice intuizione cui era giunto il Medioevo maturo¹⁰⁰. In questo senso,

⁹⁸ Cfr. I. BIROCCHI, *Alla ricerca dell’ordine. Fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino, 2002 (Il Diritto nella Storia, 9), p. 243. L’A. così ulteriormente precisa: «si pensi al proliferare di opere tendenti a definire le categorie di congettura, indizio e prova, a determinare il discrimine, a precisare le articolazioni all’interno di ciascuna categoria e la rispettiva rilevanza giuridica (ad esempio, con la distinzione tra prova piena e semipiena)». Come non riconoscere in tutto ciò la matrice bartoliana che nel ‘*Tractatus testimoniorum*’ affronta esattamente questo genere di problemi processuali? E come non riconoscere al Sansovino l’intelligenza di aver saputo ripresentare la dottrina processualistica di Bartolo all’insegna della sistematizzazione?

⁹⁹ Cfr. A. GIULIANI, *La controversia. Contributo alla logica giuridica*, Pavia, 1966 (Pubblicazioni della Università di Pavia. Studi nelle scienze giuridiche e sociali, 143), p. 132.

¹⁰⁰ Un esempio emblematico si coglie nella dottrina del Panormitano, citato dall’Everardo (cfr. *supra* nel testo, § 6): «Nota gl. quod propter equitatem non scriptam non debet iudex recedere a iure scripto quia non debet iudex clementior lege velle videri vt dicit tex. in auten. de iudi. in § oportet. Et an et quando sit equitas seruanda communiter doc. hic in l. I, Cod. de legi. faciunt tria membra: quod aut neutrum est scriptum, nec ius scilicet nec equitas; aut alterum est scriptum; aut vtrumque...» (PANORMITANUS, *Lectura super secunda parte primi libri decretalium*, Venetiis, 1493, in X

nel processo della prima modernità trovano sintesi e sistemazione i principi etico-giuridici che erano stati e sono creazione originale del Medioevo.

L’*officium iudicis* è in realtà interamente fondato sulla coscienza. Quando le fonti affermano il principio ‘non secundum conscientiam’ esse principalmente intendono impedire al giudice di intervenire sul fatto storico stante alla base della controversia, mediante l’impiego delle proprie conoscenze private, di essere cioè giudice testimone. Parallelamente si fa strada l’idea che, nell’atto del rendere giustizia, lo Stato persegua il proprio interesse a vedere applicate le proprie leggi, come risulta con chiarezza dalla *constitutio* carolina citata più sopra (*quin potius secundum commune ius Imperii etc.... sententias concipere ac promulgare tenentur*). Tuttavia non può essere taciuto che l’apprezzamento della prova avviene sempre in coscienza, una coscienza che non è arbitrio, bensì prudente convincimento derivante dal prudente apprezzamento degli atti processuali che impone al giudice l’impiego di una particolare *sollecitudo ut iudex*. Considerato per questo verso, il giudizio reso *secundum conscientiam* non si contrappone al principio *secundum allegata et probata*. In altre parole, quando si può credere che la parte abbia legittimamente e pienamente provato la propria pretesa? Non è forse il prudente apprezzamento del giudice – ovvero la coscienza informata alla tecnica giuridica del rilevamento probatorio – a stabilire ciò? In altre parole ancora, non è forse la coscienza giuridica del giudice che, informata e mossa dalle risultanze del giudizio, scaturenti dall’intero sistema di *actio-exceptio*, giunge al pronunciamento finale? Il problema sollevato dal brocardo in questione non è soltanto quello di controllare e, di più, impedire l’intervento del giudice, ma è anche quello di scongiurare il mancato intervento, ovvero la negligenza nel far emergere la *veritas*, come descritto nella decretale *Quoniam contra falsam*. In questa prospettiva, la coscienza del giudice non riguarda la dimensione privata, al contrario implica un processo di spersonalizzazione, in linea con il significato dell’*officium iudicis*, sorretto dall’*honestas* dell’esaminatore nella sua qualità di *iudex*: essa diviene così

1.36.11, f. 65ra). Non la legge positiva ma la *communis opinio* dei *doctores* indica le ‘regole’ dell’*aequitas*.

una coscienza apprezzabile nella dimensione pubblicistica. L'*honestas* viene in argomento non come qualità privata, ma come qualità pubblica del giudice, una caratteristica cioè che l'organo giudicante deve avere non *ut privatus* bensì *ut iudex*. Essa dunque si manifesta non sul piano della morale ma sul piano del diritto.

La necessità di distinguere tra differenti contesti interpretativi in cui è coinvolto il tema della *conscientia* nelle fonti processualistiche della prima modernità per le quali il *Dialogo* del Sansovino da un lato, la *Repetitio* dell'Everardo dall'altro e il *Dialogo* del Saint German d'altro lato ancora rappresentano un angolo d'osservazione importante, sembra essere all'origine della duplice ricezione, da parte della processualistica contemporanea, del brocardo di origine medioevale *secundum allegata et probata et non secundum conscientiam*¹⁰¹. La doppia accezione concettuale delle origini risulta tuttora efficace: da un lato, l'idea della coscienza del giudice come espressione del prudente apprezzamento guidato dalle risultanze processuali, ammessa ad operare legittimamente e, di più, obbligatoriamente nel processo; e, d'altra parte, la coscienza del giudice riprovata e respinta perché manifestazione della *scientia* privata. Parte della letteratura tedesca ottocentesca cita correttamente l'adagio di origine medioevale, ma al tempo stesso altra parte della processualistica, tedesca prima e poi italiana, sviluppatasi tra la metà del sec. XIX e gli inizi del sec. XX, tramanda il brocardo secondo un testo non esattamente fedele alla formulazione medioevale. Essa ripete il seguente adagio: *secundum probata et allegata partium*, dove è evidente che il riferimento esplicito alle *partes* cui spetta di allegare e provare, è ag-

¹⁰¹ Il doppio significato del brocardo in questione derivava dalle differenti concezioni sul ruolo del giudice su cui si era affaticata la dottrina medioevale fin dai primi tempi: «da una parte il giudice come arbitro imparziale della 'lotta legale tra le parti in causa', dall'altra il giudice come promotore di una decisione giusta in quanto conforme alla 'verità oggettiva delle cose', anche a prescindere dalle prove addotte (o non addotte) in udienza dalle parti. Tutti gli autori sono d'accordo nel rifiutare al giudice la duplice funzione di giudice e di testimone, poiché il processo è un *actus trium personarum*; tuttavia l'eventualità di una decisione che il giudice 'in coscienza' sa essere ingiusta (prima di tutto nel campo penale) ripugna fortemente ai dottori di diritto comune», cfr. A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa*, cit., p. 260.

giunto: un errore di trasmissione del brocardo¹⁰²? Ciò è possibile, soprattutto se si ipotizza un errore di lettura dei testi: talora, come nel caso del Revigny, l’adagio recita «secundum allegata et probata tantum»¹⁰³, dove il *tantum* potrebbe essere stato trasformato erroneamente in *partium*. Tuttavia, non è escluso che l’‘aggiunta’ (*partium*) possa essere frutto di una scelta meditata ed architettata intenzionalmente. Si potrebbe cioè ipotizzare che, a seconda del significato con cui si è inteso far uso del brocardo in questione, se ne sia fornito un testo ‘adattato’ a meglio esprimere la scelta di significato tra i molti significati con cui esso veniva tramandato. Il riferimento esplicito alle allegazioni delle parti processuali (*secundum probata et allegata partium*) – impiegato da processualisti della cifra del Chiovenda e del Calamandrei¹⁰⁴ – sembra aver inteso accentuare il divieto rivolto al giudice di sostituirsi lui o di concorrere con esse all’accertamento della *veritas*, mediante l’impiego della propria scienza privata. Diversamente, la massima tradita secondo la formulazione breve (*secundum probata et allegata*) sembrerebbe aver conservato il maggior rilievo attribuito non al contenuto negativo – ovvero al divieto di impiego della *scientia* privata – ma a quello positivo, cioè all’obbligo per il giudice di porre in essere il prudente apprezzamento che scaturisce dall’*aequitas iure informata*.

Le questioni storicamente qui rappresentate si ripropongono nel sistema giurisdizionale attuale di *civil law*. Naturalmente non è qui il caso di addentrarsi in temi di ricerca che occupano gli specialisti del diritto positivo. Basti un cenno ad aprire il dialogo tra passato e presente. Basti pensare, in ambito penalistico, ai tentativi di oggettivazione della coscienza dell’esaminatore perseguiti attraverso l’impiego di specialisti psicologi e biologi al fine di soppesare la qualità e l’entità della pena anche in relazione alle situazioni caratteriali personali che abbiano con-

¹⁰² Da ultimo ripropone la questione J.P. JUNOY, *Iudex iudicare debet secundum allegata et probata, non secundum conscientiam: storia della erronea citazione di un brocardo nella dottrina tedesca e italiana*, in *Rivista di diritto processuale*, 62 (2007), pp. 1504-1518.

¹⁰³ Il passo del Revigny in esteso in D. MAFFEI, *Il giudice testimone e una “qvæstio” di Jacques de Revigny (ms Bon. Coll. Hisp. 82)*, in *Tijdschrift voor Rechtsge-schiedenis*, 35 (1967), p. 66 n. 38.

¹⁰⁴ Cfr. J.P. JUNOY, *op. cit.*, pp. 1509, 1511.

dotto l'imputato al comportamento illecito¹⁰⁵. E in ambito processual-civilistico, la questione si pone talora con riguardo alle garanzie assicurate dal 'giusto processo', le quali obbligano il giudice all'audizione delle prove testimoniali nel contraddittorio delle parti: ciò comporta l'allungamento dei tempi processuali e dunque la frequente perdita di memoria della verità storica, più difficile da far emergere nel giudizio senza incorrere o nel rischio dell'impiego della *scientia privata* o nella carenza di *sollecitudo* nell'espletamento dell'*officium iudicis*.

Forse, nell'equilibrio tra i due principi «secundum allegata et probata» e «secundum conscientiam» si dispiega per noi un tornante dello *ius commune* medioevale e si offre un monito contro quelle false asserzioni che derivano dalla rinuncia a compiere senza riserve l'*officium iudicis*:

Nam si ratio vera esset, non utique errasset. Quapropter sicut non ideo debes omnem vitare sermonem, quia est et sermo falsus; ita non debes omnem vitare rationem, quia est et falsa ratio. Hoc est de sapientia dixerim. Neque enim propterea sapientia vitanda est, quia est et falsa sapientia, cui stultitia est Christus crucifixus, qui est Dei Virtus, et Dei Sapientia¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Sul punto cfr., ad esempio, F. DREIFUSS-NETTER, *La conscience du juge dans le droit des personnes et de la famille*, in J.-M. CARBASSE, L. DEPAMBOUR-TARRIDE (a cura di), *op. cit.*, pp. 319-321.

¹⁰⁶ S. AGOSTINO, *Epistola* 120, c. 1.6, in *Patrologia Latina*, 33, col. 455.

INDICE DEI NOMI

- Abbagnano, Nicola, 37 n.
Abbas antiquus, 98, 99 n., v. anche
Niccolò de' Tedeschi
Accursio, 4 e n., 25, 39, 41, 42 e
n., 43, 44 n., 45 n., 50, 51 e n.,
56, 61 e n., 62 n., 64-65 e n.,
73, 94 e n., 95 n., 97 n., 130 n.,
187 n.
Adriano, imperatore, 160
Agostino (santo), 32, 33 n., 192 n.
Alano Anglico, 160-161
Albanese, Bernardo, 16 n.
Albanese, Gabriella, 4 n.
Alber, Mathias, 166 n.
Alberti, Leon Battista, 140 n., 155,
157 n.
Aldobrandini, Silvestro, 128
Alessandro III, papa, 89 n.
Alzati, Cesare, 29 n.
Ambrogio (santo), 187 n.
Angelo degli Ubaldi, 133 e n., 134
n., 135
Archidiaconus, v. Guido da Baisio
Aristotele, 178, 186 n.
Astuti, Guido, 29 n.
Ayala, Balthazar, 140
Azzone, 41-42, 45, 48, 50 e n., 51,
56, 59, 60 n., 61-62, 63 n., 64,
65 e n.
Baker, John H., 179 n.
Balbi, Raffaele, 66 n.
Baldo degli Ubaldi, 75, 89-92 e n.,
93, 94-95 e n., 97 n., 99 n., 100
e n., 101, 108, 111, 117, 130,
133 e n., 151-152 n.
Banti, Ottavio, 54 n.
Barni, Gian Luigi, 55 n.
Bartolo da Sassoferrato, 75, 87-88
e n., 89, 93, 95 n., 111, 113,
117, 119, 125, 128, 129 e n.,
130, 133, 135, 136-141, 142 n.,
144, 145 n., 146 e n., 147, 155,
157-161, 162 n., 163-165,
188 n.
Barton, John L., 179 n., 180 n.,
183 n., 185 n., 186 n.
Battisti, Carlo, 22 n.
Baylor, Michael G., 178 n.
Belleperche, Pierre, v. Pietro da
Bellapertica
Belli, Pierino, 140
Bellomo, Manlio, 72 n., 122 n.,
187 n.
Belloni, Annalisa, 68 n.
Benincasa Senese, 35, 36 e n., 38 e
n., 45 e n., 59 e n., 66 e n.
Berman, Harold J., 166 e n., 178
n., 180 n., 186 e n.
Bernardo da Parma, 133 e n.
Bertolino, Rinaldo, 81 n.
Besta, Enrico, 17 n., 55 n.
Bethmann-Hollweg (von), Theo-
bald, 145 n.
Birocchi, Italo, 44 n., 107 n., 114
n., 131 n., 188 n.
Boari, Marco, 37 n.

- Bonaventura da Bagnoregio (san), 178 n.
 Boncompagno da Siena, 53 n.
 Bonnet, Piero Antonio, 104 n., 110 n.
 Bosl, Karl, 11 n.
 Bougard, François, 20 n., 22 n.
 Bucci, Alessandro, 102 n.
 Bühler-Thierry, Geneviève, 22 n.
 Bulgaro, 28 e n., 61, 68 n.
 Burgess, Glenn, 125 n.
 Burns, Jimmi H., 78 n.

 Caffiero, Marina, 172 n.
 Calamandrei, Piero, 127, 191
 Calasso, Francesco, 7 e n., 9 n., 76 n.
 Campos Boralevi, Lea, 1 n.
 Canning, Joseph P., 78 n., 94 n.
 Caravale, Mario, 109 n., 120 n.
 Carbasse, Jean-Marie, 34 n., 53 n., 58 n., 161 n., 164 n., 174 n., 187 n., 192 n.
 Cardin, Aldo, 12 n.
Cardinalis, v. Francesco Zabarella
 Carlo d'Angiò, 112 e n., 170 n.
 Carlo Magno, 13, 14, 19-21
 Carlo V, imperatore, 109, 112, 114, 168, 170 n.
 Carrer, Alda, 33 n.
 Casavola, Francesco Paolo, 21 e n.
 Cavanna, Adriano, 72 n., 174 n.
 Cayla, Olivier, 72 n.
 Celestino III, papa, 51
 Cernigliaro, Aurelio, 1 n., 21 n.
 Cerrone, Francesco, 152 n., 163 n.
 Chioyenda, Giuseppe, 101, 191
 Cicerone, Marco Tullio, 26

 Cicogna, Emanuele Antonio, 126 e n.
 Cino da Pistoia, 79 n., 94, 95 e n., 96, 97 e n., 98 n., 100 e n., 169 n., 170 n.
 Clemente V, papa, 77-78, 79 n., 80 n., 112
 Comparato, Vittor Ivo, 21 n.
 Corcione, Marco, 109 n.
 Cortese, Ennio, 19 n., 26 n., 38 n., 44 n., 72 n., 93 n., 104 n., 107 n., 110 n., 111 n., 122 n., 131 n.
 Costantino I, imperatore, 14, 16-17
 Cotta, Sergio, 12, 13 n.
 Crescenzi, Victor, 152 n., 172 n.

 D'Amia, Amerigo, 55 n., 58 n.
 Dani, Alessandro, 110 n., 114 n., 121 n.
 Dante Alighieri, 4 e n., 78 n., 89 n., 90 n., 135 n.
 De Benedictis, Angela, 21 n.
 Decock, Wim, 156 n.
 Del Giudice, Pasquale, 88 n.
 Del Vecchio, Giorgio, 73 n.
 Depambour-Tarride, Laurence, 34 n., 53 n., 161 n., 164 n., 174 n., 192 n.
 Depreux, Philippe, 20 n.
 Devroey, Jean-Pierre, 11-12 e n., 15 n., 18 n.
 Di Donato, Francesco, 72 n.
 Diestelkamp, Bernhard, 166 n.
 Dilcher, Gerhard, 1 n., 23 e n., 134 n., 166 n.
 Dobbins, Sharon K., 179 n., 186 n.
 Dolezalek, Gero, 166 n.
 Dreifuss-Netter, Frédérique, 192 n.

- Durand, Bernard, 163 n.
 Duve, Thomas, 16 n., 22 e n.
 Engelmann, Woldemar, 70 n.
 Enrico da Susa, detto l'Ostiense, 76 e n., 77 n., 85 n., 86, 164 n.
 Enrico VII, imperatore, 79 e n., 80, 81 e n., 90 n., 119
 Enrico VIII, imperatore, 179 n.
 Errera, Andrea, 78 n., 85 n.
 Esposito, Anna, 172 n.
 Everardo di Middelburg, Niccolò, 166 n.
 Everardo, Niccolò, v. Everardo, Nicola, *senior*
 Everardo, Nicola, *senior*, 143, 148 n., 156 n., 165, 166-168 e n., 170 e n., 173 e n., 174-175 e n., 176, 188 n., 190
 Federico Barbarossa, 80, 130
 Felino Sandeo, 113, 117
 Fioravanti, Gianfranco, 4 n.
 Fitting, Hermann, 37 n., 65 n.
 Forcellini, Aegidii, 15 n.
 Fornasari, Gabriele, 37 n.
 Fossatelli, Rita, 26 n.
 Fowler-Magerl, Linda, 83 n., 145 n., 147 n., 162 n.
 Francesco Zabarella, detto *Cardinalis*, 117 e n.
 Fusina, Sandro, 33 n.
 Garcia y Garcia, Antonio, 145 n.
 Gazzini, Marina, 12 n.
 Geary, Patrick, 14 n.
 Gerhard, Ute, 23 n.
 Gerson, Jean, 178 e n.
 Giovanni Bassiano, 43 e n.
 Giovanni d'Andrea, 75, 78-79, 82, 85 e n., 86, 87 e n., 88-89, 91 n., 119 n., 145, 146 n., 153 n.
 Giovanni da Capestrano, 184 e n.
 Giovanni Damasceno (san), 182
 Giovanni de Haja, 112
 Giovanni Teutonico, 36, 37 n., 49 e n., 50, 51 e n., 53, 71
 Giuliani, Alessandro, 29 n., 70 n., 82 n., 104 n., 164, 177 e n., 187 n., 188 n.
 Giunta, Claudio, 4 n.
 Goetz, Hans-Werner, 12 e n.
 Gorjux, Raffaele, 142 n.
 Gouron, André, 35 n., 44 n.
 Graziano, *magister*, 28, 29 n., 32 e n., 34, 38, 40, 48, 65, 68 n., 161 n.
 Gritti, Andrea, doge, 127
 Grossi, Paolo, 14 e n., 34 n., 77 e n., 101 n., 102
 Guglielmo de Conches, 26 e n., 27
 Guglielmo Durante, detto lo *Speculator*, 55 n., 82, 83 n., 132 n., 146 e n.
 Guicciardini, Francesco, 140 n., 157 n.
 Guido da Baisio, detto l'*Archidiaconus*, 85 n., 86
 Guillemain, Bernard, 79 n.
 Guy, John A., 178 n., 184 n.
 Haenel, Gustav, 66, 67 n.
 Helmholz, Richard H., 148 n., 176 e n.
 Hodson, Simon, 125 n.
 Holmberg, John, 27 n.

- Innocenzo III, papa, 147
 Innocenzo IV, papa, 85 n., 86, 88,
 149 n., 154, 174 n.
 Iogna-Prat, Dominique, 20 n., 22 n.
 Irti, Natalino, 101 n.
 Isabella di Lorena, 112 n.
- Jacopo Buttrigari, 93
 Joosting, Jan Gualtherus C., 145
 n., 148 n.
 Junoy, J. Picò, 191 n.
- Karras, Ruth Mazo, 14 n.
 Kaye, Joel, 14 n.
 Kelsen, Hans, 2 n.
 Klinck, Dennis R., 144 n.
 Krynen, Jacques, 77 n., 93 n.
 Kuttner, Stephan, 25 n., 26 n., 86 n.
- Lafont, Sophie, 34 n.
 Landau, Peter, 45 n., 60 n.
 Lanfranco da Oriano, 148 n., 149
 n., 156 n., 171 n.
 Lannoy (de), Charles, viceré di
 Napoli, 109
 Le Jan, Régine, 20 n., 22 n.
 Leicht, Pier Silverio, 18 n., 19 e n.
 Lepsius, Susanne, 145 n., 148 n.
 Liberali, Giuseppe, 55 n.
 Liotta, Filippo, 78 n., 86 n., 89 n.,
 139 n., 155 n.
 Litewski, Wieslaw, 38 n.
 Lloyd, Howell, 125 n.
 Loschiavo, Luca, 104 n., 110 n.
 Luisi, Nicola Demetrio, 37 n.
- Machiavelli, Niccolò, 125, 136,
 137, 139, 140
 Macnair, Michael R.T., 177 e n.
 Maffei, Domenico, 171 n., 191 n.
 Maitland, F.W., 177
- Mancuso, Fulvio, 37 n., 151 n.
 Maranta, Roberto, 7, 84 e n., 107,
 109-110, 111 e n., 112 n., 113-
 118 e n., 119, 120 e n., 121,
 122 e n., 132 e n., 134-135 e n.,
 170-171 n.
 Martin, Gustav Adolph, 145 e n.,
 146 n.
 Martino da Fano, 146 n., 149 n.,
 154, 155 e n.
 Martino Gosia, 68 n.
 Martyn, Georges, 156 n.
 Matter, E. Ann, 14 n.
 Mattone, Antonello, 107 n., 114 n.
 Melantone, Filippo, 180 n.
 Miano, Francesco, 12 n.
 Migliorino, Francesco, 45 n.
 Miletta, Marco Nicola, 84 n., 109
 n., 122 n.
 Minnucci, Giovanni, 61 n.
 Mounier, Emmanuel, 12 e n.
 Musson, Anthony, 156 n.
 Muther, Theodor, 166 n., 167 n.
 Muzillus, Giovanni Battista, 112
 n., 113 n.
 Mynsinger, Ioachim, 172 n.
- Nani, Cesare, 18 n.
 Napoli, Maria Teresa, 57 n.
 Nardoza, Massimo, 29 n.
 Newman, Ralph A., 186 n.
 Niccolò de' Tedeschi, detto il Pa-
 normitano, 75, 95-97 e n., 98
 n., 99 e n., 100 n., 101, 102 n.,
 170 e n., 174 e n., 188 n., v.
 anche *Abbas antiquus*
 Nicolini, Ugo, 46 n., 53 n., 54 n.,
 55 n., 58 n., 67 n., 70 n., 71 n.,
 72 n., 76 n.

- Noonan, John Thomas, 33 n.
 Nörr, Knut W., 150 n., 153 n., 161 n., 169 n.
 Odofredo Denari, 146 n.
 Oexle, Otto Gerhard, 12 n., 23 n.
 Oldendorp, Johann, 180 n.
 Oldrado da Ponte, 80 e n., 81 n., 153 n.
 Orazio Flacco, Quinto, 6, 27
 Ostiense, v. Enrico da Susa
 Padoa Schioppa, Antonio, 53 n., 58 n., 65 n., 66 n., 67 n., 72 n., 161 n., 166 n., 169 n., 183 n., 187 n., 190 n.
 Palmieri, Johannes Baptista, 43 n., 68 n.
 Panormitano, v. Niccolò de' Tedeschi
 Paolo, apostolo, 83
 Pasztor, Edith 184 n.
 Pasztor, Lajos, 184 n.
 Paucapalea, 66 e n., 68 e n., 82, 83 e n.
 Pennington, Kenneth, 79 n., 81 n., 82 n., 95 n., 99-100 n., 103-104 n.
 Pérez Martin, Antonio, 129 n., 145 n., 146 n., 147 n., 149 n.
 Petronio, Ugo, 44 n., 131 n.
 Petrus Hispanus Portugalensis, 145
 Piacentino, 27, 40-41 e n., 42, 47-48 e n., 49, 50, 56 e n., 63 n., 64, 67 e n.
 Picardi, Nicola, 29 n., 70 n., 75 e n., 82 n., 102 e n., 104, 135 n., 177 n.
 Piero da Monte, v. Pietro del Monte
 Pietro da Bellapertica, 169 e n., 170
 Pietro del Monte, 140 n.
 Pihlajamäki, Heikki, 156 n.
 Plucknett, Theodore F.T., 178 n., 179 n., 180 n., 183 n., 185 n., 186 n.
 Procaccia, Micaela, 172 n.
 Prodi, Paolo, 184 n.
 Punzi, Carmine, 101 n.
 Pusinich, Guido, 126
 Quagliani, Diego, 1 n., 2 n., 3 n., 4 n., 11 n., 21 n., 25 n., 37 n., 53 n., 58 n., 62 n., 73 n., 76 n., 77 n., 78 n., 79 n., 82 n., 88 n., 90 n., 93 n., 94 n., 104 n., 108 n., 123 n., 125 e n., 127, 128 n., 130 n., 134 n., 135 n., 136 n., 138 n., 139 n., 140 n., 145 n., 146 n., 155 n., 157 n., 163 n., 166 n., 172 n., 177 n., 184 n.
 Quattro Dottori, 68 n., 130
 Raniero da Perugia, 52, 57 e n.
 Reatz, Carl Ferdinand, 145 e n., 146 e n., 148 e n.
 Reichenbach, Giulio, 126 n.
 Renoux-Zagamé, Marie France, 72 n.
 Repetto, Giorgio, 152 n., 163 n.
 Ricca, Cristina, 168 n.
 Roberto d'Angiò, 112 n., v. anche Roberto di Sicilia
 Roberto di Sicilia, 79, 81 e n., 88, 96, v. anche Roberto d'Angiò
 Romano, Andrea, 114 n.
 Rosboch, Michele, 68 n., 69 n.

- Rossi Paulis, Margherita, 142 n.
 Rossi, Guido, 54 n., 60 n.
 Rufino, 35 e n., 38 n., 48 e n., 59
- Saint German, Christopher, 143,
 176, 178-180 e n., 181-182,
 183 e n., 184, 185-186 e n.,
 190
- Salvioli, Giuseppe, 88 n.
- Sansovino, Francesco, 8, 125, 126
 e n., 127-131, 132 e n., 135-
 136, 137 e n., 138, 139 e n.,
 140, 141 e n., 142, 143-144,
 146 e n., 147, 148 n., 155, 157-
 158, 159 e n., 160-161, 162 e
 n., 163, 164-165 e n., 166-167,
 173, 175 e n., 176, 179, 182,
 183 n., 188 n., 190
- Sansovino, Jacopo, v. Tatti, Jaco-
 po
- Santagata, Marco, 4 n.
- Santarelli, Umberto, 37 n.
- Sarti, Nicoletta, 28 n., 56 n.
- Sartorello, Luca, 125 e n., 126 e n.,
 127, 128-129 e n., 130 n., 131
 n., 137 n., 138 n., 139 n., 140 n.,
 141 n., 142 n., 144 e n., 146 e
 n., 148 n., 159 n., 163 n., 165 n.
- Satta, Salvatore, 101 e n.
- Sbriccoli, Mario, 47 n.
- Scarpa, Emanuela, 126 n.
- Schulte (von), Johann Friedrich,
 39 n., 49 n., 59 n., 63 n., 66 n.,
 83 n.
- Segoloni, Danilo, 72 n., 130 n.
- Sella, Pietro, 56 n.
- Singer, Heinrich, 35 n., 48 n.
- Spagnesi, Enrico, 29 n.
- Speculator*, v. Guglielmo Durante
- Speer, Andreas, 26 n.
- Stickler, Alfons Maria, 84 n.
- Stintzing (von), Roderich, 146 n.,
 149 n.
- Stolfi, Emanuele, 17 n.
- Stolleis, Michael, 93 n., 168 n.,
 172 n.
- Storti Storchi, Claudia, 54 n.
- Szuromi, Szabolcs Anzelm, 81 n.
- Tarello, Giovanni, 101 n.
- Tatti, Jacopo, detto il Sansovino,
 126
- Todescan, Francesco, 125, 146 n.
- Tommaso d'Aquino (san), 2, 3 n.,
 156 e n., 178, 179 n., 180 n.,
 185, 187 n.
- Tönnies, Friedrich, 11
- Tornabuoni, Alfonso, vescovo,
 128
- Ulpiano, giureconsulto, 1, 3, 8
- Valastro Canale, Angelo, 15 n.
- Venturi, Robert, 142 n.
- Viejo-Ximénez, José Miguel, 81 n.
- Vigueur, Jean-Claude Maire, 46 n.
- Villa, Claudia, 4 n.
- Vinogradoff, Paul, 178 e n.
- Wahrmund, Ludwig, 28 n., 57 n.,
 58 n., 145 n., 148 n.
- Weber, Max K. E., 23 n.
- Wehner, Paul Matthias, 172 n.,
 173 n., 175 n.
- Weimar, Peter, 57 n.
- Wetzstein, Thomas, 148 n., 172 n.
- Will, Edward, 80 n.
- Zeliauskas, Josephus, 34 n.

COLLANA DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *Il GEIE «italiano» tra impresa e società* - ALESSIO BARTOLACELLI (2014)
2. *Sovranità e autonomia finanziaria negli ordinamenti composti. La norma costituzionale come limite e garanzia per le dimensioni della spesa pubblica territoriale* - FLAVIO GUELLA (2014)
3. *La dimensione proprietaria delle indicazioni geografiche. Uno studio di diritto comparato* - MATTEO FERRARI (2015)
4. *La legge della scienza: nuovi paradigmi di disciplina dell'attività medico-scientifica. Uno studio comparato in materia di procreazione medicalmente assistita* - SIMONE PENASA (2015)
5. *Diritto e teologia alle soglie dell'età moderna. Il problema della potentia Dei absoluta in Giordano Bruno. Prefazione di Diego Quaglioni* - MASSIMILIANO TRAVERSINO (2015)
6. *La successione a titolo particolare nel diritto controverso* - PAOLA WIDMANN (2015)
7. *Contributo allo studio del filtro in appello* - SILVANA DALLA BONTÀ (2015)
8. *«BONUS IUDEX». Saggi sulla tutela della giustizia tra Medioevo e prima età moderna* - CECILIA NATALINI (2016)

