

Giuseppe Mecca

Denegata giustizia e forme di responsabilità del giudice. Paradigmi d'ingiustiziabilità in età moderna*

SOMMARIO: 1. Approcci al problema – 2. L'orizzonte storico dell'ingiustiziabilità: l'*habitus* del giudice e la dimensione oggettiva della giustizia – 3. *Iudex qui litem suam facit* e le forme di responsabilità del giudice – 3.1. Negare/Violare la giustizia – 3.2. Denegata/ritardata giustizia – 3.3. Denegata giustizia/gli atti *contra iustitiam* – 4. Pluralismo giuridico e conflitti tra fori come fattori di denegata giustizia – 5. La denegata giustizia tra foro interno e foro esterno – 6. Dalla denegata *iustitia* al difetto di tutela giurisdizionale? L'ingiustiziabilità come disfunzione dell'ordine legale

ABSTRACT: The non-justiciability refers to situations that are based on the inability of the judge to rule for internal or external reasons. With regard to the modern age, the matter has been connected to the hypotheses of denial of justice and has been intertwined with the forms of responsibility of the judge. From a critical viewpoint, the *denegata iustitia* is analyzed by way of the hypotheses of denial of the juridical order, and of delay in the administration of justice, taking the acts against justice into account.

KEYWORDS: non-justiciability – Judge – denial of Justice

1. Approcci al problema

Con il termine ingiustiziabilità si fa riferimento a situazioni che si sostanziano nell'impossibilità da parte del giudice a pronunciarsi per ragioni interne od esterne¹.

Non credo si possa sostenere che, sebbene la parola sia recente, l'ingiustiziabilità faccia in qualche modo riferimento a situazioni che sono rinvenibili nel passato. Seppur apparentemente le situazioni di fatto siano analoghe, le implicazioni giuridiche sottese sono profondamente differenti, riposando su presupposti incommensurabili. L'impressione è che l'ingiustiziabilità sia un fenomeno che non possa essere retrodatato. Di fatto, per quanto il campo di applicazione della nozione di ingiustiziabilità sia ampio e variabile, a me sembra che le situazioni sottese abbiamo come tratto distintivo un difetto di tutela giurisdizionale derivante da un conflitto tra organi

* Il presente saggio contiene il testo rivisitato della relazione presentata in occasione del seminario *L'ingiustiziabilità tra storia, teoria ed esperienza*, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza di Macerata (13 novembre 2017). Nel volume che raccoglierà gli atti del convegno la presente relazione apparirà in lingua inglese con il titolo *Denial of justice and forms of responsibility of the judge. Paradigms of non-justiciability in the Modern age*.

¹ Per un primo inquadramento si veda P. Serrand-P. Szwedo (curr.), *L'injusticiabilité. Échanges franco-polonais*, Paris 2014 e P. Serrand-P. Szwedo (curr.), *L'injusticiabilité: émergence d'une notion? Etudes publiées en hommage au Professeur Jacques Leroy*, Kraków 2018.

astrattamente competenti oppure da un *vulnus* che in qualche modo impedisce una determinata pronuncia giudiziale. Si pensi per quest'ultima ipotesi alle teorie contemporanee sulla giustiziabilità o non giustiziabilità di alcuni diritti che hanno come dato comune e come presupposto la mancanza di protezione di un diritto inteso in senso soggettivistico. In sostanza si parla d'ingiustiziabilità quando ad una situazione astrattamente meritevole di tutela è stata negata una protezione giuridica. Emerge, in ultima istanza, che l'ingiustiziabilità riposa sul monismo giuridico, una visione della giustizia intesa come conformità alla legge ed un giudizio di adeguatezza/inadeguatezza della tutela giudiziaria.

L'età moderna era, invece, caratterizzata da una società di ceti, una pluralità di centri di potere variamente legittimati in grado di svolgere in autonomia le proprie funzioni². In una società fondata su una pluralità di 'governi', costituita da *corpora* e da *auctoritates* in continua e vicendevole opposizione, i corpi giudiziari si presentavano molto spesso come *contre-pouvoir politique*³. Infatti, all'assenza di "monismo giuridico" corrispondeva un'assenza di "monismo politico", da intendersi come carenza di uno spazio sovrano unitario, espressione di una comune volontà generale⁴. Gli apparati giudiziari possedevano uno specifico statuto operativo che li faceva percepire dalla società come organi che operavano indipendentemente e autonomamente rispetto al vertice⁵. Una lettura del corpo giudiziario in un'ottica di burocratizzazione e totale sottomissione al potere sovrano centrale rischia, infatti, di essere falsante rispetto alla complessità

² Cfr. P. Schiera, *Società per ceti*, in N. Bobbio-N. Matteucci-G. Pasquino (curr.), *Dizionario di politica*, Torino 1983, pp. 1090-1094. La costituzione materiale di antico regime è ancora una costituzione mista. Cfr. M. Fioravanti, *Stato e costituzione*, in M. Fioravanti (cur.), *Lo Stato moderno. Istituzioni e diritto*, Roma-Bari 2002, pp. 3-36, spec. 7-13 e 21-26. Sulla società di antico regime v. un classico lavoro come quello di E. Lousse, *La société d'Ancien Régime. Organisation et représentation corporatives*, Lovanio 1952, ma anche A. De Benedictis, *Introduzione Giustizia, società e corpi in età moderna: alcuni spunti di riflessione*, in A. De Benedictis-I. Mattozzi (curr.), *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, Bologna 1994, pp. 15-17. Costituiscono un punto di partenza obbligato, invece, i saggi raccolti da P. Schiera, *Società e corpi*, Napoli 1986 e G. Oestreich, *Problemi di struttura dell'assolutismo europeo*, in E. Rotelli-P. Schiera (curr.), *Lo Stato moderno. I. Dal Medioevo all'età moderna*, Bologna 1976, pp. 173-191 (spec. pp. 178-180). Per una ricognizione storiografica si segnala L. Tedoldi, *Dove eravamo rimasti? Lo Stato in età moderna tra problemi storiografici e questioni aperte*, in "Le carte e la storia. Rivista di storia delle istituzioni", XV (2009), pp. 19-33. Sul dibattito che insiste sulla "centralità del pluralismo cetuale e corporativo della società d'antico regime" v. spec. pp. 22-24. Sul ruolo di mediazione e ricomposizione unitaria del particolarismo cetuale che il "ministero togato" svolge nella società di *status* v. R. Ajello, *Il modello napoletano nella storia del pubblico funzionario*, in A. Giuliani-N. Picardi (curr.), *L'Educazione giuridica*, IV. *Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, Tomo I. *Profili storici. La tradizione italiana*, Perugia 1981, p. 343.

³ Così descrive il ruolo dei *Parlements* J.P. Royer, *Histoire de la justice en France*, Paris 1996, pp. 47-54.

⁴ F. Ost, *Jupiter, Hercule, Hermès: trois modèles du juge*, in P. Bouretz (cur.), *La force du droit. Panorama des débats contemporains*, Paris 1991, p. 247 ss., chiarisce che il modello *juge-Jupiter* può essere pensato solo in presenza di un diritto piramidale e in virtù del superamento della pluralità istituzionale di antico regime.

⁵ Sulla dicotomia funzionale tra potere del principe e potere degli apparati è utile rinviare alle considerazioni di L. Mannori, *Il sovrano tutore. Pluralismo istituzionale e accentramento amministrativo nel principato dei Medici (secc. XVI-XVIII)*, Milano 1994, pp. 407 ss.

di età moderna. In questa direzione basti pensare, ad esempio, al ruolo dei *Parlements* in Francia⁶ o al potere delle istituzioni che Gino Gorla chiamò “Grandi Tribunali”⁷.

⁶ Sui rapporti tra Parlamenti e potere sovrano nella Francia di antico regime sino alle soglie della Rivoluzione francese si veda perlomeno: J.-P. Royer, *La société judiciaire depuis le XVIII^e siècle*, Paris 1979; J. Declareuil, *Histoire générale du droit français des origines à 1789. A l'usage des Étudiants des Facultés de Droit*, Paris 1925; Y. Castan, *La justice en question en France à la fin de l'Ancien Régime*, in “*Déviance et Société*” 1 (1983), pp. 23-34; Y.-M. Bercé-A. Soman (curr.), *La Justice royale et le Parlement de Paris (XIV^e-XVII^e siècle)*, Parigi 1995; F. Olivier-Martin, *Les parlements contre l'absolutisme traditionnel au XVIII^e siècle*, Parigi 1997; J.-M. Carbasse (cur.), *Histoire du parquet*, Parigi 2000; G. Alessi, *Il processo penale. Profilo storico*, Roma-Bari 2001.

⁷ L'espressione è stata portata all'attenzione degli studiosi dal comparatista e civilista italiano Gino Gorla, comparando in diversi suoi saggi. È lo stesso studioso a precisare che i tratti caratteristici da lui evidenziati per le Supreme magistrature italiane sono rinvenibili almeno nei tribunali dell'Europa continentale. Per gli scritti vedi: G. Gorla, *I “Grandi Tribunali” italiani fra i secoli XVI e XIX: un capitolo incompiuto della storia politico-giuridica d'Italia*, in “*Quaderni del Foro Italiano*”, 1969, pp. 630-651 [anche in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Milano 1981, pp. 543-617]; Id., *I tribunali supremi degli stati italiani fra i sec. XVI e XIX quali fattori dell'unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione tra stati*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, I, Firenze 1977, pp. 477 ss; Id., *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale»*, in “*Foro italiano*”, 1977, parte V, coll. 91-120 [anche in Id., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, cit., pp. 651-703]; Id., *Per la storia del potere dei giudici in Italia fra il secolo XVI^e e i secoli XIX-XX fino alla cessazione dello Statuto Albertino: alcune tracce*, in “*Foro italiano*”, 1986, V, pp. 93-112. Alcuni dei saggi sono poi confluiti in parte nel saggio *Introduzione allo studio dei Tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in N. Picardi-A. Giuliani (curr.), *L'ordinamento giudiziario*, I: *Documentazione storica*, Rimini 1984. Una sintesi e una lettura critica della riflessione di Gorla è leggibile in I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, pp. 85-93. In generale sui Supremi tribunali italiani si veda anche M. Sbriccoli-A. Bettoni (curr.), *Grandi tribunali e Rote nell'Italia di Antico regime*, Milano 1993 e il lavoro di M. Ascheri, *Tribunali, giuristi ed istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1995, pp. 85 ss. Accanto ai saggi pioneristici di Gorla sul tema delle Supreme magistrature, se ne possono segnalare altri, più o meno recenti, a carattere monografico. A voler qui ricordare in ambito italiano alcuni dei più significativi (oltre a quelli contenuti nel volume a cura di Sbriccoli e Bettoni), si rinvia, senza nessuna pretesa di esaustività, a U. Petronio, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano 1972; U. Petronio, *Senato (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 1151-1163; sul Senato milanese di recente anche A.M. Monti, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel Ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, Milano 2004. Sulle Rote: G. Ermini, *La giurisprudenza della Rota Romana come fattore costitutivo dello “Ius commune”*, in D. Segoloni (cur.), *Scritti di diritto comune*, Padova 1976, vol. I, pp. 651-666; G. Gorla, *Appunti su “Tribunalia” o “Magistratus” con funzione amministrative e giudiziarie operanti fra i secoli XVI e XVIII nello Stato pontificio e nel Granducato di Toscana*, in *Consiglio di Stato. Studi per il Centenario della Quarta Sezione*, I, Roma 1989, pp. 3-26; A. Santangelo Cordani, *La giurisprudenza della Rota romana nel secolo XIV*, Milano 2001; R. Savelli, *Potere e giustizia. Documenti per la storia della rota criminale a Genova alla fine del '500*, in “*Materiali per una storia della cultura giuridica*”, 1975, pp. 29-172; Id., *I giudici delle rote in Italia (secoli XVI-XVIII)*, in F. Bocchi-P. Denley (curr.), *Storia & Multimedia*, Atti del Settimo Congresso Internazionale Association for History and Computing, Bologna 1994, pp. 182-188. Per il Regno di Napoli v. M.N. Miletta, *Tra equità e dottrina. Il sacro regio consiglio e le “Decisiones” di V. De Franchis*, Napoli 1995. Più di recente su questi temi anche D. Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitoriali e arbitrio giudiziale tra stylus curiae e ius commune nella Toscana Seicentesca*, Firenze 2009 dedicato alla Magistratura degli *Otto di guardia* e alla Rota criminale. L'autore preferisce parlare per la suddetta magistratura medicea più che di un Supremo Tribunale di un'istituzione giudiziaria centrale dove la *plenitudo potestatis* risiede nel Principe (pp. 351-354). Si aggiunga sulla Sicilia: B. Pasciuta, *In regia curia civiliter convenire. Giustizia e città nella Sicilia tardomedievale*, Torino 2003 e R. Sorice, “... *Quae omnia bonus iudex considerabit...*”. *La giustizia criminale nel Regno di Sicilia (secolo XVI)*, Torino 2009, la quale dedica alcune pagine alla *Magna Regia Curia* siciliana e

L'attività di "espropriazione politica" ai danni del corpo giudiziario, ancorché sempre più pronunciata nell'età moderna, non viene mai compiuta in modo definitivo dal potere politico. La mancanza di effettività dei tribunali può essere considerata una conseguenza di questa tendenziale autonomia del corpo giudiziario rispetto al potere sovrano. In questa sede si può solamente far cenno a detti aspetti in quanto tali elementi vanno necessariamente indagati tenendo in considerazione le singole esperienze giuridiche nelle quali è possibile studiare effettivamente il funzionamento della giustizia. Come dato significativo emerge, tuttavia, che in ordinamenti privi di forti apparati amministrativi capaci di diventare un punto di riferimento autonomo rispetto al potere dello *jus dicere* e nell'impossibilità di attività pervasive di conoscenza e controllo sulle magistrature, la richiesta di giustizia non era sempre assicurata in modo pieno ed effettivo anche in termini temporali.

Ciò premesso segue inevitabilmente che se l'ingiustiziabilità odierna va ricondotta alle ragioni a cui abbiamo fatto riferimento, nell'epoca precedente quegli stessi fenomeni vanno necessariamente connessi ad ipotesi di denegata giustizia, e cioè forme di negazione dello ordine giuridico⁸.

2. L'orizzonte storico dell'ingiustiziabilità: l'*habitus* del giudice e la dimensione oggettiva della giustizia

I discorsi di età moderna che sono riconducibili alla categoria odierna d'ingiustiziabilità vanno inseriti entro un orizzonte storico che tenga in considerazione le connessioni intercorrenti tra il giudice e una determinata concezione di giustizia⁹. Solo prestando attenzione a queste implicazioni si può

al rapporto tra giuristi e potere sotto il periodo della dominazione spagnola.

⁸ Sull'ordine giuridico moderno C. Garriga, *Orden jurídico y poder político en el Antigo Régimen*, in "Istor. Revista de historia internacional", 14 (2004) [http://www.istor.cide.edu/archivos/num_16/dossier1.pdf] ha individuato i tratti caratteristici in: "(I) *Preeminencia de la religión*. Ante todo, el derecho sólo puede comprenderse como parte de un complejo normativo más vasto e intrincado, que tiene matriz religiosa e integra a los distintos órdenes que disciplinan o contribuyen a disciplinar la sociedad: el derecho como la teología moral principalmente formaban un *ordenamiento compuesto*, porque siendo distintos participaban de una misma cultura – una "cultura preceptiva de carácter tradicional" – constituida (en sentido propio) por la religión [...] (II) *Orden jurídico tradicional y pluralista*. El derecho u ordenamiento jurídico tiene a su vez una configuración pluralista, en la medida que está integrado por distintos órdenes dotados de contenidos normativos y legitimidades diferentes [...] (III) que fuese un *orden jurídico probabilista*: concebida la tarea del jurista como interpretación de un orden dado, lo orienta hacia la fijación y solución de problemas (o *casos*), y – lo que importa más – es revelador de una concepción del derecho esencialmente antilegalista". In età moderna si è alla presenza di un ordine giuridico complesso per una pluralità di fonti normative di legittimazione diversa, derivanti dalla tradizione e modellate con i canoni della topica, che "participaban de una misma cultura – una "cultura preceptiva de carácter tradicional" constituida (en sentido propio) por la religión" (pp. 14-15).

⁹ Per un valido quadro metodologico sui 'discorsi della giustizia' e più in generale sulla storia della giustizia v. P. Costa, *Di che cosa fa la storia della giustizia? Qualche considerazione di metodo*, in L. Lacchè-M. Meccarelli, *Storia della giustizia e storia del diritto: prospettive di ricerca in ambito europeo*, Macerata 2012, pp.

cogliere come casi di ingiustizia o ingiustiziabilità assumono in epoche precedenti connotazioni giuridiche differenti.

Nell'età del diritto comune l'*officium* del giudice era identificato ed equiparato all'*abitudine* a cogliere la *iustitia*¹⁰. L'*habitus* del giudice, inteso come sistema di disposizioni che ne regolano le condotte, rappresentava un fondamento oggettivo in grado di orientare le scelte pratiche nonché di pre-ordinarle così da consentire che certi comportamenti, in determinate circostanze, fossero unanimemente ritenuti doverosi senza che si potesse per questo indicare una regola o una legge positiva esplicita¹¹.

Isidoro di Siviglia scriveva che “non est autem iudex si non est in eo iustitia”¹². In questo contesto *iustitia* esprimeva qualcosa di più del *suum cuique tribuendi* del diritto romano, ma si riallacciava ad una concezione sacra, indicando rettitudine morale, conformità alla volontà di Dio e, in ultimo, fedeltà alla divinità. Infatti, la tradizione medievale voleva che *Iustitia, id est Deus*¹³. Sempre per Isidoro, coloro che giudicavano con imparzialità portano in mano la bilancia e reggono, nell'uno e nell'altro piatto, la giustizia e la misericordia, e così, attenendosi alla giustizia, pronunziavano la sentenza, e attenendosi alla misericordia mitigavano la pena¹⁴.

17-43.

¹⁰ “La riduzione della *iustitia* in *habitus* e, dunque, la sua natura di virtù ha determinato, dall'epoca di Irnerio in poi, che la giustizia costituisse una particolare conformazione spirituale del soggetto, indipendentemente da manifestazioni concrete, non risolvibili quindi in una somma di atti giusti”. In questo senso v. E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano 1964, pp. 5 ss.

¹¹ Per un quadro concettuale si veda P. Bordieu, *Habitus, code et codification*, in “Actes de la recherche en sciences sociales”, 64 (1986), pp. 40-44. Cfr. anche P. Bordieu, *La distinzione. Critica sociale del gusto*, Bologna 1983, pp. 174-181. Su questo autore F.S. Nisio, *Metamorfosi di Bourdieu. La mistica, il diritto, la storia*, in “Quaderni fiorentini”, 35 (2006), pp. 9-56. In ultimo, su *habitus* e comportamento vedi A. M. Hespanha, *A ordem do mundo e o saber dos juristas Imaginários do antigo direito europeu*, s.l. 2017, pp. 391-397.

¹² Isidoro Di Siviglia, *Etimologie o Origini*, Torino 2004, II, XVIII, 15, 6 (p. 505). In modo identico nel volume primo, IX, 4, 14. Sul giudice in Isidoro di Siviglia v. P. Bianchi, *Il principio di imparzialità del giudice: dal Codice Teodosiano all'opera di Isidoro di Siviglia*, in G. Bassanelli Sommariva-S.Tarozzi (curr.), *Ravenna Capitale. Uno sguardo ad Occidente Romani e Goti - Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, p. 202 ss.

¹³ Su questa base si regge un'intera concezione della giustizia, cardine di gran parte dell'universo concettuale giuridico-politico dell'età di diritto comune. In questo senso D. Quagliani, *Introduzione. La rinnovazione del diritto*, in *Il secolo XII: la «renovatio» dell'Europa cristiana*, Bologna 2003, p. 33. Più diffusamente v. D. Quagliani, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, Bologna 2004 e si aggiungano B. Paradisi, *Studi sul Medioevo giuridico*, I, Roma 1987, p. 264; A. Padovani, *Perché chiedi il mio nome? Dio natura e diritto nel secolo XII*, Torino 1997 e A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi di un'immagine*, Torino 2008, pp. 14-35.

¹⁴ *Sententiarum*, III, 52,4: “Omnis qui recte iudicat, stateram in manu gestat, in utroque penso iustitiam et misericordiam portat; sed per iustitiam reddet peccati sententiam, per misericordiam peccati temperat poenam, ut isto libramine quaedam per aequitatem corrigat, quaedam vero per miserationem indulgeat”. Il testo sarà poi riprodotto nel Decretum I, 45, 10 ed è estratto dai *Moralia* di Gregorio Magno a cui si sarebbe ispirato Isidoro di Siviglia. Per alcune considerazioni su questi aspetti con particolare riferimento a giudice e misericordia v. P.G. Caron, “*Aequitas romana*”, “*misericordia patristica*”

Questo quadro di valori è destinato a complicarsi nel corso dei secoli, come dimostra più tardi il prologo di un'opera giuridica assai nota, scritta nel secolo XII, le *Questiones de iuris subtilitatibus*. Qui la *iustitia* è rappresentata mentre porta in grembo l'*Aequitas* ed è sovrastata dalla *Ratio*¹⁵. La misericordia di Isidoro è in parte sostituita dalla *Pietas* e dalla *Gratia*, due delle sei figlie della giustizia assieme alla *Religio*, alla *Vindicatio*, all'*Observantia* e alla *Veritas*.

Graziano nella sua opera di riordinamento e sistematizzazione di *auctoritates*, raccoglie nel c. *justum est*, Quaestio II della Causa XXIII, il passo tratto dalle Etimologie di Isidoro¹⁶. La nozione isidoriana ritorna anche in un altro luogo del *Corpus iuris canonici*, cioè sarà riprodotta nelle *Decretales* di Gregorio IX nel c. *forus* del *de verborum significatione* (X.5.50.10). Per una costruzione teorica compiuta sull'*habitus* del giudice bisognerà però attendere la sistematizzazione tomistica. Il Dottor Angelico, nel descrivere l'*habitus* del giudicante, affermava, utilizzando un'espressione rinvenuta nell'Etica aristotelica, che *Iudex dicitur iustitia animata*¹⁷. Questa formula è da leggersi nel senso che la figura del giudice si risolve in quella della giustizia, della quale è attuazione pratica¹⁸. Nella riflessione di San

ed "epicheia aristotelica" nella dottrina dell'*aequitas canonica*. Dalle origini al Rinascimento, Milano 1971, recentemente R. Bianchi Riva, *Il giudice e la misericordia. Riflessioni sull'amministrazione della giustizia nel diritto canonico classico*, in "Vergentis. Revista de investigación de la Cátedra Internacional conjunta Inocencio III", 5 (2017), pp. 185-219.

¹⁵ G. Zanetti (cur.), *Questiones de iuris subtilitatibus*, Firenze 1958. Su questa rappresentazione M. Sbriccoli, *La benda della giustizia*, in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale*, I, Milano 2009, pp. 159-170. Sulle origini della celebre opera e sul suo autore: A. Gouron, *Les "Quaestiones de iuris subtilitatibus": une oeuvre du maître parisien Albéric*, in "Revue Historique", 2 (2001), pp. 343-362.

¹⁶ Su Graziano e la sua opera esiste una letteratura abbondante, oltre alle precisazioni e alla bibliografia contenuta in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma, 1995, pp. 197-209 e alla voce enciclopedica di D. Quaglioni, *Graziano*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma 2002, pp. 1-6, si possono ricordare i lavori di: S. Kuttner, *Gratian and the schools of law, 1140-1234*, London 1983 e A. Vetulani, *Sur Gratien et les Décrétales*, Aldershot 1990; A. Winroth, *The Making of Gratian's Decretum*, Cambridge 2009; P. Landau, *Gratian and the Decretum Gratiani*, in W. Hartmann-K. Pennington (curr.), *History of medieval canon law in the classical period (1140-1234), from Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington 2008, pp. 22 ss.

¹⁷ Tommaso D'aquino, *Summa Teologica*, Bologna 1984, II,II, quaest. 67, art. 3: "unde sicut Philosophus dicit, in 5 Ethic., "ad iudicem confugiunt sicut ad quandam iustitiam animatam"". Sul tomismo come sistema concettuale in rapporto con il diritto e la "scienza della politica" v. *Théologie et droit dans la science politique de l'état moderne. Actes de la table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du CNRS, Rome, 12-14 novembre 1987*, Roma 1991. Mi limito qui semplicemente a ricordare che sin dal medioevo l'Imperatore fu, invece, considerato *Lex animata* e che poi in qualità di guardiano della giustizia diventò, attraverso un processo di assimilazioni, *Iustum animatum*, assumendo le qualità di giudice. Cfr. sul punto E. Kantorowicz, *I due corpi del Re. L'idea di regalità nella teologia politica medioevale*, Torino 1989, pp. 113-118. Sull'interpretazione della formula v. L. Mayali, *Lex animata. Rationalisation du pouvoir politique et science juridique (XIIème-XIVème siècles)*, in A. Gouron-A. Rigaudière (curr.), *Renaissance du pouvoir législatif et genèse de l'état*, Montpellier 1988, pp. 155-164.

¹⁸ A. Casciello, *Il giudice come "iustum animatum" in San Tommaso d'Aquino*, in "Rivista internazionale di filosofia del diritto", 3 (2000), p. 384. Spunti sulla figura del giudice nel pensiero tomistico sono rinvenibili anche in A. Laingui, *Le juge criminel dans la Somme Théologique de Saint Thomas D'Aquin*, in F. Stevens-D. van den Auweele (curr.), *Houd voet bij stuk. Xenia iuris historiae G. van Dievoet Oblata*, Leuven 1990 e D. Quaglioni, *La giustizia nel Medioevo e nella prima età moderna*, cit., pp. 75-81.

Tommaso, l'immagine del giudice come "ministro di giustizia" era funzionale anzitutto a coniugare l'attività del giudicare con il divieto contenuto nel passo evangelico del *Nolite iudicare, ut non iudicemini* (Matteo, 7,1). Le ragioni che muovono una tale riflessione erano essenzialmente pratiche: conciliare esigenze concrete riguardanti il terreno del reggimento della vita delle società umane e le istanze dell'etica neotestamentaria. Si trattava, in buona sostanza, di recuperare la riflessione dei Padri della Chiesa sforzandosi di ridimensionare la portata del precetto evangelico, riducendo a immorale solo il *iudicium perversum vel iniustum*. Questa costruzione consentiva di trasformare il *Nolite iudicare* da divieto incondizionato a principio dall'alta valenza deontologica: si passava da un divieto assoluto a norma di comportamento rimarcante la gravità della responsabilità di chi esercitava la funzione di giudice¹⁹.

Alla formula '*iustitia animata*' San Tommaso ne affiancava altre equivalenti, recuperate dalla tradizione cristiana e usate sempre per definire l'atto del fare giustizia. Accanto al sintagma *Iudex autem dicitur quasi ius dicens*²⁰ d'ispirazione romanistica e isidoriana, si trovano espressioni come *Iudex est interpretes iustitiae*²¹; *iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate*²²; *Iudicare ut deus*²³ e l'altrettanto fortunata espressione *Iudex minister Dei*²⁴. In quest'ultima è evidente

¹⁹ Sulla responsabilità etica del giudice che si fa "interpretes iustitiae" anzi "iustitia animata" v. P. Bellini, *La coscienza del principe. Prospettiva ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, I, Torino 2000, p. 414 ss.

²⁰ Tommaso D'Aquino, *Summa Teologica*, cit., II.II., q. 60, art. 1: "iudicium proprie nominat actum iudicis in quantum est iudex. Iudex autem dicitur quasi ius dicens. Ius autem est obiectum, ut supra habitum est".

²¹ Tommaso D'Aquino, *Summa Teologica*, cit., II.II., q. 67, art. 3.

²² *Ibid.*, II.II., q. 67, art. 2. La formula riguarda il modo di conoscere i fatti di causa "[...] iudicare pertinet ad iudicem secundum quod fungitur publica potestate. Et ideo informari debet in iudicando non secundum id quod novit tamquam persona privata, sed secundum id quod sibi innotescit tamquam personae publicae".

²³ *Ibid.*, II.II., q. 67, art. 2: "homo in iudicando debet divino iudicio conformari: "quia Dei iudicium est"". Sulla formula cfr. U. Petronio, *Laboratorio per una ricerca: iudicare tamquam Deus tra teologia e diritto*, in P.A. Bonnet-L. Loschiavo (curr.), *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*, Napoli 2008, pp. 153-192 e, anche, A. Monti, *Iudicare tamquam deus. I modi della giustizia senatoria nel ducato di Milano tra Cinque e Settecento*, cit. Sul tema è interessante anche la ricognizione di A. Prosperi, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, cit., p. 26: "A differenza del giudice dell'antichità, quello cristiano aveva sopra di sé Dio stesso: era il Dio onnisciente che interveniva in giudizio [...] Con la rinascita del diritto romano non si perse il riferimento al Dio giudice della Bibbia ma se ne allontanò la presenza. Toccava al giudice terreno essere consapevole della sua responsabilità davanti a Dio nell'esercizio del compito che in nome di Dio gli veniva affidato".

²⁴ Tommaso D'Aquino, *Summa Teologica*, cit., II.II., q. 60, art. 2, "Iudex constituitur ut minister Dei. Unde dicitur *Deuteronomio* 1,16: "Quod iustum est iudicate"; et postea subdit: "Quia Dei est iudicium"". La formula avrà un'ampia circolazione. Ad esempio, si veda P. Farinacci, *Praxis et theoricae criminalis*, Lungduni, 1634, *Pars Primae, Tomus Secundus*, p. 109, n. 89. "Iudex dicitur minister Dei in terris eiusque iudicium censetur prodire de vultu Dei, de vultu autem Dei non potest egredi, nisi iustitia et veritas cum Deus ipse dicat ergo quamdiu Iudex sequitur veritatem et iustitia non Dei, sed Diaboli minister efficitur... iudex, qui non facit iustiam, non solum non dicitur iudex, verum etiam nec homo, sed connumeratur inter animalia bruta... si iudex dum non facit iustitiam, amplius Iudex

come l'esercizio della giustizia avvenisse per il tramite della delega divina. Tra gli ampi poteri del giudice vi era, tra l'altro, quello di poter condannare a morte, tale *potestas* non poteva certo discendere da una delega umana o sovrana.

Per la grandissima autorità del Dottor Angelico questa costruzione teorica sarà destinata ad avere una grande fortuna non solo sul piano teologico ma anche su quello giuridico e si ritroverà nei discorsi dottrinali della tradizione europea dello *jus commune*²⁵. Nella tradizione giuridico-cristiana, infatti, l'*habitus* del giudice finiva con il presentarsi come un'insieme di obblighi nella forma di una virtù²⁶. L'agire del giudice era così preordinato e si traduceva in una serie di doveri d'ufficio che riposavano sulla virtù stessa della giustizia, la quale era, infatti, elemento costitutivo del potere, preesistendo e promanando dallo stesso²⁷.

3. *Iudex qui litem suam facit* e le forme di responsabilità del giudice

In virtù di questi legami il giudice non poteva sottrarsi al suo specifico dovere di *exhibere iustitiam*. Tanto la legge civile quanto la legge canonica puniva il giudice che non attendeva al suo ufficio con doverosa correttezza. Tra le forme di responsabilità del giudice si annoverano i casi in cui *per imprudentiam vel imperitiam pronuntiavit* sino ai casi in cui il giudice disattendeva con dolo il suo ufficio²⁸.

Secondo il diritto romano, il giudice era tenuto a rispondere *ex dolo malo*

non est, sed privatus, sicut cuilibet permittitur resistere ad versus violentiam sibi factam per privatum, ita pariter et resistere licet ad versus Iudicem”.

²⁵ Mi limito a richiamare due lavori, il cui oggetto è limitato ad un'indagine di esperienze particolari quali quella spagnola e portoghese, che pongono in risalto l'*habitus* del giudice come 'giustizia animata': C. Garriga, *Justicia animada: dispositivos de la justicia en la Monarquía católica*, in M. Lorente Sariñena (cur.), *De justicia de jueces a justicia de leyes: hacia la España de 1870*, Madrid 2007 pp. 59-99 e A.P. Barbas Homen, *Judex perfectus. Função jurisdicional e estatuto judicial em Portugal (1640 – 1820)*, Coimbra 2003.

²⁶ Per un'ampia ricostruzione di come nella tradizione monastica cristiana l'abito era trasformato in una forma di vita tanto che vesti esteriori e predisposizione interiore coincidono vedi G. Agamben, *Altissima povertà. Regole monastiche e forme di vita*, Vicenza 2011: “È nel contesto della vita monastica, che il termine *habitus*, che significa in origine modo di essere o di agire e, nella Stoa, diventa sinonimo di virtù (*habitus appellamus animi aut corporis constantem et absolutam aliqua in re perfectionem* – Cic., Inv., 25, 36) tende sempre più a designare il modo di vestire [...] Questo uso del termine è, però, reso possibile dal fatto che le vesti dei monaci, che Cassiano enumera e descrive nei dettagli, sono state sottoposte a un processo di moralizzazione che fa di ciascuna di esse il simbolo o l'allegoria di una virtù e di un modo di vita. Per questo, descrivere la veste esteriore (*exteriorum ornamentum*) equivarrà a esporre un modo di essere interiore” (pp. 24-25).

²⁷ Su giustizia e potere M. Sbriccoli, *Giustizia Criminale*, in M. Sbriccoli, *Storia del diritto penale e della giustizia* cit., I, p. 17.

²⁸ Per un primo inquadramento sul tema della responsabilità del giudice si vedano i saggi raccolti in A. Giuliani-N. Picardi (curr.), *L'educazione giuridica*, III, Perugia 1978; A. Giuliani-N. Picardi, *La responsabilità del giudice*, Milano 1995 e, poi, *Juger les juges. Du moyen au conseil supérieur de la magistrature*, Paris 2000.

oppure *ex quasi delicto*. In quest'ultima ipotesi si usava dire che il giudice *litem suam facit* nel senso che era tenuto alla *restitutio in integrum* trasferendo su di sé il danno subito dalla parte lesa. Siamo dinnanzi ad ipotesi che trovano il riferimento testuale in alcuni brani del *corpus iuris civilis* (D.50.13.6 e D. 44.7.4 e I.4.5 pr.), i quali consentirono di inquadrare la figura del *litem suam facere* come responsabilità professionale per cui il giudice pur agendo senza dolo era, comunque, perseguibile²⁹.

Nel diritto canonico, invece, era il canone 15 del primo Concilio di Lione (1245)³⁰, riprodotto nel *Liber Sextus* (VI.2.14) a stabilire che il giudice, nel proferire le sentenze, dovesse avere davanti agli occhi solo Dio³¹. Il passo conciliare stabiliva che colui che amministra la giustizia contro coscienza e contro giustizia era sospeso dall'ufficio per un anno e costretto a risarcire i danni nei confronti della parte lesa. Il testo individuava anche i comportamenti doverosi del giudice: evitare favoritismi, l'odio, l'avarizia negli affari di giustizia, prediligere la prudenza ed evitare di dissipare la propria fama e il proprio onore. Il momento di misurazione, espresso attraverso la metafora delle *lances appendant aequo libramine*, era da monito ai giudici affinché “*iustas measuras et pondera debent habere*”³².

²⁹ Su questa ipotesi v. Andrea Landi, *Iudex qui litem suam facit. Sulla responsabilità del giudice nel diritto comune*, in *Storia giuridica per futuri giuristi. Temi e questioni*, Torino 2015, pp. 29-41.

³⁰ Il Concilio di Lione fu convocato dal papa giurista Innocenzo IV, formatosi a Bologna, cui si deve tra l'altro un'importante *Apparatus* di commento ai primi cinque libri delle *Decretales*. Su Innocenzo IV si vedano A. Melloni, *Innocenzo IV. La concezione e l'esperienza della cristianità come 'regimen unius personae'*, Genova 1990; A. Paravicini Bagliani, *Innocenzo IV*, in *Enciclopedia dei Papi*, II, Roma 2000, pp. 384-393 e Id., *Innocenzo IV*, in Ph. Levillain (cur.), *Dizionario storico del papato*, Vol. I-Z, Milano 1996, pp. 792-795; L. Pisanu, *Innocenzo IV e i Francescani (1243-1254)*, Roma 1968; G. Le Bras, *Innocent IV romaniste. Examen de l'Apparatus*, in “*Studia Gratiana*”, 11 (1967), pp. 307-326; R. Michetti, *Innocenzo IV, papa (Sigismondo Fieschi)*, in d A. Prosperi (cur.), *Dizionario storico dell'Inquisizione*, II, Pisa 2010, pp. 797-799. Tracce sulla vita e il giurista si trovano anche in A. Piola, *Innocenzo IV Fieschi pontefice e giurista sommo*, in *Scritti in memoria di Vittorio Emanuele Orlando*, Padova 1955 e E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale* II, cit., pp. 236-239.

³¹ “*caveant ecclesiastici iudices et prudenter attendant ut in causarum processibus nihil vendicet odium, nihil vel favor usurpet, timor esulet, praemium in minimis, lances appendant aequo libramine, ut in omnibus quae in causis agenda fuerint, praesertim in concipiendis sententiis et ferendis, prae oculis habeant solum Deum [...]. Si quis autem iudex ecclesiasticus ordinarius aut delegatus, famae prodigus et proprii persecutor honoris, contra conscientiam et contra iustitiam in gravamen partis alterius in iudicio quicquam fecerit per gratiam vel sordes, ad executione officii per annum noverit se suspensum, ad aestimationem litis parti quam laeserit nihilominus condemnandus*”. Per i canoni del concilio di Lione v. J. Alberigo-J.A. Dossetti-P. Perikle-P. Joannou-C. Leonardi-P. Prodi (cur.), *Conciliorum oecumenicorum decreta*, III ed., Bologna 1973. Sul giudice nel diritto canonico classico vedi L. Mayali, *Entre idéal de justice et faiblesse humaine: le juge prévaricateur en droit savant*, in “*Recueil de mémoires et travaux publiés par la société d'histoire du droit et des Institutions des anciens pays de droit écrit*”, XVI (1994), pp. 91-103.

³² G. D'Andrea, *Liber sextus decretalium D. Bonifacii papae VIII: Suae integritati una cum Clementinis & Extraneantibus, earumque glossis restitutus*, Roma 1582, f. 374 v. *libramine*. Cfr. sul nesso strumenti di misurazione della giustizia e bene comune P. Schiera, *La misura del bene comune*, Macerata 2010. In particolare sullo strumento della bilancia nella raffigurazione della giustizia M. Sbriccoli, *La benda della giustizia*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., p. 173, nt. 50. In modo specifico su questo aspetto N. Robert,

All'interno delle complicate forme di responsabilità del giudice sin qui sommariamente descritte è possibile procedere, attraverso un'angolazione critica, ad alcune distinzioni al solo scopo di comprendere la questione della denegata giustizia. In particolare a tal riguardo è possibile individuare tre campi d'intersezione.

3.1. Negare/Violare la giustizia

Il primo campo è costituito dalla distinzione tra le ipotesi di *denegata iustitia* e quelle di *iniustitia*. Attraverso un procedimento di astrazione distinguiamo i casi in cui il giudice consapevolmente agisce *in fraudem legis* oppure *nobile suum officium violare* dai casi, meno gravi, in cui *etsi male jus dicat*.

Nella sua forma più grave la *denegata iustitia* si presentava come una negazione dell'ordine giuridico. Le fonti fanno esplicito rinvio ad una violazione dell'*officium iudicis*, cioè negazione del dovere di amministrare la giustizia da parte di chi ha legittima autorità e competenza (*facere iudicium atque iustitiam*). Enrico da Susa ricordava, citando il relativo passo del Digesto, “*officium iudicis est latissimus*”³³ ed elencava alcuni dei doveri del giudice quali, ad esempio, *certam sententiam dare, lites dirimere, quidam aestimaverunt, partes ad compositionem inducere, malitiis hominum obviare, exceptiones arctare, aequitatem coram oculis habere*, ecc.³⁴

Si può ben dire che, nel periodo in esame, l'*officium iudicis* era considerato come un fascio di obbligazioni parallele (obblighi giuridici e obblighi morali) tipico delle costruzioni deontologiche di investitura cristiana³⁵. Alla base vi era

Naissance d'une image: la balance de l'équité, in “Histoire de la justice”, (11) 1998, pp. 85-97.

³³ Enrico Da Susa (Hostiensis), *Summa Aurea*, Venetiis 1574, titolo *De officio iudicis*, § *Quid sit officio iudicis*, col. 342.

³⁴ *Ibidem*, § *Et utrum desideret*, col. 343.

³⁵ Già nel diritto romano l'*officium* finiva per significare qualcosa di diverso rispetto alla semplice *obligatio*, intesa, secondo la tradizione classica, come un *vinculum juris*. Sull'*officium* in diritto romano si veda, per tutti, E. Bernet, *De vi atque usu vocabuli officii*, diss. Vratislaviae 1930; F. Cancelli, *Saggio sul concetto di officium in diritto romano*, in “Rivista italiana di scienze giuridiche”, 92 (1957–58), pp. 351-401; Id., *Nota preliminare sull'«officium civile»*, in *Studi giuridici in memoria di Filippo Vassalli*, I, 1960, 21 ss.; Id., *Ufficio (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XLV, Milano 1992, spec. pp. 607 ss.; A. Dell'oro, *I libri «de officio» nella giurisprudenza romana*, Milano 1960; J. Hellegouarc'h, *Le vocabulaire latin des relations et des partis politiques sous la république*, Paris 1972, p. 152 ss.; I. Cremades Ugarte, *El officium en el derecho privado romano. Notas para su estudio*, Leon 1988; ultimamente, J. Lmurga, *El 'officium'*, in *Iuris vincula. Scritti in onore di M. Talamanca*, VI, 2001, 1 ss. e G. Falcone, *Officium e vincolo giuridico: alle origini della definizione classica di obligatio*, in “Ius antiquum”, XVI (2005). Il termine *ob-ficium*, come si può cogliere prestando attenzione alla trascrizione etimologica, richiamava l'*idea di servizio* inteso come compimento prestabilito e dovere oggettivo che prevale sulla decisione soggettiva ed arbitraria del singolo. M. Santoro, «Professione»: *origini e trasformazione di un termine e di un'idea*, in D. Zardin (cur.), *Corpi, «fraternità», mestieri nella storia della società europea*, Roma 1998, pp. 117-158 notava: “il termine *officium* era già usato dai giuristi romani in vari modi: riferiti ai doveri morali originati dai legami di amicizia e di parentela (*officium amicitiae*), o a quelli connessi alla difesa di qualcuno (*officium tutoris, advocatiōis*). *Officium* indicava anche i compiti ufficiali di una persona occupata nell'amministrazione che oggi diremo ‘pubblica’, come l'incarico di magistrato” (p. 127). Questi profili saranno fortemente accentuati nel medioevo cristiano, potendo agganciare i vincoli sociali ad un fondamento etico: in questo modo il concetto

L'idea di un giudice che nello svolgere la propria funzione esercitava la sua autorità morale, culturale, tecnica e cognitiva, in obbedienza ad un superiore ordinamento. In quanto attività regolata, la funzione del giudicare coincideva con il dovere (*officium*) del giudicare. Sotto il profilo strutturale la tradizione di diritto comune divideva l'*officium iudicis* in due specie: l'*officium mercenarium* e l'*officium nobile*³⁶. Nel primo caso, il giudice agiva a seguito di un'istanza di parte per tutelare un diritto formalmente individuato nel libello introduttivo, nel secondo caso “dicitur nobile quod succedit loco actionis”, manca, cioè, un'azione formale e il giudice interviene con lo scopo di rendere effettiva la giustizia. Il vero cuore della giurisdizione, e così anche il ruolo del giudice, risiedeva nell'*officium nobile* la cui trattazione nelle fonti era spesso confusa o assimilata all'*arbitrium*³⁷, ma a voler prestare attenzione si coglie come il potere

romanistico di *officium* acquista una forma più definita in virtù della costruzione che la canonistica del periodo classico propone. Queste costruzioni teoriche si possono meglio comprendere attraverso un lavoro di scavo sulla genealogia dei concetti di Giorgio Agamben che, indagando l'archeologia del concetto di ufficio, vede nell'attività pubblica della chiesa (*officium* liturgico) “il paradigma di una attività umana la cui efficacia non dipende dal soggetto che la mette in opera e che ha, tuttavia, bisogno di lui come di uno “strumento animato” per realizzarsi e rendersi effettiva”. Cfr. G. Agamben, *Opus Dei. Archeologia dell'ufficio*, Torino 2012, p. 41. A titolo esemplificativo sull'*officium* ecclesiastico in età medievale si segnalano i lavori di D.E. Heintschel, *The medieval concept of an ecclesiastical office*, Washington 1956; R. Naz, *Offices ecclésiastiques*, in R. Naz (cur.), *Dictionnaire de droit canonique contenant tous les termes du droit canonique*, VI, Parigi 1957, pp. 1074-1105 e U. Wolter, *The officium in Medieval Ecclesiastical Law as a Prototype of Modern Administration*, in A. Padoa-Schioppa (cur.), *Legislation and Justice*, Oxford 1997, pp. 17-36. Ma soprattutto M. D. Chenu, *Officium. Théologiens et canonistes*, in *Études d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, II, Paris 1965, pp. 835-839. Per un raffronto con l'*officium principis* si veda la riflessione che P. Bellini, *La coscienza del principe. Prospettazione ideologica e realtà politica delle interposizioni prelatizie nel Governo della cosa pubblica*, cit., p. 252 ss. Sempre secondo Agamben, tale impostazione ha contribuito a creare delle strutture mentali che vedono il soggetto non per ciò che è ma per ciò che deve essere ed è su questa concezione che riposa la moderna concezione degli ‘uffici’. Ciò è possibile – spiega sempre Agamben – perché la tradizione occidentale, iscrivendo le virtù nella sfera degli abiti, ha connesso *habitus* e *officium*: “virtù e *officium* coincidono senza residui. Il dover essere è il dispositivo che consente ai teologi di risolvere la circolarità tra essere ed agire in cui restava presa la dottrina della virtù. L'atto compiuto grazie all'inclinazione operativa dell'abito virtuoso, è, in realtà e nella stessa misura, l'esecuzione di un dovere”. *op. cit.*, p. 109. Il concetto ciceroniano di *officium*, trasformato da Ambrogio nel suo trattato sulle virtù sacerdotali, diventerà dispositivo che rende effettivo l'universale. Successivamente la riflessione scolastica e le argomentazioni della dottrina canonistica classica designeranno, sulla scorta dell'intuizione di Ambrogio, con l'*officium* uno schema normativo di comportamento e al contempo la carica ricoperta: “l'ufficio come “situazione soggettiva” o come una “competenza-dovere”, che stabilisce per un certo soggetto la legittimazione (e il dovere correlato) a compiere certi atti in virtù della sua carica funzione”, *op. cit.*, p. 101.

³⁶ Sull'*officium iudicis* in età medievale si vedano gli studi di Ch. Lefebvre, *L'«officium iudicis» d'après les canonistes du Moyen Age*, in “L'année canonique”, 2 (1953), pp. 115-124; K.W. Nörr, *Zur Stellung des Richters im gelehrten Prozess der Frühzeit: Index secundum allegata non secundum conscientiam indicat*, München 1967, pp. 81 ss.; P. Ourliac, *L'office du juge dans le droit canonique classique*, in *Melanges offerts à Pierre Hebraud*, Toulouse 1981, pp. 627-644; E.J.H. Schrage, *Le droit savant avant Accurse*, in *L'assistance dans la résolution des conflits/ Assistance in conflicts resolution*, Bruxelles 1996, pp. 16-26 e J. Gaudemet, *Storia del diritto canonico. Ecclesia et Civitas*, Cinisello Balsamo 1998, pp. 595-596.

³⁷ Questa confusione nelle fonti è notata da U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*, II ed., Padova 1955, pp. 297-298.

discrezionale era solo uno strumento necessario nelle mani del giudice al fine di adempiere ai propri doveri. Fondamento dell'*officium nobile* era l'*aequitas*: “*officium iudicis praesupponit aequitatem; ideo ubi cessat aequitas, cessat officium iudicis*”³⁸. La *scientia iuris* non elaborò una nozione compiuta di *officium nobile* né indicò ipotesi tassative, in quanto l'ampia flessibilità dei presupposti era garanzia di effettività³⁹.

Per contro, rientrerebbero nei casi di *etsi male jus dicat* le ipotesi in cui vi era una violazione ma non una negazione della giustizia, in quanto nell'atto del giudicare mancava l'elemento volitivo del voler negare l'*ordo justum*. La sentenza era ingiusta anche se la giustizia non veniva ricusata⁴⁰. In tale contesto vi rientrerebbero, ad esempio, oltre alle ipotesi di negligenza, i casi di imperizia (*iudex imperitus*). A tal proposito la trattatistica dedicata alle qualità del buon giudice non lesinava inviti allo studio costante delle questioni giuridiche⁴¹. La

³⁸ D. Toschi, *Practicarum conclusionum iuris*, cit., *Tomus quintus*, concl. 112. Sull'*officium iudicis* e i suoi elementi costitutivi si veda, a titolo esemplificativo, la relativa trattatistica ad esso dedicato: C. Cantiancula, *De officio iudicis*, Basileae 1523 [anche in *Tractatus universi iuris*, Venetiis 1584, t. III, pars I: *De iudicijs*]; R. Trochaeus, *De officio iudicis in causis capitalibus ex bono et aequo decidendis*, in *Tractatus universi iuris*, cit., t. III, pars I: *De iudicijs*; S. Matthias, *Tractatus de officio iudicis*, Francfurti ad Moenum 1625; I.P. Xammar, *De officio iudicis et advocati*, Barcinonae 1639; Anonimo, *Dell'officio del giudice. Libri due opera politico-legale*, Venezia 1768. Sulla funzione dell'equità nel diritto comune vedi A. Padoa-Schioppa, *Equità nel diritto medievale e moderno: spunti della dottrina*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, 87 (2014), p. 5 ss.

³⁹ Su flessibilità ed effettività nel sistema del *facere iustitiam* di età medievale e moderna vedi M. Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in J. Chiffolaeau-C. Gauvard-A. Zorzi (curr.), *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, Roma 2007, pp. 573-594 e M. Meccarelli, *Dimensions of Justice and Ordering Factors in Criminal Law from the Middle Ages till Juridical Modernity*, in G. Martyn (cur.), *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle. Legislation as a Source of Law in Criminal Trials*, Berlin 2013, pp. 49-67.

⁴⁰ Sulla sentenza in età intermedia mancano lavori di taglio generale. Un quadro di sintesi si può leggere in G.P. Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 1200-1245 e nei lavori di A. Pertile, *Storia della procedura*, II, Torino 1900, pp. 197 ss.; P. Calamandrei, *La teoria dell'error in iudicando nel diritto italiano intermedio*, in Id., *Opere giuridiche*, VIII, Napoli 1979, pp. 147-244 (spec. pp. 236 ss. sulla sentenza *ex capite notoriae iniustitiae*). Sulle modalità mediante cui si giunge alla formazione delle *decisiones* nelle diverse realtà italiane si veda: G. Gorla, *Procedimento individuale. Voto dei singoli giudici e collegialità «rotale»: la prassi della rota di Macerata nel quadro di quella di altre rote o simili tribunali fra i secoli XVI e XVII*, in M. Sbriccoli-A. Bettoni (curr.), *Grandi Tribunali nell'Italia di antico regime*, cit., pp. 3-78; M.N. Miletta, *Tra equità e diritto*, cit., p. 125 ss.; cenni per la Rota criminale fiorentina anche in D. Edigati, *Gli occhi del Granduca. Tecniche inquisitorie e arbitrio giudiziario tra stylus curiae e ius commune nella Toscana secentesca*, cit., pp. 277-278. Sulla motivazione della sentenza: R. Ajello, *Arcana juris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli 1976, pp. 338-342; F. Mancuso, *Per la storia della motivazione della sentenza nei secoli XVI-XVIII*, in “Rivista trimestrale di diritto e procedura civile”, XLIX (1995), pp. 287-310.

⁴¹ Sulle qualità del giudice nelle fonti giuridiche di età moderna si possono ricordare G.B. De Thoro, *Tractatus de magistratibus, iudicibus et aliis iusdicentibus*, Neapoli 1653; F.G. De Angelis, *De virtutibus christiani iudicis*, Neapoli 1692; G. Mastrillo, *Tractatus de magistratibus eorum imperium et iurisdictione*, Venetiis 1667, Libro II, pp. 81 ss.; Anonimo, *Dell'officio del giudice*, cit., capo IV ss.; I.P. Xammar, *De officio iudicis et advocati*, cit., *Quaestio 1 – De qualitate iudicis*; G. Alvarez De Velasco, *Judex perfectus*, Lausanne-Geneve 1740; M.A. Savelli, *Compendium De qualitatibus Iudicis perfecti ex minus elegantibus, quam obstruso tractati D. Gabriel Alvarez de Velasco*, in M.A. Savelli, *Summa diversorum tractatorum*, I, Venetiis 1748, pp. 17-31. Per alcune riflessioni sul tema delle qualità del giudice si veda M.G. Di Renzo

conoscenza (*scientia*) non si poteva ridurre alla mera padronanza della legge e delle opinioni dottrinali, bensì doveva estendersi anche all'etica e alla dialettica, unite ad una grande *experientia*⁴². Inoltre, si faceva avanti la distinzione tra sapienza e prudenza⁴³. Se la prima si poteva far coincidere con il sapere o meglio nella conoscenza dei principi che governano una determinata arte, la prudenza era identificata con la saggezza ovvero il “sapere agire”. La prudenza, come la medicina per la salute e la *gubernatio* per la navigazione, era sale e condimento di tutte le qualità. Infatti, nella tradizione cristiana era la prima in ordine d'importanza tra le virtù⁴⁴. A ricordarcelo era Dante, il quale nella processione simbolica del Purgatorio cantava “dalla sinistra quattro facean festa, in porpora vestite, dietro al modo d'una di lor ch'avea tre occhi in testa” (Purg. XXIX, vv. 129-132). Il gruppo delle quattro vergini, rappresentanti le virtù cardinali, danzava al ritmo cadenzato della prudenza, che era la guida delle altre con i tre occhi che guardano il presente, il passato e il futuro.

3.2. Denegata/ritardata giustizia

Il secondo campo emerge con evidenza analizzando la trattatistica dedicata al

Villata, *Un buon giudice, un buon giurista, un buon legislatore. Pietro Verri, Spannocchi e il 'Sistema Giudiziario'*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, A. Padoa Schioppa – G. di Renzo Villata – G.P. Massetto (curr.), Milano, 2003, pp. 831-913. Su sacralizzazione e neo-sacralizzazione del ruolo del giudice si può ricordare, con riferimento al contesto francese di antico regime, lo studio di J.L. Thireau, *Préceptes divins et normes juridiques dans la doctrine française du XVI^e siècle*, in J.L. Thireau (cur.), *Le droit entre laïcisation et néo-sacralisation*, Paris 1997, pp. 109-141 e nello stesso volume M.F. Renoux Zagamé, *Du juge-prêtre au roi-idole. Droit divin et constitution de l'État dans la pensée juridique française à l'aube des temps modernes*, pp. 143 ss.

⁴² Sul significato di “scienza” nelle fonti v. Anonimo, *Dell'ufficio del giudice*, cit., pp. 31 ss.; G.M. Campana *De requisitis ad commendabilem iudicum creationem*, Neapoli 1638, nn. 34-37; A.M. Cospi, *Il giudice criminalista distinta in tre volumi con dottrina teologica, canonica, filosofica, morale e poetica, si discorre di tutte quelle cose che al giudice delle cause criminali possono avvenire*, Fiorenza 1643.

⁴³ Sulla dialettica tra sapienza e prudenza nel Rinascimento come “campi etici” attraverso cui si determina l'agire sociale degli individui v. J. Martin, *Inventing sincerity, refashioning prudence: the discovery of the individual in Renaissance Europe*, in “The American Historical Review”, CII (1997), pp. 1309-1342 (spec. p. 1323 ss.), A. M. Hespanha, *A ordem do mundo e o saber dos juristas Imaginários do antigo direito europeu*, cit., pp. 401- 410 e più ampiamente sulle virtù repubblicane nell'età dei principi v. Q. Skinner, *Virtù rinascimentali*, Bologna 2006, p. 155 ss.

⁴⁴ “Virtù, dunque, intellettuale, ma che presiede ad una decisione rispetto ad azioni da fare e a comportamenti: virtù *praeceptiva*, articolata in consiglio, giudizio, comando. Virtù allora, in questa articolazione, precipua del politico, comprendendo in sé stessa le doti essenziali di chi deve reggere la cosa pubblica indirizzandola alla realizzazione del bene comune. Ma insieme anche la funzione della prudenza è più generale, al punto da costruire una sorta di presupposto necessario rispetto alle altre virtù. Infatti, la sua funzione specifica – ma che nello stesso tempo si applica all'intero campo della morale – è quella di individuazione e salvaguardare il *giusto mezzo*”. Sulla prudenza e i suoi significati v. V. Dini, *La prudenza da virtù a regola di comportamento: tra ricerca del fondamento razionale ed osservazione empirica*, in V. Dini-G. Stabile, *Saggezza e prudenza. Studi per la ricostruzione di un'antropologia in prima età moderna*, Napoli 1983, pp. 13-123.

sindacato del giudice⁴⁵, un giudizio, nato nelle magistrature comunali, con lo scopo di accertare per il tramite di appositi commissari designati, eventuali abusi o errori, ai quali potevano rivolgersi tutti coloro che lamentassero d'aver subito torto o ingiustizia⁴⁶. Qui la denegata giustizia viene a profilarsi in relazione all'aspetto temporale⁴⁷. A tal riguardo vale la distinzione secondo cui: "la denegata giustizia è qualora l'ufficiale, richiesto a far la giustizia, non proceda (...) La ritardata giustizia è, quando l'ufficiale trascura o ritarda, con pregiudizio dell'Attore, o del Reo, la giustizia (...)".⁴⁸ Questa distinzione tra ritardata e denegata giustizia trovava la propria ragione in un plurisecolare lavoro ermeneutico sui testi sacri. La parabola del giudice e della vedova contenuta nel vangelo di Luca (18, 2-8) narra, infatti, di un giudice temerario che solo dopo lunghe insistenze e lamentele dava giustizia ad una donna. Le parole dell'evangelista "farà loro giustizia prontamente" furono usate da monito contro il giudice e come base testuale per punire la ritardata giustizia.

3.3. Denegata giustizia/ gli atti *contra iustitiam*

La riflessione dottrinale ci mostra un terzo campo destinato ad intersecarsi con i due precedenti, quello dello *index pecuniam ut ferret sententiam*. Raymond di Peñafort, patrono dei canonisti, divenuto Santo con Clemente VIII, distingueva tra chi riceveva denaro *ut iudicaret inique, ut iudicaret bene, aut simpliciter ut iudicaret*⁴⁹.

L'ampia categoria dello *index corruptus*, fattispecie dolosa, si può così far

⁴⁵ Per una ricostruzione dei comportamenti del giudice che hanno rilevanza in sede di sindacato si segnalano, limitandosi ai trattati, A. Rondinelli, *Tractatus de syndacatu officialium*, in *Tractatus criminales*, Venetiis 1563; *Tractatus de syndacatu variorum auctorum ... in unum congesti*, Venetiis 1571; L. Cervellini, *Direttorio della pratica civile e criminale con V aggiunta della pratica del sindacato degli ufficiali*, Napoli 1690, pp. 40- 42; F. Carrabba, *Praxis syndacatus officialium ... cum additionibus et novis formulis* L. Ricci, Naepoli 1726 e D. Moro, *Del sindacato degli ufficiali*, Napoli 1768.

⁴⁶ Sul sindacato i contributi più significativi sono venuti da G. Masi, *Il sindacato delle magistrature comunali nel secolo XIV (con speciale riferimento a Firenze)*, in "Rivista italiana per le scienze giuridiche", 5 (1930), fasc. I-II; U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*, cit., pp. 130-140 e 385-392; V. Crescenzi, *Il sindacato degli ufficiali nei comuni medievali italiani*, in N. Picardi-A. Giuliani (curr.), *L'educazione giuridica. Il pubblico funzionario: modelli storici e comparativi*, IV, t. I, Perugia 1981, pp. 383-529; N. Picardi-A. Giuliani, *La responsabilità del giudice*, cit., pp. 23 ss.; P.L. Rovito, *Repubblica dei togati. Giuristi e società nella Napoli del Seicento*, I: *Le garanzie giuridiche*, Napoli 1981, pp. 227-286; Id., *Il syndacatus officialium nel Regno di Napoli. Aspetti e problemi dell'irresponsabilità magistratuale nell'età moderna*, in *L'esperienza giuridica*, IV, t. I, cit., pp. 533-575; R. Ferrante, *La difesa della legalità. I sindacatori della Repubblica di Genova*, Torino 1995, pp. 95 ss.; L. Garlati Giugni, *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel Ristretto della Pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999, pp. 249-265; R. Sorice, *Il sindacato in Sicilia nel XVI secolo*, in O. Condorelli (cur.), "Panta rei". *Studi dedicati a Manlio Bellomo*, V, Roma 2004, pp. 245-273.

⁴⁷ Per un quadro della fase storica precedente vedi R. Ferrari Zumbini, *La lotta contro il tempo nel processo altomedievale. Contributo allo studio della denegata giustizia*, Roma 1997.

⁴⁸ D. Moro, *Del sindacato degli ufficiali*, cit., p. 60, nr. 19-20.

⁴⁹ Raimondo di Pennaforte, *Summa de paenitentia*, X. Ochoa-A. Diez (curr.), Roma 1975.

rientrare nelle forme indirette di denegata giustizia⁵⁰. In questi casi si parlava anche, usando un linguaggio non univoco, di “baratteria”, in quanto “justitia cum pecunia barattetur”⁵¹, oppure di “corruzione della giustizia” o di *maleficia contra iustitiam*⁵². La scienza criminalistica aveva poi distinto, in relazione al ruolo assunto dal giudice, tra corruzione e concussione: nel primo caso il giudice decideva a seguito di denaro datogli spontaneamente, nell’altro la dazione del denaro era estorta *cum metu*⁵³.

Le discussioni dottrinali non si limitavano ai *crimina*, ma il vero punto dolente

⁵⁰ La responsabilità dolosa ricorreva allorché si agiva con *animus delinquendi*. Il *dolus iudicis* aveva un fondamento fattuale non esistendo come categoria generale, era presunto e desunto da una serie di comportamenti oggettivi. Sulle ipotesi di giudice doloso, Celso Bargagli riconosceva l’assenza di un *numerus clausus* e ne indica alcune ipotesi: “Quaero quot modis iudex dolum possit committere, et sane certa non potest esse definitio: etenim multifariam, multisque modis Iudex dolus esse potest, ut in sententia ferenda, quando scilicet corruptus contram iustitiam pronunciat. Secundo si per eum dolose factum est, ut instantia pereat, cum aliis supra citatis ante in superiori questio: Tertio si prohibuerit ee acta, exhiberi, Quarto si non detulerit appellationi cui erat de iure de referendum, vel quoquo modo denegaverit, vel retardaverit malitiose, iustitiam, ex traditis in procedendo iuris ordinatione servata. Si Iudex suisset in causa, ne probationes reciperentur... Quinto si detulit appellationi, cui non erat referendum. Sexto si declararavit pacti quam sententiam esset daturus”. Bisogna, inoltre, tenere conto che la controversa e non sempre chiara categoria della *fraus* è spesso equiparata al dolo (“Nunc post culpa tractatum sequitur explicatio fraudis, quae tam proxima est dolo, ut saepissime pro dolo accipiuntur in iure”) e se ne differenzia in quanto “quod nimirum dolus potest esse sine fraude, sed fraus non consistit sine dolo, accipiendo scilicet dolum, malum, non dolum generaliter, nam etiam generaliter fraus accepta reperitur bona et mala”. La *fraus* è “alterius circumveniendi prohibita rei commissio, vel licitae omissio, fraudem namque facimus, vel committendo quod non est licitum, nempe alienando”, manifestandosi nelle specie di *simulatio*, *fallacia*, *machinatio*, *impostura*. Cfr. C. Bargagli, *Tractatus de dolo...*, Hanoviae 1604, p. 363, n. 93.

⁵¹ Ad esempio cfr. J. P. Lyncker, *Tractatio de Barattaria*, Jenae 1684, p. 9. «Delitto di Baratteria è non soltanto, se l’ufficiale riceve denaro, o altra cosa da colui, che lo corrompe, o fa corrompere; ma anche se l’ufficiale la commetta per solo fine di compiacere a qualche persona; perché l’acquisto dell’altrui grazia, o affetto, è specie di guadagno; e l’istesso caso sarà, se il Giudice s’induca a guidare per la speranza di qualsivoglia cosa, che l’Attore, o il Reo gli promette». Cfr. D. Moro, *Del sindacato degli ufficiali*, cit., p. 59-60. Per una riflessione più ampia sul termine “baratteria” si veda M.P. Geri, *Baratteria: vicende e fortune di un termine dal “senso non buono”*, in “Historia et ius” [www.historiaetius.eu], 12 (2017), paper 20.

⁵² Sul fenomeno della corruzione della giustizia v. M. Lucchesi, *Giustizia e corruzione nel pensiero dei Glossatori*, in “Rivista di storia del diritto italiano”, 64 (1991), pp. 157-216; M. Sbriccoli, *La culture de la corruption. Profils historico-juridiques d’un style du pouvoir (saggio inedito)*, in Id., *Storia del diritto penale*, cit., I, pp. 321-341; B. Garnot (cur.), *Les Juristes et l’Argent. Le coûts de la justice et l’argent des juges du XIV au XIX siècle*, Dijon 2005; B. Bernabé, *L’argent qui corrompt le juge*, in “Mémoires de la Société pour l’histoire du droit et des institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands”, LXV (2008), pp. 135-154; C. Natalini, *Bonus iudex. Saggi sulla tutela della giustizia tra medioevo e prima età moderna*, Napoli 2016, pp. 25 ss.

⁵³ Per una disamina della corruzione della giustizia nelle pratiche criminali vedi E. Bossi, *Tractatus varii*, Lugduni 1562, Tit. *De officialis corruptis pecunia*; T. Deciani, *Tractatus criminalis*, II, Venetiis 1590, lib. VIII, cap. XXXIII; A. Matthaeus, *De criminibus ad lib. XLVII et XLVIII commentarius*, Neapoli 1772, § ad lib. XLVII, tit. VII, cap. 1; G.B. Moscatello, *Praxis criminalis de cognizione, seu probatione delictorum in genere eorumque privilegiis*, Napoli 1713, Tit. *De iudicis, corruptela, concussione, estorsione, barattaria*; T. Moro, *Practica criminale*, t. III, Napoli 1768, cap. 50; P. Farinacci, *Praxis et theoriae criminalis*, t. III, Lugduni 1634, q. CXI; L. Priori, *Practica criminale*, in G. Chiodi-C. Povolo (cur.), *L’amministrazione della giustizia penale nella Repubblica di Venezia (secoli XVI-XVIII)*, I, Sommacampagna 2007, pp. 168-169.

delle trattazioni riguardava i *munera*. In questo modo l'avarizia del giudice richiamava questioni 'deontologiche', dovendo riconsiderare l'opportunità di talune pratiche sociali. A tal riguardo si deve ricordare che negli ordinamenti d'*ancien régime* il corpo giudiziario non aveva un regolare sistema di stipendi, i proventi dei magistrati consistevano in sportule, regalie e donativi. Le sportule erano somme di denaro che i litiganti dovevano pagare al giudice in relazione alla cosa litigiosa; le regalie consistevano in gabelle, esenzione da tasse e privilegi per sé e per la propria famiglia; i donativi minimi (*munera, xenia*) erano specialmente cose di facile deperibilità offerte anch'esse al giudice dalle parti litiganti. Pertanto, non vi sarebbe corruzione nel caso di *poculenta* e *esculenta* a condizione che siano di facile degradabilità. Sebbene l'accettare *munera* non fosse un crimine, Giovanni Bonifacio, magistrato della Repubblica di Venezia, consigliava di non eccedere nelle "ladrarie" perché "fanno acquistar nome di rapace e perder il credito"⁵⁴. Da qui si può anche comprendere il rigore di Marc'Antonio Savelli nell'enunciare il principio generale secondo cui "proibita est Judicibus, aliisque officialibus publicis munerum, sive donorum receptio praecipue in pecuniam, etiam minimae quantitatis"⁵⁵.

In conclusione, nelle ipotesi in esame la denegata giustizia si intrecciava con questioni attinenti l'imparzialità e la terzietà del giudice⁵⁶. Non vi era un esplicito rifiuto del dovere di *facere iustitiam*, ma il giudice finiva per mercificare il *iudicium* e negarne la natura di *actus trium personarum*.

4. Pluralismo giuridico e conflitti tra fori come fattori di denegata giustizia

A sua volta, dietro i fenomeni di denegata giustizia si celavano assai frequentemente questioni di conflitti tra giurisdizioni concorrenti. In età moderna era ancora possibile distinguere, accanto alla giurisdizione secolare e quella ecclesiastica, una giurisdizione feudale e altre giurisdizioni speciali come, ad esempio, quella mercantile⁵⁷. Cresciute così le giurisdizioni, si assisteva a controversie infinite sul foro competente. Facendo il punto della situazione, il

⁵⁴ G. Bonifacio, *L'assessore discorso del Sig. Giovanni Bonifaccio*, Rovigo 1627, ristampa a cura di C. Povolo, Pordenone, 1991, p. 77. Il Bonifacio (1547-1632), giurista e assessore, fu uomo assai erudito. Studiò grammatica e si laureò in diritto a Padova seguendo le lezioni di Deciani, Cesano, Mantica e Menochio. Notizie su di lui si trovano in *Elogio di Giovanni Bonifacio* premessa alla nuova edizione di *Istoria di Trivigi di Giovanni Bonifaccio*, Venezia 1744, p. 6 ss. e nella biografia di G. Benzone, *Giovanni Bonifacio*, in *Dizionario biografico degli italiani*, XII, Roma 1970, pp. 194-197.

⁵⁵ Cfr. M.A. Savelli, *Discursus De prohibita munerum et precum datione ...*, in *Summa diversorum tractatorum*, Venetiis 1748, pp. 1-16. Su questo giurista cfr. D. Edigati, *Una vita nelle istituzioni. Marc'Antonio Savelli giurista e cancelliere tra Stato pontificio e Toscana medicea*, Modigliana 2005.

⁵⁶ Sulla terzietà del giudice si veda l'esempio trattato da D. Maffei, *Il giudice testimone e una quæstio di Jacques de Révigny*, in Id., *Studi storia delle Università e della letteratura giuridica*, Goldbach 1995, pp. 65-88.

⁵⁷ Per un primo inquadramento sulle giurisdizioni speciali rinvio ad alcuni vecchi lavori storiografici: G. Salvio, *Le giurisdizioni speciali nella storia del diritto italiano*, Modena 1884 e A. Pertile, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Torino 1900, VI, parte I, pp. 75-169.

Cardinale De Luca aveva notato che i giuristi ed altri professori si erano occupati della materia in modo fazioso: per lo più avevano professato questa o l'altra ragione allo scopo di ottenere premi, cariche e riconoscenza da un'autorità piuttosto che da un'altra⁵⁸.

Inoltre, una cosa era la giurisdizione ordinaria altra era la delegata: l'ordinaria era la regola, ovvero una giurisdizione universale su tutte le persone e le cose in un territorio, mentre la delegata era una giurisdizione particolare ove la delegazione era riservata alla trattazione di singole cause o ad università d'alcune cause specifiche⁵⁹. Se si tiene conto che la giurisdizione ordinaria subiva limitazioni causate da *immunitates*, il fenomeno dei conflitti tra fori era destinato a complicarsi. Ad esempio, la giurisdizione ecclesiastica aveva in ragione di ciò ampliato la propria pretesa⁶⁰. Accanto alla giurisdizione che il Papa aveva sui territori dello Stato Pontificio, la Chiesa vantava anzitutto la propria giurisdizione sui fatti delittuosi commessi da clerici anche in altre realtà sovrane⁶¹. Si venivano così a prospettare una serie di questioni di pratica giuridica. Sebbene la Chiesa non si occupò espressamente della definizione dei reati commessi da religiosi, essa si occupò di chiarire gli aspetti peccaminosi derivanti da tali reati. La questione arricchisce non di poco l'analisi sul rapporto tra reato e peccato⁶². I tribunali ecclesiastici elaborarono però specifiche sanzioni per il clero come la degradazione dalle funzioni ecclesiastiche, la sospensione dalla celebrazione dei sacramenti, l'elemosina, il risarcimento alle persone offese, il digiuno, il pellegrinaggio sino alla scomunica.

La potestà ecclesiastica si estendeva, inoltre, ad altre cause di natura religiosa come anche alle questioni patrimoniali di enti e confraternite. Nelle cause c.d. di misto foro, invece, sia le autorità secolare sia le ecclesiastiche procedevano per i medesimi fatti, ma si ponevano poi questioni di esecuzione di entrambe le sentenze. Infine, l'istituto dell'immunità locale o diritto d'asilo era spesso

⁵⁸ G.B. De Luca, *Il Dottor volgare ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale*, I, Firenze 1839, Lib. III, cap. I, p. 313. Sulla figura del giudice in questo autore v. A. Dani, *La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca*, in M.R. Di Simone (cur.), *La giustizia dello Stato pontificio in età moderna*, Roma 2011, pp. 125-148. Su quest'autore si vedano almeno: A. Mazzacane, *De Luca Giovanni Battista*, in *Dizionario Biografico degli italiani*, XXXVIII, Roma 1990, pp. 340-347; A. Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca. Diritto e riforme nello stato della Chiesa (1676-1683)*, Napoli 1991; I. Birocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., pp. 297-315; A. Dani, *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna 2008.

⁵⁹ Su questi aspetti della contrapposizione tra *iudex ordinarius* e *iudex delegatus* si vedano le suggestive pagine di N. Picardi, *Il giudice ordinario (le variabili nella tradizione del diritto comune europeo)*, in *Studi in onore di Enrico Allorio*, I, Milano 1989, pp. 703-755.

⁶⁰ Per una recente prospettiva sui rapporti tra potere secolare e Chiesa: D. Edigati-C.E. Tavilla (curr.), *Giurisdizionalismi. Le politiche ecclesiastiche negli stati minori della penisola italiana in età moderna*, Roma 2018.

⁶¹ G. Alessi, *Giustizia penale e foro ecclesiastico: l'area italiana*, in B. Durand (cur.), *Justice pénale et droit des clercs en Europe XVI^e-XVIII^e siècles*, Lille 2005.

⁶² Su questi aspetti, oltre a quanto si dirà infra § 5 e alla letteratura ivi citata, si veda G. Minnucci, *Foro della coscienza e foro esterno nel pensiero giuridico della prima età moderna*, in G. Dilcher-D. Quagliani (curr.), *Gli inizi del diritto pubblico europeo, 3. Verso la costruzione della modernità*, Bologna/Berlin 2011, pp. 55-86.

all'origine dei conflitti con le autorità locali che vedevano così esautorate le proprie competenze⁶³.

L'esame del giudice competente non era, pertanto, secondario. Gli atti compiuti in altro foro erano causa di nullità della sentenza. Si può dire che il principio del *suus iudex* era un'altra faccia dello *iudex iustitia animata*⁶⁴. La difficoltà concreta nell'individuazione del foro competente faceva aumentare i casi in cui la domanda di giustizia restava priva di protezione e portava inevitabilmente a conseguenze di *denegata iustitia*.

5. La denegata giustizia tra foro interno e foro esterno

La *denegata iustitia*, sia nella sua forma diretta che indiretta, richiede una trattazione che tenga conto delle implicazioni morali e di quelle giuridiche.

La tradizione voleva che il giudice dovesse avere due sali: oltre quello della *scientia* anche quello della *coscientia*⁶⁵. Quest'ultima rappresentava nella tradizione teologico-giuridica l'elemento di congiunzione tra momento cognitivo individuale e principio gnoseologico collettivo, tra volizione umana e volizione divina, nonché principale momento di *garanzia endoprocessuale* del sistema giurisprudenziale. Essa era l'elemento che rendeva la decisione giudiziaria un momento di riaffermazione di un ordine stabilito e rivestiva contemporaneamente il ruolo di fondamento e limite del potere del giudice⁶⁶.

Fin dall'istituzionalizzazione dell'obbligo della confessione annuale con il

⁶³ Di questi aspetti si è occupata diffusamente C. Latini, *Il privilegio dell'immunità. Diritto d'asilo e giurisdizione nell'ordine giuridico dell'età moderna*, Milano 2002.

⁶⁴ Sull'origine del principio del 'giudice naturale' si vedano P. Alvazzi Del Frate, *Il giudice naturale. Prassi e dottrina in Francia dall'ancien régime alla restaurazione*, Roma 1999 e la traduzione in spagnolo dell'edizione pubblicata in lingua tedesca del volume di U. Müßig, *El juez legal. Una comparación histórica, desde el Derecho canónico hasta la Convención Europea de los Derechos Humanos, con especial énfasis en el desarrollo del derecho en Alemania, Inglaterra y Francia*, Madrid 2014.

⁶⁵ Nei giudici si "devino aver due sali uno di sapienza, senza il quale sono insipidi, imprudenti e ignoranti, e l'altro di coscienza, senza del quale sono diabolici". Cfr. M.A. Savelli, *Pratica universale*, Venezia 1708, § Giudici, p.170, n. 14. In questo senso v. M. Turrini, *Il giudice della coscienza e la coscienza del giudice*, in P. Prodi (cur.), *Disciplina dell'anima, disciplina del corpo e disciplina della società tra medioevo ed età moderna*, Bologna 1994, pp. 279-294. Sulla *scientia* e la *prudencia* si rinvia *infra*. Sulla coscienza del giudice si vedano, almeno, M. Radin, *The Conscience of the Court*, in "The Law Quarterly Review", 48 (1932), pp. 506-520; J. Delangland, *Le juge serviteur de la loi ou gardien de la justice selon la tradition théologique*, in "Revue du droit canonique", X (1960), pp. 141-164 e XI, 1961, pp. 3-31; J.M. Carbasse-L. Depambour-Tarride (cur.), *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, Paris 1999. Alcuni saggi contenuti in quest'ultimo volume sono comparsi anche in lingua italiana: A. Cavanna, *La "coscienza del giudice" nello stylus iudicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 581-626 e A. Padoa Schioppa, *Sulla coscienza del giudice*, in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 251-292. Spunti interessanti su questi aspetti anche in M. Pifferi, *Generalia delictorum. Il tractatus criminalis di Tiberio Deciani e la parte generale di diritto penale*, Milano 2006, pp. 336-352 e W. Decock, *The Judge's Conscience and the Protection of the Criminal Defendant: Moral Safeguards against Judicial Arbitrariness*, in *From the Judge's Arbitrium to the Legality Principle*, cit., pp. 70 ss.

⁶⁶ Cfr. sul punto M.F. Renoux Zagamé, *Du droit de Dieu au droit de l'homme*, Paris 2003, pp. 197-211.

concilio Lateranense IV (1215) sorgono numerose *Summae confessoriorum*, opere che guardano alla coerenza morale dell'ordine giuridico⁶⁷. In questi manuali per confessori, la denegata giustizia e la coscienza del giudice trovano una specifica trattazione. Ad esempio, nella voce 'giudice' della *Summa* c.d. Angelica del frate minorita Angelo Carletti si leggeva che qualora il giudice "non vuol dare sentenza se non si dà pecunia", egli, benché non commettesse il peccato di simonia che ricorrerebbe per le cose sacre, si macchiava comunque di un peccato mortale⁶⁸. Secondo il sommista, il giudice che contraddice questo precetto non poteva essere assolto ed era tenuto alla *restitutio*. Egli era obbligato al risarcimento del danno anche nei casi di negligenza o imprudenza, mentre nelle ipotesi dolose oltre ai danni bisognava risarcire gli interessi. Qualora, invece, la sentenza fosse ingiusta per obbedienza alla legge, per errore in buona fede oppure per cattivo consiglio dei periti, il giudice non incorreva nel peccato né era tenuto alla restituzione del danno.

Nella più tarda *Summa Tabienae* di Giovanni Cagnazzo, invece, si stabiliva che la sentenza emessa a seguito di pagamento di somma di denaro era nulla *ipso iure*. Per il sommista si commetteva peccato solo a seguito dell'elargizione dell'emolumento. In questa ipotesi la parte che subiva il torto poteva, a seguito

⁶⁷ Cfr. P. Grossi, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in "Annali della facoltà giuridica – Università di Macerata", I, Napoli 1966, pp. 95-134. L'autore ha chiarito che queste opere di trapasso tra età medievale e moderna offrono "una analisi della società medievale particolarmente attenta ed acuta; analisi che riveste un duplice interesse per lo storico del diritto: l'esame dei più vari rapporti giuridici compiuta dall'angolo visuale della *ratio peccati vitandi*, [...] ha il pregio di sminuzzare tutta la complessa realtà sociale in una guisa che non sarebbe possibile al civilista e nemmeno al canonista [...] ma v'è un profilo relevantissimo anche in ordine alla sua dinamica: in un mondo, come quello medievale, di armonica simbiosi fra morale e il giuridico, si capisce come il tribunale della confessione fosse il primo tribunale in ordine di tempo, a risolvere le più complesse questioni della vita sociale" (pp. 123-124) e "il discorso dei sommisti è un discorso inequivocabilmente giuridico; solo che il diritto di cui si discorre ha delle solide fondazioni teologiche; è un diritto il cui tratto distintivo e addirittura tipizzante è la moralità; che si sviluppa come applicazione sul terreno sociale di determinate regole morali" (p. 117). Sulle *Summae* medievali v. anche l'utilissimo saggio di P. Michaud Quantin, *Sommes de casuistique et manuel de confession au moyen âge (XII-XVI siècles)*, Montreal 1962, nonché L.E. Boyle, *The Summa of confessors as a genre and its religious intent*, pp. 126-130 e T.N. Tentler, *The Summa for confessors as an instrument of social control*, pp. 103-126 e 131-137 entrambi in Ch. Trinkaus-H.A. Obermann (curr.), *The Pursuit of Holiness in late Medieval and Renaissance religion*, Leida 1974; M. Turrini, *La coscienza e le leggi. Morale e diritto nei testi per la confessione della prima età moderna*, Bologna 1991; P. Prodi, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo del foro al moderno dualismo tra coscienza e legge*, Bologna 2000, p. 87 ss.; M.F. Renoux Zagamé, *Lois du ciel et lois des hommes selon les Manuels des confesseurs. Le pouvoir du pouvoir invisible dans la France classique*, in B. d'Alteroche-F. Demoulin-Auzary-O. Descamps-F. Roumy (curr.), *Mélanges en l'honneur Anne Lefebvre-Teillard*, Paris 2009, pp. 867-888.

⁶⁸ A. Carletti (da Chivasso), *Della somma angelica dove si tratta di tutti quei casi e materie, che appartengono alla cura, et reggimento dell'uno, et l'altro huomo*, Venetia 1594, v. giudice. L'opera è famosa per essere stata messa al rogo nel 1520 da Lutero assieme al *Corpus iuris canonici*. Si tratta, qualora fosse necessario precisare, di una *Summa de penitentiae* con voci in ordine alfabetico avente come scopo quello di orientare i confessori nelle varie circostanze. Su questo autore vedi la voce S. Pezzella, *Angelo Carletti*, in *Dizionario biografico degli italiani*, Roma 1977, pp. 136-138 e AA.VV., *Frate Angelo Carletti osservante nel V centenario della morte (1495-1995)*, in "Bollettino della società per gli studi storici, archeologici ed artistici della provincia di Cuneo", (118) 1998.

di sentenza ingiusta, esperire un'*exceptio doli* al fine di ottenere il risarcimento del danno occorso⁶⁹.

Più articolata era la riflessione contenuta nella *Summa Summarum*, meglio conosciuta come *Summa Silvestrina*, di Mazzolini da Prierio⁷⁰, in quanto le questioni affrontate ricalcavano nodi giuridici assai spinosi. La *Silvestina* alla questione *quomodo iudex debet iudicare?* stabiliva che il giudice dovesse giudicare *secundum allegata et probata*, tenendo conto degli statuti e consuetudini locali e “*ius semper est praeferendum aequitati, et propter aequitatem non scriptam non debet iudex a iure scripto recedere*”. Sempre secondo questo manuale, il confessore doveva condannare il giudice ordinario civile o ecclesiastico che chiedeva alle parti il salario per sé e per l'assessore, dovendo provvedervi personalmente. Era da escludere anche che il giudice potesse richiedere il rimborso delle spese sostenute per visite ed ispezioni, benché un'opinione contraria fosse sostenuta da illustri dottori.

A seguito dei dibattiti in seno alle chiese riformate le questioni attinenti alla coscienza del giudice tendono, però, a complicarsi, venendo meno la distinzione tra *synderesis* e *coscientia*⁷¹. La separazione del foro della coscienza da quello contenzioso rafforzava il formarsi dei ‘peccati di status’. Nel tentativo di *giuridicizzare le coscienze* si costruiscono specifici obblighi nel foro interiore in relazione al posto che ciascun individuo occupa nella scala sociale⁷². Il fortunatissimo *Enchiridion sive manuale confessariorum et poenitentium*, pubblicato per la prima volta del 1552 da Martin de Azpilcueta, noto come il dottor Navarro per la sua regione di provenienza, dedicava una particolare attenzione ai peccati del giudice ed enunciava in modo minuzioso i comportamenti che avevano rilevanza nel foro interno allo scopo di individuare gli atti perseguibili nel tribunale della coscienza⁷³. In questo nuovo contesto, venendo a mancare la

⁶⁹ G. Cagnazzo, *Summae tabienae quae summa summarum*, Venetiis 1569, voce *de iudice*.

⁷⁰ S. Mazzolini Da Prierio, *Silvestrinae Summae, quae Summa Summarum*, Antuerpiae 1569, Pars Secunda, le voci *iudex I* e *iudex II*. Una biografia sul Mazzolini è redatta da S. Feci nel *Dizionario dell'inquisizione*, cit., II, p. 1012; M. Tavuzzi, *Prierias. The life and works of Silvestro Mazzolini da Prierio, 1456-1527*, Durham-London 1997. Si veda anche M. Boari, *Le auctoritates della Summa Summarum quae silvestrina dicitur*, in “Annali della facoltà di giurisprudenza – Università di Macerata”, Milano 1991, pp. 573-609.

⁷¹ H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione. II. L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna 2010, p. 132.

⁷² L'attenzione alle qualità professionali del soggetto penitente - si apprende da R. Rusconi, *L'ordine dei peccati. La confessione tra medioevo e età moderna*, Bologna 2002, pp. 78-79 - ha origine già nel XIII secolo quando la materia *de poenitentia* diventa oggetto di interesse della canonistica. Sulla tecnicizzazione delle procedure v. M. Turrini, *La coscienza e le leggi*, cit., pp. 176-188. Sulla “giuridicizzazione della coscienza” v. M. Turrini *il giudice della coscienza e la coscienza del giudice* cit.; P. Prodi, *Una storia della giustizia*, cit., p. 325 ss.

⁷³ Cfr. M. de Azpilcueta, *Enchiridion sive manuale confessariorum et poenitentium*, in *Opera Omnia*, Venetia 1601, Cap. XXV: *de peccatis iudicis*. Una bibliografia è stata redatta da V. Lavenia, *Martin de Azpilcueta (1492-1586). Un profilo*, Roma 2003 (estratto da “Archivio italiano per la storia della pietà” vol. 16). Cfr. anche V. Lavenia, *L'infamia e il perdono. Tributi, pene e confessione nella teologia morale della prima età moderna*, Bologna 2004, pp. 219-264. Recentemente su questo autore v. W. Decock, *Martin de Azpilcueta (Dr. Navarrus)*, in R. Domingo-J. Martínez-Torrón (curr.), *Great Christian Jurists Spanish*

sanzione terrena, la denegata giustizia perdeva il suo carattere di violazione dell'ordine oggettivo, rivestendo sempre più un'ipotesi di uso distorto del diritto⁷⁴.

6. Dalla denegata *iustitia* al difetto di tutela giurisdizionale? L'ingiustiziabilità come disfunzione dell'ordine legale

A conclusione del mio discorso si può rappresentare la vicenda del passaggio dalla denegata giustizia all'ingiustiziabilità secondo uno schema che, come è comprensibile, privilegia la chiarezza, ma ha il difetto di trascurare angolazioni problematiche. Il 'modello' che propongo si fonda su rilevazioni storiche elementari.

In età moderna la *denegata iustitia* attiene ad una dimensione oggettiva e si intreccia con le forme di responsabilità del giudice. Con il passaggio dall'età moderna ad un ordine codificato la giustizia subisce una trasformazione, cioè è profilata sempre più come obbedienza ad una norma positiva. Più semplicemente la giustizia è misurata in base ad una coerente adeguazione alla legge stessa. Le cause di questa trasformazione si devono ricercare in una pluralità di fattori, che in questa sede possono essere semplicemente nominati: la nascita della teologia morale separata dal diritto canonico⁷⁵, la conseguente separazione tra *moralia* e obblighi giuridici e i dibattiti interni ai territori riformati⁷⁶. In un tale contesto veniva meno la possibilità di poter far leva sulla coscienza del giudice con l'elemento del peccato e poter far riferimento a un ordine assiologico oggettivo per la predeterminazione dei comportamenti. Di conseguenza la coscienza non era più il luogo in cui avevano sede i doveri del giudicante e in cui si sceglievano le condotte pratiche secondo un principio

History, Cambridge 2008, pp. 115-132.

⁷⁴ Cfr. M. Meccarelli, *La protezione giuridica come tutela dei diritti: riduzioni moderne del problema della dimensione giuridica della giustizia*, in "Giornale di storia costituzionale", (27) 2014, pp. 67-79.

⁷⁵ La teologia morale, distinta dalla teologia dei dogmi, si occuperà dei comportamenti dei fedeli e del foro interno lasciando al diritto canonico il misero spazio della giurisdizione ecclesiastica. Cfr. P. Legendre, *L'inscription du droit canon dans la théologie: remarques sur la Seconde Scolastique*, in S. Kuttner-K. Pennington (curr.), *Proceedings of the V International Congress of Medieval Canon Law*, Città del Vaticano 1980, pp. 443-454. Sull'arretramento del diritto canonico e sull'allargamento dello spazio lasciato al foro di coscienza si veda, oltre al P. Prodi, *Una storia della giustizia*, cit. *passim* anche Id., *Settimo non rubare. Furto e mercato nella storia dell'Occidente*, Bologna 2009, *passim* e Id., *Il giuramento e il tribunale della coscienza: dal pluralismo degli ordinamenti giuridici al dualismo tra coscienza e diritto positivo*, in N. Pirillo (cur.), *Il vincolo del giuramento e il tribunale della coscienza*, Bologna 1997, pp. 280-285. Per gli sviluppi del diritto canonico in età moderna si aggiungano almeno L. Prosdocimi, *Il diritto canonico di fronte al diritto secolare nell'Europa dei secoli XVI-XVIII*, in B. Paradisi (cur.), *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del terzo convegno internazionale di storia del diritto*, I, Firenze 1977, pp. 431-446 e C. Fantappiè, *Chiesa romana e modernità giuridica*, I. *L'edificazione del sistema canonistico (1563-1903)*, Milano 2008.

⁷⁶ Sull'influenza che ebbe la riforma luterana sulla dimensione giuridica si veda H. J. Berman, *Diritto e rivoluzione*. II. *L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, cit., spec. pp. 123-241.

razionalistico e parametri oggettivi vincolanti. L'*officium iudicis* da fascio di obbligazioni etico-giuridiche si trasformava in un insieme generico di regole deontologiche che perdevano gran parte della loro forza vincolante⁷⁷.

Nell'età contemporanea la denegata giustizia sembra, invece, non esistere e la nozione è quasi completamente ignorata dai giuristi⁷⁸. Sebbene non manchino formulazioni normative in materia, come è sancito, ad esempio, dall'articolo 4 del *Code Civil*, il divieto di denegata giustizia è stato considerato alla stregua di una clausola di chiusura: dopo l'obbligo di attenersi alle norme legali, aveva lo scopo di assicurarsi che il giudice non lo eludesse sotto eventuali scuse. Le questioni sulla denegata giustizia sono pertanto destinate a rimanere sulla carta, quasi casi inverosimili. Infatti, se contro eventuali errori, negligenza o imperizia del giudice è aperta la via generale del gravame giurisdizionale, la denegata giustizia è piuttosto un'ingiustizia del diritto. Nell'odierna età dei diritti e delle tutele costituzionali, l'ingiustiziabilità assume le forme di una disfunzione dell'ordine legale nel quale il bisogno di protezione passa attraverso la polarità diritto/giustizia.

⁷⁷ Per qualche spunto sulla deontologia del giudice vedi B. Bernabé, *La moralité des juges. Construction doctrinale d'une déontologie (XVIe-XVIIe siècle). Réflexions sur un anachronisme*, in M.Á. Chamocho Cantudo (cur.), *Droit et moeurs. Implication et influence des moeurs dans la configuration du droit*, Jaén 2011.

⁷⁸ In questo senso L. Favoreu, *Du déni de justice en droit public français*, Paris 1965. L'autore distingueva, poi, tra denegata giustizia organica e denegata giustizia funzionale e ricorreva all'espressione ingiustiziabilità senza fornirne alcuna definizione.