

“IUDEX QUI LITEM SUAM FACIT”.  
LA RESPONSABILITÀ DEL GIUDICE  
DAL DIRITTO ROMANO  
AL DIRITTO COMUNE

ALDO PETRUCCI\*  
ANDREA LANDI\*\*

RESUMEN: Las dos partes que componen el presente artículo afrontan el problema de la responsabilidad del juez en la experiencia jurídica romana y medieval. En el derecho romano operaba una distinción entre la época histórica y los tipos de procedimientos. En el proceso civil arcaico y clásico (legis acciones y por fórmulas) el primer tipo de responsabilidad a cargo del juez se encuentra en las XII Tablas de la mitad del siglo V a.C., donde se preveía la pena de muerte en el caso de corrupción. Sucesivamente, en el siglo II a.C., nació el ilícito de “litem suam facere”, configurado como un quasi delito, que el juez civil comete cuando viola las normas procesales (por ejemplo, decidiendo al margen de los límites de la controversia) o cuando pronuncia una decisión con dolo o con culpa, obligándolo al pago de una pena patrimonial. En el proceso penal arcaico y republicano, de una responsabilidad del juez se comienza a hablar sólo en el siglo I a.C., en cuanto son sancionables, con penas variables de la muerte al exilio, todas las formas de corrupción y de emisión dolosa de la sentencia condenatoria. Estas figuras de responsabilidad se mantienen en el derecho justiniano, con el añadido

---

\* Professore ordinario di Diritto romano presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa.

\*\* Ricercatore universitario di Storia del diritto presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa

de una responsabilidad también de carácter disciplinario. En la experiencia jurídica medieval se delinea una contraposición entre el periodo altomedieval, en donde difícilmente se pueden enunciar perfiles de responsabilidad del juez, dada la naturaleza consuetudinaria del derecho, y el periodo bajomedieval, en el cual el renacimiento jurídico determina la recuperación del derecho romano justinianeo del quasi delito del "litem suam facere", que se aplicaba en caso de una sentencia pronunciada por impericia o con dolo en el caso de corrupción. El órgano juzgador estaba constituido por un político inexperto en el derecho, el cual debía recurrir al auxilio de la opinión de un jurista profesional (*consilium sapientis iudiciale*) para aplicar la solución más correcta. La actividad jurisdiccional era entonces sometida a control a través de un adecuado juicio llamado de *sindicato*. Se crea entonces en el sistema de derecho común una simbiosis entre juristas (doctores) y jueces, con la progresiva afirmación de la máxima de que estos últimos no podían distanciarse de la opinión común de los primeros. El artículo concluye con algunas breves reflexiones sobre el tema de la responsabilidad del juez en dos ordenamientos modernos (República de San Marino y Principado de Andorra) que aún viven el derecho común. PALABRAS CLAVE: Derecho Romano —Responsabilidad del Juez— *Litem suam facere* —*Communis opinio doctorum*—. Derecho común vigente.

ABSTRACT: Le due parti che compongono il presente articolo affrontano il problema della responsabilità del giudice nell'esperienza giuridica romana e medievale. In diritto romano si opera una distinzione fra epoche storiche e tipi di procedimento. Nel processo civile arcaico e classico (*legis actiones* e per *formulas*), il primo tipo di responsabilità a carico del giudice si rinviene nelle XII Tavole della metà del V secolo a.C., dove si prevede la pena di morte nel caso di corruzione. Successivamente, nel II secolo a.C., nasce l'illecito di *litem suam facere*, configurato come un quasi delitto, che il giudice civile commette quando viola le norme procedurali (ad es., decidendo al di fuori dei limiti del contraddittorio) o quando pronuncia una decisione con dolo o con colpa, obbligandolo al pagamento di una pena patrimoniale. Nel processo penale arcaico e repubblicano, di una responsabilità del giudice si comincia a parlare solo nel I secolo a.C., allorchè sono punite, con pene variabili dalla morte all'esilio, tutte le forme di corruzione e di emissione dolosa

delle sentenze di condanna. Queste figure di responsabilità si mantengono nel diritto giustiniano, con l'aggiunta di una responsabilità anche di carattere disciplinare. Nell'esperienza giuridica medievale si delinea una contrapposizione tra il periodo altomedievale, dove difficilmente si possono prospettare profili di responsabilità del giudice, data la natura consuetudinaria del diritto, ed il periodo basso medievale, nel quale il rinascimento giuridico determina il recupero dal diritto romano giustiniano del quasi delitto del *litem suam facere*, che si applicava in caso di sentenza pronunciata per imperizia o con dolo e nel caso di corruzione. L'organo giudicante era costituito da un politico inexperto di diritto, il quale doveva ricorrere all'ausilio del parere di un giurista di professione (*consilium sapientis iudiciale*) per applicare la soluzione più corretta. L'attività giurisdizionale era poi sottoposta a controllo attraverso un apposito giudizio chiamato di *sindicato*. Si crea quindi nel sistema di diritto comune un rapporto di simbiosi tra giuristi (doctores) e giudici, con la progressiva affermazione della massima che questi ultimi non potevano discostarsi dall'opinione comune dei primi. L'articolo si conclude con alcune brevi riflessioni sul tema della responsabilità del giudice in due moderni ordinamenti (Repubblica di San Marino e Principato di Andorra), che ancora vivono a diritto comune.

PAROLE CHIAVE: Diritto romano —Responsabilità del giudice— *Litem suam facere* —*Communis opinio doctorum*— Diritto comune vigente.

SOMMARIO: PARTE PRIMA *Diritto Romano*: 1. *Diversa configurazione della responsabilità del giudice nelle varie epoche del diritto romano*. 2. *La responsabilità del giudice nelle XII Tavole: la norma di Tab. IX.3 sulla sua venalità*. 3. *Nascita dell'illecito del litem suam facere nell'ambito del processo formulare*. 4. *La responsabilità dei giudici penali nella tarda repubblica e agli inizi del principato*. 5. *La responsabilità del giudice nel processo postclassico e giustiniano*. PARTE SECONDA *Diritto medievale e moderno*: 1. *La giurisdizione come funzione essenziale d'ogni esperienza giuridica. L'alto medioevo*. 2. *Il rinascimento giuridico basso-medievale e il (presunto) principio di legalità*. 3. *Una simbiosi fra doctores e giudici: la communis opinio*. 4. *Un tipico profilo di responsabilità del giudice: l'imperizia nell'identificazione e nell'applicazione del principio di diritto*. 5. *Alcuni spunti sul principio della soggezione del giudice alla legge negli ordinamenti a diritto comune vigente*.

PARTE PRIMA  
DIRITTO ROMANO

ALDO PETRUCCI

1. *Diversa configurazione della responsabilità del giudice nelle varie epoche del diritto romano*

Nei tredici secoli di sua effettiva vigenza il diritto romano ha affrontato e risolto il problema della responsabilità del giudice in modo diverso, a seconda delle epoche, del tipo di processo e della posizione in esso rivestita dal giudice stesso. Prima di entrare nel merito della questione, è pertanto necessario un breve chiarimento preliminare su quest'ultimo punto.

Nelle due più antiche forme di processo privato che si sono susseguite nella storia del diritto romano, quella dell'età arcaica, basata su poche azioni rituali e rigidamente predeterminate dalla legge (il processo *per legis actiones*), e quella della tarda repubblica e del principato, fondata su una pluralità di formule tipiche di azioni (il processo formulare o *per formulas*), la valutazione dell'azione da esercitare e l'impostazione della controversia e del contraddittorio erano di competenza del magistrato (prima un console e poi il pretore urbano e peregrino), che decideva su tali punti nel suo tribunale (*in iure*), mentre il giudice era un semplice cittadino privato (chiamato per questo *iudex privatus*), scelto dalle parti del giudizio, in accordo con il magistrato stesso, le cui funzioni erano di presiedere all'istruzione probatoria e di emettere al termine la sentenza in un'autonoma fase processuale, detta appunto *apud iudicem*. Egli non era dunque un funzionario dello Stato, bensì un arbitro cui l'attore ed il convenuto, con l'approvazione del magistrato, rimettevano la decisione

della causa nel rispetto dei limiti della stessa già esattamente fissati *in iure*.<sup>1</sup>

Diversamente, nel campo processualpenalistico, fino all'età imperiale, la sentenza non era compito di un giudice, ma o era pronunciata da un'assemblea popolare, nei giudizi condotti davanti ai comizi o al concilio della plebe (*iudicia populi aut plebis*), o veniva emessa da una giuria (normalmente di cinquanta membri) composta da cittadini delle classi elevate (senatori e/o cavalieri), scelti congiuntamente dall'accusatore e dall'imputato in appositi albi, e presieduta da un pretore o da un giudice, nei giudizi svolti davanti a tribunali ordinari e permanenti per crimini stabiliti dalla legge (*quaestiones perpetuae*). Nel primo caso, non si poneva neppure un problema di responsabilità del giudice, mentre, nel secondo, comincia a profilarsi solo sul finire della repubblica.<sup>2</sup>

Conseguentemente vengono a configurarsi tipologie di responsabilità differenti per la giustizia civile e per quella penale e, all'interno di quest'ultima, tra chi giudica in un processo e chi esercita poteri coercitivi al di fuori di un processo.

Il quadro fin qui descritto cambia gradualmente tra il I ed il III secolo d.C., quando, con la definitiva affermazione, in campo sia civile che penale, della nuova forma processuale della *cognitio extra ordinem*, tramonta il processo formulare e scompaiono i processi davanti al popolo o decisi dai giurati e l'intero giudizio, dal momento dell'instaurazione a que-

<sup>1</sup> Sul processo *per legis actiones* e *per formulas* si rinvia in generale alle trattazioni manualistiche, tra cui possiamo ricordare di recente: M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, Palumbo, 2006, pp. 57 ss.; A. Corbino, *Diritto privato romano*, Padova, Cedam, 2012, pp. 732 ss.

<sup>2</sup> Cfr. sull'argomento B. Santalucia, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 29 ss., 69 ss., e più di recente quanto osservo nel mio testo A. Petrucci, *Corso di diritto pubblico romano*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 281 ss.

llo della sentenza, si svolge davanti ad uno stesso giudice, costituito da un funzionario statale.<sup>3</sup> In un simile rinnovato scenario anche il discorso della responsabilità di chi è chiamato a giudicare subisce una radicale trasformazione.

## 2. La responsabilità del giudice nelle XII Tavole: la norma di Tab. IX.3 sulla sua venalità

La più antica norma relativa ad una specifica condotta che integra una responsabilità del giudice la troviamo già nelle XII Tavole, della metà del V secolo a.C., la prima e più risalente codificazione (sia pure incompleta) del diritto romano. Si tratta di Tab. IX.3, il cui contenuto non ci è pervenuto direttamente, ma è stato riassunto da un autore più tardo (II secolo d.C.), Aulo Gellio, che dice:

Che cosa di duro credi che sia stato scritto in queste leggi delle XII Tavole? A meno che non reputi dura la legge, che punisce con la morte il giudice o l'arbitro, dato ai litiganti secondo diritto, a carico del quale si è provato che ha ricevuto del denaro per pronunciare quella sentenza (*dure autem scriptum esse in istis legibus quid existimari potest? Nisi duram esse legem putas, quae iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite punitur?*) (Notti Attiche 20.1.7).

Il passo è inserito nella disputa sull'oscurità e durezza della legislazione decemvirale, insorta nel II secolo d.C. (quindi a molti secoli di distanza) tra il giurista Sesto Cecilio Africano ed il filosofo Favorino di Arelate (Arles), e fa riferimento alla pena di morte prevista per il giudice o arbitro, nominato legittimamente dal magistrato su indicazione comune delle parti (*iure datus*), che avesse accettato

<sup>3</sup> Anche per questo tipo di procedimento si faccia riferimento agli studi citati nelle note 1 e 2.

denaro per pronunciare la sentenza (*ob rem dicendam pecuniam accepisse*).<sup>4</sup>

Gellio non è un giurista, ma un letterato che riporta nella sua opera un gran numero di discussioni letterarie, giuridiche, filosofiche con riferimento soprattutto al periodo da lui passato ad Atene (almeno un anno) per perfezionarsi nello studio della retorica e della filosofia. La sua testimonianza, perciò, anche se è preziosa in quanto l'unica a parlarci di questa norma delle XII Tavole, ci rivela solo una realtà parziale. La condotta del giudice che viene repressa consiste nella sua venalità, che lo porta all'accettazione di una somma di denaro per emettere la sentenza e, sia pure con le dovute cautele, sembra essere qualificata come un delitto pubblico (*crimen*), vale a dire come un illecito lesivo dell'interesse generale della comunità, passibile proprio per questo della sanzione capitale.

Le poche informazioni fornite da questa fonte non ci permettono neppure di ricostruire se la percezione del denaro da parte del giudice dipendesse dalla corruzione di una delle parti oppure, viceversa, dall'estorsione da lui commessa contro una di esse o entrambe. Più probabile appare l'ipotesi che, per considerare anti-giuridica la condotta del giudice, bastasse semplicemente il suo arricchimento.<sup>5</sup>

## 3. Nascita dell'illecito del *litem suam facere* nell'ambito del processo formulare

Un tipo di comportamento illecito del giudice nel processo civile, oggetto di un'attenta disciplina giuridica da

<sup>4</sup> Su questa norma decemvirale cfr. in dottrina G. Mac Cormack, *The Liability of the Judge in the Republic and Principate*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt* (ANRW) 14.2, Berlin - New York, 1982, pp. 4 ss.; R. Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 21 ss.

<sup>5</sup> Cfr. C. Venturini, *Concussione e corruzione: origine romanistica di un problema attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano, 1986, pp. 133 ss.

parte del pretore e dei giuristi, è quello che le nostre fonti definiscono "far propria la lite" (*litem suam facere*). Nelle classificazione delle fonti delle obbligazioni contenuta nelle *Res cottidianae* (o *Aurea*) di Gaio (in D. 44.7.5.4)<sup>6</sup> e nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.5. pr.) questa fattispecie viene compresa nella categoria dei quasi delitti (*obligationes quasi ex maleficio*), cioè degli atti illeciti privati riconosciuti e sanzionati dal pretore.<sup>7</sup>

Le sue origini infatti si fanno risalire alla metà del II secolo a.C., all'interno della giurisdizione del pretore peregrino, competente nell'impostare le controversie tra Romani e stranieri che venivano a Roma per ragioni di natura commerciale.<sup>8</sup> In tale ambito, infatti, si sarebbe maggiormente sentito il bisogno di rafforzare la tutela degli interessi di questi ultimi nei confronti di certe condotte illegittime dei giudici.

Vediamo ora nelle fonti quali condotte del giudice "civile" integravano tale delitto.

#### A. Violazione delle norme procedurali

Per molto tempo (almeno fino al II secolo d.C.) i comportamenti di un giudice che davano luogo a responsabilità consistevano nell'inosservanza dei suoi doveri connessi allo svolgimento del processo e non in un'eventuale appropriazione dell'oggetto della controversia o in un'illegittima ingerenza nel merito della causa, come possiamo chiaramente vedere da due importanti testimonianze: il capitolo

<sup>6</sup> Riportato *infra*, al punto B).

<sup>7</sup> V. in dottrina M. T. Giménez Candela, *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid, 1990, pp. 21 ss.; I. Cremades - J. Paricio, *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, in *Anuario de Historia de Derecho Español (AHDE)*, 54, 1984, pp. 186 ss.

<sup>8</sup> Così, ad es., Scevola, *La responsabilidad del iudex privatus*, cit., pp. 148 ss.

91 dello statuto del municipio spagnolo di Irni (la *lex Irnitana*) ed un passo delle Istituzioni di Gaio (4.52).

Nel primo testo si documentano le modalità di svolgimento di un giudizio civile presso un municipio, secondo le quali il magistrato municipale avrebbe stabilito che la fase davanti al giudice (*apud iudicem*) doveva aver inizio non prima di tre giorni dalla comparizione in tribunale (*in iure*) delle parti ed il giudice, nel caso in cui non fosse stato disponibile a comparire per allora, avrebbe dovuto provvedere al differimento dell'udienza, giurando di essere presente; diversamente, sarebbe stato costretto a presentarsi all'udienza stabilita dal magistrato e a pronunciare la sentenza, incorrendo altrimenti in una responsabilità.<sup>9</sup> Si tratta, come si vede, di un comportamento, la cui illiceità discende dall'inadempimento degli obblighi di comparire in giudizio nel giorno stabilito dal magistrato (salvo un valido motivo di giustificazione per differirlo) e di pronunciare la sentenza.

Il passo di Gaio configura come un "far sua la lite" (*litem suam facere*) del giudice la violazione dei limiti tassativi del contraddittorio inseriti nella formula. Si afferma infatti in *Inst.* 4.52:

"Il giudice deve far attenzione, nel caso in cui si sia inserita nella formula dell'azione la clausola con la facoltà di condannare ad una somma esattamente determinata, di non pronunciare la condanna né per una somma maggiore né per una minore, altrimenti avrà fatto propria la lite. Parimenti, se è stato posto un limite alla condanna, il

<sup>9</sup> Per la ricostruzione testuale dello statuto di Irni si rinvia a F. Lamberti, *"Tabulae Irnitanae". Municipalità e "ius Romanorum"*, Napoli, Jovene, 1993. Sulla responsabilità del giudice contemplata in questo capitolo v. S. SimshÄuser, *La jurisdiction municipale à la lumière de la lex Irnitana*, in *Revue Historique de Droit Français et Étranger (RHDFE)*, 67, 1987, pp. 619 ss.; F. Lamberti, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, in *Labeo*, 36, 1990, pp. 218 ss.; Scevola, *La responsabilidad del iudex privatus*, cit., pp. 236 ss.

giudice non condanni ad una somma maggiore del limite, altrimenti, infatti, farà sua la lite. Gli è invece permesso condannare ad una somma minore" (*debet autem iudex attendere, ut, cum certae pecuniae condemnatio posita sit, neque maioris neque minoris summa posita condemnet, alioquin litem suam facit. Item si taxatio posita sit, ne pluris condemnet quam taxatum sit; alias enim similiter litem suam facit. Minoris autem damnare ei permissum est*).

Qui la responsabilità deriva dall'aver pronunciato una sentenza difforme da quanto stabilito dal magistrato nella formula dell'azione concessa nel suo tribunale o superando, in più o in meno, l'esatto ammontare della condanna o oltrepassando il limite massimo dell'importo della stessa.<sup>10</sup>

Sia nel capitolo 91 della *lex Irnitana* che nelle Istituzioni di Gaio 4.52 il criterio di imputazione della responsabilità a carico del giudice è puramente oggettivo, dipendendo dalla violazione di doveri procedurali, senza che vengano quindi minimamente presi in considerazione elementi soggettivi alla base della sua condotta.

#### B. L'emissione dolosa o colposa della sentenza.

Ai comportamenti visti nel punto precedente si aggiunge successivamente, come ulteriore fattispecie del *litem suam facere*, anche la sentenza pronunciata con dolo, come afferma Ulpiano, 21 *ad ed.* in D. 5.1.15.1:

<sup>10</sup> Sul testo gaiano v. in dottrina A. D'Ors, *Litem suam facere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 48, 1982, pp. 371 ss.; F. De Martino, *Litem suam facere*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, 91, 1988, pp. 25 ss.; LAMBERTI, *Riflessioni in tema di litem suam facere*, cit., pp. 254 ss.; A. Burdese, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *AA.VV., Diritto e processo nell'esperienza romana*, Napoli, 1994, pp. 173 ss.; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 241 ss.

Si intende che il giudice faccia sua la lite, quando abbia pronunciato la sentenza in frode alla legge con dolo (si considera che lo abbia fatto con dolo, se si provi in modo evidente che questo derivi dal favore o dall'inimicizia verso una parte o dalla sua bassezza d'animo), così che sia costretto a prestare la vera stima in denaro dell'oggetto della lite (*iudex tunc litem suam facere intellegitur, cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit (dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens arguatur eius gratia vel inimicitia vel etiam sordes), ut veram aestimationem litis praestare cogatur*).

In questo testo si dice chiaramente che costituisce un'illecita condotta del giudice (*iudex tunc litem suam facere intellegitur*) quella di emettere una sentenza in frode alla legge e con dolo (*cum dolo malo in fraudem legis sententiam dixerit*), motivato dalla scarsa sua obiettività verso le parti o dal suo spirito abietto, subendo quale sanzione a suo carico il pagamento di una pena pecuniaria pari all'effettivo valore della pretesa frustrata (*ut veram aestimationem litis praestare cogatur*).

Alla decisione dolosa del giudice si equipara ben presto anche quella colposa, come sottolinea il passo delle *Res cotidianae* (libro terzo) di Gaio riportato in D. 44.7.5.4:

Se un giudice abbia fatto propria la lite, non si considera propriamente obbligato in base ad un delitto, ma, poiché non è obbligato per contratto e certamente si intende che abbia commesso un qualcosa di illecito, anche solo per imprudenza, si considera perciò che sia tenuto in base a quasi delitto (*si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri*).

Come si vede, il giurista ritiene che il giudice integra l'illecito di *litem suam facere* anche quando abbia giudicato male per imprudenza e, siccome pure una tale sentenza

può pregiudicare una o entrambe le parti processuali, egli soggiace all'obbligazione di risarcimento dei danni.

Da entrambi i testi appena esaminati, quindi, si deduce l'introduzione, ai fini della responsabilità del giudice, dei criteri soggettivi di imputazione del dolo e della colpa, con un evidente ampliamento delle fattispecie, che danno vita all'illecito, da vizi meramente processuali (inosservanza dei limiti del contraddittorio, mancata comparizione o emissione della sentenza) a vizi sostanziali della sentenza, in quanto frutto di un giudizio doloso o colposo.

#### C. L'ammontare della pena patrimoniale privata a carico del giudice

Come abbiamo potuto constatare dall'esame di D. 5.1.15.1, l'ammontare della pena privata, cui era condannato il giudice per aver pronunciato una sentenza con dolo, equivaleva all'effettivo valore dell'oggetto della lite. In realtà, tale criterio trovava applicazione solo nella misura in cui fosse possibile una valutazione precisa di quest'ultimo. Se ciò non era possibile, si procedeva ad una determinazione in via equitativa della somma da pagare (condanna *in bonum et aequum*), rimessa alla decisione di chi era chiamato a giudicare sulla condotta del giudice, come si dice nella parte finale di D. 50.13.6 (Gaio, l. 3 *rerum cottidianarum sive aureorum*), ripreso dalle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.5 pr.).<sup>11</sup>

... e il giudice sopporterà la pena nell'ammontare che sarà sembrato equo nel caso concreto alla valutazione di colui che giudica (... *et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis visum fuerit, poenam sustinebit*).

<sup>11</sup> Sull'argomento, vivacemente discusso in dottrina, v. A. Guarino, *Actiones in aequum conceptae*, in *Labeo*, 8, 1962, pp. 8 ss.; J. Paricio, *Estudio sobre las acciones in aequum conceptae*, Milano, Giuffrè, 1986, pp. 22 ss.; De Martino, *Litem suam facere*, cit., pp. 9 ss.; SCEVOLA, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 503 ss.

#### 4. La responsabilità dei giudici penali nella tarda repubblica e agli inizi del principato

Notizie certe sulla responsabilità dei giudici nei processi penali pubblici risalgono al I secolo a.C., in particolare ad una legge di Silla (la *lex Cornelia de sicariis et veneficiis* del periodo 82-80 a.C.) ed una di Cesare (la *lex Iulia repetundarum* del 59 a.C.), anche se è difficile, dato lo stato attuale delle nostre fonti, distinguere fra il loro contenuto originario e le estensioni applicative che sono state fatte successivamente.

Nella prima, secondo la testimonianza più tarda del giurista Marciano (inizi del III secolo d.C.) in D. 48.8.1 pr. - 1, sarebbe stato punito con la pena di morte il giudice chiamato a presiedere un processo penale pubblico, che avesse prestato la propria opera affinché con false prove un innocente fosse condannato (... *quive, cum ... publico iudicio praeeset, operam dedisset, quo quis falsum indicium profiteretur, ut quis innocens conveniretur condemnaretur*) oppure avesse ricevuto denaro per farlo condannare (*qui ... iudex ... quaestionis ob capitale causam pecuniam acceperit, ut publica lege reus fieret*).<sup>12</sup>

La seconda, nata per colpire i comportamenti illeciti dei governatori delle province, che abusavano dei propri poteri per ottenere denaro dalle popolazioni assoggettate, aveva progressivamente ampliato la propria sfera di azione fino a comprendere qualunque forma di corruzione o concussione legata all'esercizio di una funzione o ufficio, compreso quello di giudice.<sup>13</sup> Afferma infatti in giurista Macro (primi decenni del III secolo d.C.) in D. 48.11.3:

<sup>12</sup> V. Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., p. 147; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 92 ss.

<sup>13</sup> Cfr. D. 48.11.1 pr., sul quale v. in dottrina C. Venturini, *Studi sul crimen repetundarum*, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 480 ss.; Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., 157 ss.; Scevola, *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 92 ss.

In base alla legge Giulia sulle somme richieste illecitamente, è tenuto colui che, avendo una qualche potestà, abbia ricevuto denaro per giudicare, per non giudicare o decidere (*lege Iulia repetundarum tenetur, qui, cum aliquam potestatem haberet, pecuniam ob iudicandum vel non iudicandum decernendumve acceperit*).

Precisando poi che incorreva nella medesima responsabilità anche chi avesse percepito delle somme per incarcerare o scarcerare qualcuno o valutare in denaro l'oggetto della lite o deliberare sulla vita o la morte dell'imputato (D. 48.11.7 pr.) e la pena prevista in questi casi per il giudice oscillava, a seconda delle circostanze concrete, fra la l'esilio, la deportazione in un'isola o la pena capitale (D. 48.11.7.3).

##### 5. La responsabilità del giudice nel processo postclassico e giustiniano

L'affermazione del nuovo tipo di processo (la *cognitio extraordinem*) avviene progressivamente, tanto nel settore civile quanto in quello penale, tra I e III secolo d.C., convivendo a lungo con i modelli processuali precedenti. In esso cambia profondamente la figura del giudice, che non è più, come si è detto in precedenza (§ 1), né un privato cittadino, scelto quale arbitro dalle parti e dal magistrato, né il componente di una giuria, ma si tratta per lo più di funzionari alle dipendenze dell'imperatore, che esercitano normalmente le attività giurisdizionali insieme a quelle amministrative. Dopo la fine del III secolo, tutte le cariche burocratiche, che svolgono compiti di direzione amministrativa, esercitano nello stesso ambito anche funzioni giurisdizionali, formando una piramide, al cui vertice si trova l'imperatore. Manca ancora, comunque, una categoria professionale di giudici, dotata di specifiche competenze,

ma ci troviamo di fronte ad una gran quantità di organi amministrativi, ricoperti da persone di diretta nomina imperiale, chiamate a svolgere per suo conto anche l'attività giurisdizionale.<sup>14</sup>

In questo mutato panorama si atpeggia in modo diverso anche la responsabilità del giudice, come risulta dal quadro che ci offre il *Corpus iuris civilis* di Giustiniano. Da un lato, si trovano ancora le normative sorte nelle età anteriori in tema di *litem suam facere* del giudice, di sua corruzione e concussione, di ingiusta condanna dell'imputato, che abbiamo esaminato nei paragrafi precedenti, a dimostrazione del persistere della loro vigenza (altrimenti non si spiegherebbe la loro inclusione in un testo normativo). Dall'altro, si trasforma il loro contenuto e si vengono ad aggiungere profili nuovi.

Infatti, le condotte illecite dovute al mancato rispetto dei limiti del contraddittorio stabiliti nella formula dell'azione o all'inosservanza dei doveri procedurali connessi al processo formulare vengono meno con la scomparsa dello stesso, e non è perciò un caso che le relative disposizioni non siano riprodotte nella codificazione. D'altra parte, già a partire dal I secolo d.C., gli errori di questo tipo commessi dal giudice potevano essere corretti in sede di appello presso l'organo giudicante superiore. Mediante tale mezzo di impugnazione si poteva anche rimediare alle sentenze ingiuste sotto il profilo del contenuto.

La condotta dolosa o colposa del giudice che avesse arrecato pregiudizio ad una o entrambe le parti si configurava ormai come un crimine, più che un illecito privato, determinando l'applicazione di sanzioni penali a suo carico, oltretutto il risarcimento dei danni.<sup>15</sup> Da questo punto

<sup>14</sup> Sul punto si rinvia a F. De Martino, *Storia della costituzione romana*, V, Napoli, Jovene, 1975, pp. 480 ss.

<sup>15</sup> Cfr., Scevola *La responsabilità del iudex privatus*, cit., pp. 542 ss.

di vista, si realizza un intreccio nella codificazione tra testi relativi alla disciplina privatistica, che regolava il *litem suam facere*, e testi contenenti la disciplina pubblicistica, che reprimeva ogni illecito arricchimento del giudice ed ogni sua pronuncia intenzionalmente volta a far condannare l'accusato. In un tale contesto si inserisce un'importante disposizione emanata dall'imperatore d'Oriente Zenone nel 479 d.C. e riprodotta in C. 1.49.1, che imponeva a tutti i giudici sia civili che militari un obbligo di residenza per cinquanta giorni, dopo la deposizione della carica, nei luoghi dove avevano amministrato la giustizia, al fine di permettere agli amministrati di accusarli per gli illeciti commessi durante l'esercizio della funzione.

A tutto ciò va aggiunto un ultimo e rilevante aspetto. Poiché la giurisdizione era esercitata da funzionari inseriti in un apparato amministrativo, alla responsabilità penale e civile si poteva anche eventualmente assommare una responsabilità disciplinare, fatta valere dall'organo superiore o dallo stesso imperatore attraverso la comminazione di specifiche sanzioni.<sup>16</sup>

PARTE SECONDA  
DIRITTO MEDIEVALE E MODERNO

ANDREA LANDI

1. *La giurisdizione come funzione essenziale d'ogni esperienza giuridica. L'alto medioevo*

Chi si proponga di ricostruire, ancorché in via generalissima, una qualunque esperienza giuridica, non può non riconoscere alla funzione giurisdizionale un ruolo essen-

<sup>16</sup> Per una esauriente panoramica sul punto v. ancora Santalucia, *Diritto e processo penale*, cit., pp. 269 ss.

ziale: infatti, è la giurisdizione che consente il continuo evolversi dell'esperienza giuridica nel corso del tempo.

Ad una più attenta analisi, tuttavia, non è difficile scorgere che questa funzione essenziale cambia da epoca a epoca: sicché, accanto ad un contenuto minimale, che resta invariato nel tempo — la traduzione d'un precetto astratto in un ordine concreto — possono oppure no aggiungersi altre caratteristiche che appunto sono il portato del modo d'intendere la giurisdizione all'interno d'un certo contesto storico.<sup>17</sup>

Se dunque guardiamo all'esperienza giuridica dell'alto medioevo si percepisce con chiarezza come in presenza di ordinamenti essenzialmente consuetudinari quali erano quelli alto-medievali, il giudice sia stato chiamato non solo a trasformare un precetto astratto in un ordine concreto, ma prim'ancora di far questo, ad individuare la norma vigente, da applicare poi al caso concreto.

La storiografia ha parlato, a questo proposito, d'una vera e propria "inventio" delle norme consuetudinarie, da ottenersi mediante una "inquisitio per testes"; dove questi testimoni sono gli "antiquiores loci", che, in certo modo, possono essere visti come i depositari delle tradizioni giuridiche e, più in generale, della saggezza all'interno della comunità.<sup>18</sup>

Nell'alto medioevo, insomma, era richiesto al giudice — significativamente definito come *Urteifinder*, cioè "trovatore di sentenze" — di individuare, all'interno della comunità, quale fosse la norma vigente percepita come tale dai consociati, sulla base della quale egli avrebbe poi reso giustizia, senza peraltro che nel contenuto di queste

<sup>17</sup> Cfr. U. Santarelli, *Auctor iuris homo. Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 67-75.

<sup>18</sup> F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, pp. 210-214.

norme si potesse riscontrare una separazione tra morale e diritto;<sup>19</sup> ragion per cui, molto spesso avveniva che la soluzione della controversia fosse rimessa al giudizio di Dio (si pensi alle varie *ordalie*, o al giuramento, che rappresentava una sorta di "chiamata in causa" della divinità), oppure al risultato d'un conflitto tra rapporti di forza (il duello per campioni).<sup>20</sup>

In questa prospettiva è ben difficile poter parlare d'un profilo di responsabilità del giudice, se non altro perché il giudicante si trovava a valutare e applicare norme consuetudinarie che venivano —per dir così: "illico et immediate"— sottoposte al vaglio critico della comunità, in modo da escludere ogni possibile deviazione rispetto alla loro applicazione da parte del giudicante.

## 2. Il rinascimento giuridico basso-medievale e il (presunto) principio di legalità

Profondamente diverso è invece il discorso relativo alla funzione giurisdizionale nel basso medioevo.

Qui si riscontra un indubbio ritorno alle fonti scritte e una sorta di marginalizzazione della fonte consuetudinaria.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> M. Bellomo, *L'Europa del diritto comune*<sup>7</sup>, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1994, pp. 57-61.

<sup>20</sup> Non è inutile precisare che sovente il processo negli ordinamenti barbarici era pensato come mezzo per dirimere le controversie ed impedire così le faide, piuttosto che per l'accertamento della verità, com'era stato nell'ordinamento romano e ritornò ad essere in tempi più tardi, grazie all'influsso della legislazione canonica e al modello processuale definito appunto romano-canonico; per esempio, sul processo longobardo, cfr. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1995, p. 166-172.

<sup>21</sup> In pagine ormai risalenti, ma ancora, con i necessari accorgimenti, utilizzabili con profitto, Ugo Nicolini aveva parlato dell'affermarsi d'un vero e proprio "principio di legalità" negli ordinamenti comunali, addirittura qualificati come "democrazie" (si allude a U. Nicolini, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Milano, Marzo-

Le nuove istituzioni —Comuni e Corporazioni— avevano dei propri statuti, sulla base dei quali il giudice era chiamato a rendere giustizia, sicché egli era tenuto, in buona sostanza, ad applicare la norma, secondo un procedimento che veniva, anche questo come la norma sostanziale, fissato dallo statuto o da altre normative scritte.

A ciò si aggiunga che il giudice di queste istituzioni —console *de iustitia*, podestà, capitano del popolo, rettore che dir si voglia— era nella stragrande maggioranza dei casi soltanto un politico e quindi era totalmente inesperto di diritto: questo faceva sì che per la soluzione in punto di diritto delle controversie a lui sottoposte, egli dovesse ricorrere all'ausilio d'un giurista di professione che gli fornisse, con un proprio parere (il *consilium sapientis iudiciale*), la soluzione giuridicamente corretta, da utilizzare poi nella sentenza.<sup>22</sup>

In ordinamenti siffatti si poneva in modo pressante la necessità di sottoporre a controllo l'attività giurisdizionale, individuando puntualmente i profili di responsabilità del giudice sulla base sia delle disposizioni contenute nella "riscoperta" compilazione giustiniana, sia, soprattutto, mediante l'ideazione d'un'apposita procedura statutaria —il cosiddetto giudizio di sindacato— volta ad esercitare questo controllo.

rati, 1947). Se questa tanto indebita quanto comprensibilissima anticipazione storica compiuta dall'autore non può essere condivisa, essa vale comunque a sottolineare l'indiscutibile cambiamento di rotta nel sistema basso-medievale delle fonti, rispetto all'alto medioevo, con il predominio assunto proprio dalle fonti scritte. In questo senso U. Santarelli, *Ricordo di Ugo Nicolini*, in "Rivista di storia del diritto italiano", Anno LVIII (1985), pp. 384-387, ora in *Id.*, *Ubi societas ibi ius. Scritti di storia del diritto*, Introduzione di P. Grossi, a cura di A. Landi, I, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 382-385.

<sup>22</sup> Su questo istituto resta fondamentale Guido Rossi, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano-canonico*, I, (secoli XII-XIII), Milano, Giuffrè, 1958.

In una tale procedura alcuni "syndici", nominati dalle Istituzioni comunali, avevano il compito di vagliare l'operato del giudicante, al termine del suo mandato, per verificare se ci fosse stato un indebito esercizio delle sue funzioni; in caso d'un positivo accertamento dell'esercizio *contra legem*, essi dovevano procedere contro di lui, irrogando la giusta sanzione e condannandolo al risarcimento dei danni patiti dall'Istituzione comunale e dai singoli *civiles*, coinvolti, a vario titolo, nelle attività processuali.

Dalle fonti romane la *scientia iuris* basso-medievale aveva ripreso la figura del *Iudex qui litem suam facit*, che, lo si ricorderà, era ricompresa nella categoria dei quasi delitti, arrivando grosso modo —pur con le differenziazioni che si potevano trovare in taluni interpreti— ad individuare tre fattispecie di responsabilità che davano luogo ad altrettante forme di risarcimento:<sup>23</sup> in primo luogo la responsabilità del giudice che aveva mal giudicato "per imperitiam", per il quale egli era punito con una pena lasciata all'*arbitrium* del giudice incaricato di vagliare il suo comportamento ("religionem iudicantis", secondo il disposto di Inst. 4.5 pr.); poi era previsto il caso del giudice che dolosamente avesse reso una sentenza contraria alla giustizia, per il quale era prevista la pena della "vera litem aestimatio" nel civile e della "retorquutio" nel penale (cioè a dire, veniva inflitta al giudice la stessa pena che aveva comminato all'innocente), secondo Accursio accompagnata anche dall'infamia; ed infine quella del giudice che avesse reso la sentenza ingiusta per corruzione, la qual cosa era punita con la perdita dell'ufficio e il pagamento del "quadruplum". In questi ultimi due casi, la dottrina era propensa a parlare d'una responsabilità "ex maleficio" del giudicante,<sup>24</sup> pervenendo

<sup>23</sup> Cfr. Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., pp. 456-458.

<sup>24</sup> Lapidaria la *gl. Litem suam in l. Si iudex Inst. De Obligationibus, quae ex quasi delicto nascuntur* (Inst., 4.5 pr): "Idest controversiam vel litigium, ut in id

verso l'età moderna alla unificazione delle due fattispecie, con la previsione della pena per il giudice fissata nel pagamento dell'"aestimatio litem" e delle spese.

### 3. Una simbiosi fra doctores e iudices

*La communis opinio*. Come si sa, la pluralità di fatti di normazione presenti nell'esperienza giuridica basso-medievale —statuti comunali e corporativi, normative ecclesiastiche, consuetudini, sporadici interventi del legislatore imperiale— aveva la necessità d'una *reductio ad unum*, alla quale si pervenne grazie all'*interpretatio* della scienza giuridica, che riuscì nella creazione di quello che a suo tempo venne definito il "sistema di diritto comune":<sup>25</sup> un'*interpretatio* che, non limitandosi alla semplice ermeneutica dei riscoperti testi giustiniani, ma costituendo una feconda attività nomopoietica, riuscì a creare un compiuto sistema normativo, all'interno del quale si realizzò un rapporto dialettico fra *iura propria* —i diritti di provenienza delle istituzioni particolari— e *ius commune* creazione tutta sapienziale, costituita non soltanto dai testi, ma anche e soprattutto dalla *lectura* dottrinale dei testi di quelle compilazioni che in età moderna saranno indicate coi nomi di *Corpus iuris civilis* e *Corpus iuris canonici*.<sup>26</sup>

teneatur ipse in quo laesit aliquem: et hoc quando per ignorantiam, vel imperitiam (...). Nam si dolo, tunc non habet locum hic titulus: sed ex maleficio tenetur, et sit infamis".

<sup>25</sup> F. Calasso, *Il concetto di "diritto comune"*, ora in ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 31-76 (lo scritto però risale al 1933)

<sup>26</sup> Sull'interpretazione dei dottori basso-medievali, cfr. S. Caprioli, *v. Interpretazione nel diritto nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche IV ed.*, sez. civile, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25 e, più in generale, P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*<sup>12</sup>, Roma-Bari, Laterza, 2006, pp. 154-175; per una ricostruzione differente cfr. U. Petronio, *L'analogia tra induzione e interpretazione prima e dopo i codici giusnaturalistici*, in *Il ragionamento analogico. Profili*

La rilevante e imprescindibile funzione svolta dalla *scientia iuris* in una siffatta esperienza giuridica —dove la dottrina non era chiamata soltanto ad operare un “semplice ripensamento ordinante” dell’esperienza del proprio tempo,<sup>27</sup> ma addirittura a creare nuovo diritto e a dare veste giuridica ai *nova negotia* che la prassi continuamente inventava—<sup>28</sup> non poteva non riversare i suoi effetti anche sul processo e sulla funzione giurisdizionale, sia mediante l’istituto del *consilium sapientis iudiciale*, di cui abbiamo detto, sia, più in generale, per fissare dei limiti oggettivi all’esercizio della discrezionalità piena (*arbitrium*) che il processo romano-canonico riconosceva al giudice nell’individuare la soluzione da seguire nella propria sentenza, in presenza di lacune del diritto positivo.<sup>29</sup>

Questa “simbiosi dialettica” fra *doctores* e giudici —dove i primi erano i profondi conoscitori del diritto vigente da loro stessi elaborato e i secondi quelli che eran chiamati ad applicarlo nelle aule dei tribunali, pur non essendo dei tecnici, ma dei politici— realizzava una sorta di “diarchia (per quanto non dichiarata) sul processo”:<sup>30</sup> una diarchia che si concretizzava non soltanto nel momento in cui i vari

storico-giuridici, a cura di C. Storti, Napoli, Jovene, pp. 183-292, ora in *Id.*, *Attività giuridica moderna e contemporanea*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 49-159.

<sup>27</sup> Santarelli, *Auctor iuris*, cit., p. 76.

<sup>28</sup> Grossi, *L'ordine giuridico*, cit., p. 166.

<sup>29</sup> Come ha felicemente scritto Giovanni Rossi, *La forza del diritto: la communis opinio doctorum come argine all'arbitrium iudicis nel processo della prima età moderna*, in *Il diritto come forza. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012, p. 38, “la società medievale, in relazione alla lacunosità del diritto positivo, non affronta e risolve la questione cercando di dotarsi di ciò che oggettivamente le manca (e di cui in verità nessuno sente il bisogno), invocando cioè l’emanazione a tutto campo di leggi scritte; in contrario valorizza appieno gli elementi che incarnano, in positivo, le peculiarità dell’esperienza giuridica medievale, così come si manifesta nelle forme dello *ius commune*, ed in primis il ruolo di una scienza giuridica di alto profilo, ben radicata nel corpo sociale ed in piena sintonia con i valori e la mentalità della società coeva”.

<sup>30</sup> Rossi, *La forza del diritto*, cit., p. 40.

statuti obbligavano il giudice a conformarsi al *consilium sapientis iudiciale*, ma anche allorché venne affermandosi la massima che il giudice non poteva discostarsi dall’*opinione comune dei dottori* (“a communi opinione non est recedendum”); in entrambi i casi, pur rimanendo, almeno in astratto la libertà del giudice di fare scelte diverse, perché a suo parere più conformi all’equità e alla verità, egli non poteva sottrarsi al giudizio di sindacato, nel quale sarebbe stato valutato il suo comportamento ed egli avrebbe per converso dovuto spiegare le proprie ragioni, sussistendo una presunzione di “imperitia” a suo carico.<sup>31</sup>

L’*opinione comune dei dottori* era un rimedio endogiurisdizionale, che la giurisprudenza giudicante aveva escogitato per porre un argine al dilagare delle opinioni dottrinali che nel corso dei decenni si erano affastellate nell’interpretazione dei due *Corpora iuris*, sia in *consulendo* che in *legendo*, al fine di assicurare un minimo di certezza del diritto; anche se, occorre notarlo, i criteri per la sua determinazione —che oscillavano tra il privilegiare l’autorevolezza oppure il numero di coloro che seguivano una data teoria— non furono mai esattamente precisati, cosicché non tardarono a presentarsi nella prassi opinioni

<sup>31</sup> Si veda a titolo d’esempio Lancillotto Corradi (1520-1590), *Praetorum, et Curiale Breviarium*, Venetiis, Apud Ioan. Bapt. Somascum, 1563, L. I, cap. 9 *de praetore*, pp. 187-188, n. 21-22, il quale osserva che il “Iudex praecipue sequi debet communem, vel magis communem opinionem, ubi reperiatur, in iudicando, nec ab ea recedere; quod et in consulendo observandum est”, per poi ribadire, sulla scorta di molte autorità, che si presume “per imperitiam iudicare, qui relicta communi opinione, singularem adheret”. Lo stesso orientamento è fatto proprio dal repertorio del cardinal Toschi (1535-1620) —che riprende una tesi sostenuta da Alessandro Tartagni (1423/24-1477)— per il quale il giudice “qui inhaeret opinioni singularem relinquendo communes sententias dicitur per imperitiam iudicare”; cfr. D. Toschi, *Practicae quaestiones*, V, Romae, Ex typographia Stephani Paulini, 1606, p. 1080, Concl. 151 *Opinio singularis contra communem reprobatur*, p. 1080, n. 9; Alessandro Tartagni, *Cons. Visis processibus* (L. 2, cons. 95), in *Id.*, *Consilia seu Responsa*, II, Venetiis, Apud Haeredes Alexandri Paganini, 1610, fo. 83 ra, n. 6.

comuni contrapposte ad altre opinioni parimenti comuni ("opiniones communes contra communes"), oppure opinioni ritenute più comuni di altre ("opiniones magis communes").<sup>32</sup>

Non è questa la sede per trattare analiticamente della questione: qui basterà notare, con il Lombardi, che essa costituì nell'esperienza del diritto comune la "versione giurisprudenziale della legge".<sup>33</sup> E il giudice, pur con le eccezioni che dicevamo, era in certo modo sottoposto ad essa.

#### 4. Un tipico profilo di responsabilità del giudice: l'imperizia nell'identificazione e nell'applicazione del principio di diritto

Il giudice che si fosse discostato dall'opinione comune dei giuristi senza una valida ragione, ma soltanto per sua imperizia, secondo la valutazione unanime della dottrina, avrebbe fatta propria la lite: per esentarsi *a priori* da qualunque responsabilità, egli avrebbe dovuto aderire, senza remore, a quell'opinione, anche se personalmente non l'avesse del tutto condivisa, posto che in favore di essa sussisteva una sorta di presunzione, seppure *iuris tantum*, di veridicità.<sup>34</sup>

<sup>32</sup> Fra i numerosi trattati sulla *communis opinio* ci sembra da menzionare almeno A. M. Corazio (sec. XVI), *De communi opinione utriusque iuris doctorum*, in *Tractatus universi iuris*, XVIII, Venetiis 1584, fo. 222 ra-247 ra, dove nella prefazione (fo. 223 r, nn. 38-41) si precisa in che cosa consista la distinzione di cui nel testo.

<sup>33</sup> L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 189.

<sup>34</sup> Come ha notato E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei Edizioni di arte e scienza, 1995, p. 460, "l'opinione communis restò sempre solo *probabilis* —ossia dotata di buona idoneità alla dimostrazione, quindi attendibile— ma non fu mai *necessaria* (vincolante); e tuttavia nel Cinquecento si concluse ch'era pericoloso per giudici e avvocati non attenersi: nel caso avessero futilmente contrastata un'opinione communis potevano incorrere in malanni e guai".

In una situazione di questo genere si capisce come l'imperizia nell'identificazione e poi nell'applicazione del principio di diritto —della regola cioè da seguire nel caso di specie— comportasse notevoli difficoltà per un giudice che, come più volte s'è detto, non era tendenzialmente un esperto di diritto.

Una precisa ricostruzione della responsabilità del giudice che fece propria la lite, in conseguenza di erronea individuazione della regola da applicare, si riscontra nel commentario di Bartolo da Sassoferrato a C. 7.49.2, dove, "secondo il vezzo casistico e per amore della maggior completezza possibile",<sup>35</sup> egli distingue due casi di "imperitia iudicis", che configurano la responsabilità del giudice, il quale sarà tenuto ad una pena la cui determinazione è rimessa, per usare ancora le parole di Inst. 4.5 pr., "religioni iudicantis" (cioè all'altro giudice chiamato a valutare il suo comportamento).<sup>36</sup>

Il primo caso ricorre quando egli abbia giudicato "contra casum legis": e qui Bartolo distingue a sua volta tra l'ipotesi in cui il giudice abbia errato nell'interpretare una legge oscura e difficile, nella quale "mitius punietur", da quella in cui egli si sia trovato di fronte una legge facile e

<sup>35</sup> A detta del nicolini, *Il principio di legalità*, cit., p. 461. Una puntuale ricostruzione dell'analisi bartoliana di questo passo anche in V. Crescenzi, *Communis opinio doctorum*, in *El "ius commune" com dret vigent. L'experiència judicial d'Andorra i San Marino*. Actes del I simposi jurídic Principat d'Andorra/ República de San Marino, II, Andorra, Institut d'Estudis Andorrans, 1994, pp. 694-698, e più ampiamente, ID., *La communis opinio doctorum e l'auctoritas rerum similiter iudicatarum nell'esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*, in "Initium. Revista catalana d'història del dret", 3 (1998), pp. 599-602. Ne accenna anche J. Barrientos Grandón, *El mos italicus en un jurista indiano: Francisco Carrasco del Saz (15?-1625)*, in "Ius fugit. Revista interdisciplinaria de estudios histórico-jurídicos", 2 (1993), pp. 50-51.

<sup>36</sup> Bartolo da Sassoferrato, *In l. De eo C. De poena iudicis qui male iudicavit* (C. 7.49.2), in ID., *Commentaria in secundam Codicis partem*, Lugduni, Excudebat Dionysius Harsacus, 1550, fo. 86 ra-vb, nn. 3-6.

dal chiaro significato, nella quale sarebbe stato invece da punirsi più severamente.

Il secondo caso si configura quando il giudice abbia errato in una materia nella quale sussistevano solo opinioni dottrinali, scegliendo un'opinione "mala" e non seguendo quella che "ab omnibus communiter approbatur et communiter observatur".

Conclude infine il maestro marchigiano che sarà da escludersi ogni responsabilità per il giudicante quando nella materia oggetto di giudizio sussistano "opiniones ita fortes, quod quandoque observatur una et quandoque servatur altera": in tali frangenti, infatti, la legge si configura come incerta e il giudice, che erra nell'individuazione del principio, deve essere pertanto scusato.

Dalla ricostruzione bartoliana si evince con chiarezza sia il ruolo della *communis opinio*, che si presenta, in definitiva, come "strumento di certificazione e razionalizzazione del diritto vigente (...) destinata a predeterminare le possibili interpretazioni di un istituto o di singole norme concretamente proponibili entro il processo",<sup>37</sup> nell'ottica di ricerca della certezza del diritto, mediante la fissazione di criteri oggettivi di valutazione cui il giudice deve attenersi,<sup>38</sup> sia la

<sup>37</sup> Rossi, *La forza del diritto*, cit., p. 43.

<sup>38</sup> Una valutazione più limitativa del valore della *communis opinio* in Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, cit., p. 602, secondo il quale essa "non determina di per sé il diritto, ma determina la responsabilità del giudice in ordine alla relativa agevolezza nella determinazione del diritto da applicare. Il giudice vi è tenuto non perché sia soggetto alla *communis opinio doctorum*, ma perché se egli non la segue è colpito da una presunzione di imperizia o di negligenza". Ci pare peraltro che, in un sistema giurisprudenziale quale quello del diritto comune almeno dal Quattrocento in poi, era proprio il meccanismo della responsabilità in *iudicando* previsto dai testi romani a carico del giudice, che faceva assumere all'istituto in questione una sostanziale forza di legge, qualità che soltanto formalmente si sarebbe potuto ancora negare (cfr. A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa. Dal medioevo all'età contemporanea*, Bologna, Il Mulino, 2007, pp. 287-288). Per le fonti ci limitiamo a riportare l'assunto registrato dal Toschi, secondo il quale l'*opinio communis habetur*

simbiosi dialettica che intercorre tra *scientia iuris* e giurisprudenza giudicante; aspetti, questi, cui accennavamo nel paragrafo precedente e che non ci sembrano bisognevoli di ulteriore dimostrazione.

D'altra parte, man mano che ci si avvicina all'età moderna e il giudice assume sempre più una qualifica professionale, il tecnicismo che comincia ad essergli richiesto, gli impone in modo più stringente la conoscenza della opinioni dottrinali e della loro applicazione.

Come icasticamente fu scritto, al giudice era richiesto di possedere due tipi di sale: il "sale della sapienza", per non essere insipido e quello della "retta coscienza" per non diventare diabolico;<sup>39</sup> mancando il primo —che si otteneva per lo più mediante la conoscenza e la puntuale applicazione della *communis opinio*—<sup>40</sup> egli avrebbe giudicato *per imperitiam* e sarebbe stato perciò sottoposto alla punizione determinata dal superiore, mentre difettando il secondo, egli avrebbe dolosamente mal giudicato e quindi sarebbe

pro lege, et venit appellatione legis in dispositione loquente de lege", in ciò seguendo il consulente Tiberio Deciani (Toschi, *Practicae conclusiones*, cit., concl. 150 *Opinio communis Doctorum est tenenda et secundum eam iudicandu, et quando secus*, p. 1080, n. 9).

<sup>39</sup> Immagine che si ritrova in molti autori —dai quattrocenteschi Barbazza e Giason del Maino, ai cinquecenteschi Cravetta, Menochio, Tepato—, la cui prima formulazione è probabilmente riconducibile a Baldo; cfr. Nicolini, *Il principio di legalità*, cit., p. 463, e M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998, p. 345, nt. 110.

<sup>40</sup> Significativo a questo proposito quanto si legge in un celebre trattato riguardo al giudice che voglia essere perfetto: tra le tante caratteristiche, che vanno dalla castità all'essere inesorabile, compare pure quella di essere "librorum cumulo circumdatus, et studens"; cfr. G. Alvarez de Velasco (sec. XVII), *Judex perfectus seu de iudice perfecto Christo Jesu, Lausonii et Coloniae Allobrogum, Sumptibus Marci-Michaelis Bousquet et Sociorum*, 1740, rubr. 15, ann. 1, pp. 280-297, un compendio del quale si trova in M. A. Savelli (1624?-1695), *Summa diversorum tractatumum*, I, Venetiis, Apud Paulum Balleonium, 1707, pp. 16-30, dal cui epilogo (p. 30) è tratta la citazione virgolettata.

andato incontro ad una condanna all'integrale risarcimento dei danni.

##### 5. Alcuni spunti sul principio della soggezione del giudice alla legge negli ordinamenti a diritto comune vigente

Una delle caratteristiche che contraddistinguono l'esercizio della giurisdizione nelle democrazie contemporanee è quella della *soggezione del giudice alla legge*: caratteristica che, insieme a quella della inamovibilità, vale a garantire un margine ampio di libertà all'attività giurisdizionale, affrancata da condizionamenti esterni e vincolata dai soli limiti fissati dalla legge stessa.<sup>41</sup> Anche gli odierni ordinamenti che ancora vivono a diritto comune —la Repubblica di San Marino e il Principato d'Andorra— hanno recepito, abbastanza recentemente, tale principio.<sup>42</sup>

<sup>41</sup> Com'è stato sottolineato, con riferimento all'art. 101, comma 2, della Costituzione italiana, si tratta d'un'"enfatica espressione che però sottolinea l'autonomia del singolo magistrato" (così P. BARILE, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, Cedam, 1972, p. 206). D'altra parte, essa risente della tendenza, tipica di molti ordinamenti successivi alla Rivoluzione francese, di identificare il diritto con la legge: non a caso è stato puntualizzato che sarebbe più preciso parlare di "sordinazione del giudice al diritto" (cfr. A. Pizzorusso, *Lezioni di diritto costituzionale*<sup>3</sup>, Roma, Il foro italiano, 1984, p. 400).

<sup>42</sup> Cfr. art. 85 della *Costitució del Principat d'Andorra* del 1993: "En nom del poble andorrà la Justícia és administrada exclusivament per jutges independents, inamovibles i, en l'àmbit de les seves funcions jurisdiccionals, sotmesos només a la Constitució i a la llei", mentre la legge qualificata sulla giustizia del 3 settembre 1993 all'art. 76 prevede che "els Batlles i Magistrats seran responsables civilment pels danys i perjudicis ocasionats dolosament en exercici de les seves funcions". Per San Marino, in difetto d'una specifica disposizione nella *Dichiarazione dei diritti dei cittadini e dei principi fondamentali dell'ordinamento sammarinese* (legge 8 luglio 1974 n. 59), che si limita, con l'art. 15 comma 3, a garantire "l'indipendenza dei giudizi", si veda l'art. 1 della *Legge sull'Ordinamento giudiziario* del 28 ottobre 1992 n. 83 dove si assicura ai giudici "piena indipendenza e libertà di giudizio" (comma 1) e si afferma che essi sono "soggetti alla legge soltanto e tenuti alla puntuale interpretazione ed applicazione del diritto vigente" (comma 3).

Una soluzione di tal genere è apparsa però, già ai primi interpreti, come fortemente problematica nella sua applicazione, non fosse altro perché, in questi ordinamenti, il giudice deve continuare a fare i conti con la funzione nomopoietica della dottrina, che si estrinseca appunto nel meccanismo della *communis opinio*.<sup>43</sup>

In altri termini, se è relativamente semplice in esperienze di tipo legalistico affermare che il giudice è sottoposto soltanto alla legge, ben più complesso è affermare questa subordinazione in ordinamenti nei quali si proclama tuttora vigente il diritto comune, nel quale la dottrina svolge, come s'è visto, una funzione straordinariamente rilevante.

Se a ciò si aggiunge che, in questa materia, la formulazione delle norme di *ius proprium* non è stata troppo perspicua —ma ciò non deve meravigliare: non è forse vero che i *doctores* apostrofavano il diritto statutario come *ius asininum*?—, si può addirittura pervenire ad ipotizzare una situazione di totale irresponsabilità dei giudicanti. Basti un solo esempio.

L'art. 15 comma 2 della legge sammarinese sull'ordinamento giudiziario n. 83/1992 dispone che il giudice non risponde per "l'attività d'interpretazione delle norme di diritto", né per "quella di valutazione del fatto e delle prove".<sup>44</sup> Con questa formulazione tale articolo sembra svuotare di contenuto il comma 2 del precedente art. 14 dove si prevede la possibilità che i giudici siano sottoposti a sindacato per rispondere della loro attività; infatti, col termine "sindacato" parrebbe da intendersi proprio quella procedura che abbiamo sopra menzionato, modellata sull'ipotesi romano-canonica del *iudex qui facit litem suam*, la quale consiste pre-

<sup>43</sup> Cfr. Crescenzi, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas*, cit., pp. 604-609.

<sup>44</sup> Ecco il testo di tale comma: "Nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove".

cipuamente nella valutazione dell'attività interpretativa di individuazione e applicazione delle norme. Da qui, dunque, la ipotizzata irresponsabilità dei giudicanti.

Per uscire da questa sorta di *cul de sac*, pur ribadendo la convinzione che molto spesso l'inserzione in un ordinamento di istituti che sono propri di altre esperienze che hanno avuto una diversa storia giuridica alle loro spalle può creare non poche difficoltà, ci sembra necessario procedere ad una corretta intellesione del termine legge, la quale tenga conto della specificità della tradizione del diritto comune e possa così evitare quella soluzione, invero aberrante, della totale irresponsabilità sopra immaginata.

A nostro sommo parere, la legge — a cui adesso il giudice è subordinato in forza delle disposizioni suddette — non è soltanto quella che proviene dall'organo detentore del potere legislativo, ma è anche la *lex* per eccellenza, cioè il diritto romano con la sua *intepretatio* che nel corso dei secoli ha dichiarato il diritto vigente e il grado di adeguamento di quel diritto in rapporto dialettico con le consuetudini e il *ius novum*, rappresentato da statuti e riformazioni.<sup>45</sup>

<sup>45</sup> Non si possono non ricordare le considerazioni di Guido Astuti, nella veste di Giudice delle Appellazioni, sulla definizione e sul ruolo del diritto comune vigente a San Marino: "Il diritto comune è l'antica *lex omnium generalis*, è l'organico sistema normativo elaborato nel corso dei secoli dalla giurisprudenza sulla base del diritto romano giustiniano, del diritto canonico e della consuetudine, mentre il *ius novum*, rappresentato dal diritto statutario e dalla successiva legislazione locale, non costituisce affatto una compiuta codificazione del diritto privato, civile e commerciale e processuale civile"; cfr. *Giudice Appellazioni*, 30 luglio 1963, in "Giurisprudenza Sammarinese", Anno III (1965), fasc. 1, p. 46. Insomma, è da condividere senz'altro l'assunto che il diritto comune è "un insieme di precetti determinato storicamente, e localmente specificato", come precisa S. Caprioli, *Varianti e costante del diritto comune*, in "Rivista di diritto civile", Anno XXXIX (1993), II, pp. 639-643, la cit. è a p. 641. Qualche ulteriore spunto in A. Landi, *Osservazioni per uno studio sul diritto comune vigente*, in "Rivista di storia del diritto italiano", Anno LXXIII (2000), pp. 339-355.

Ed infine è legge anche la *lex contractus*, cioè quella legge stabilita dalle parti, in conformità al potere di autoqualificazione e autoregolamentazione del contratto: un potere che il diritto comune riconosce loro e che non può essere scalfito dall'attività del giudicante, in difetto di norme imperative che lo autorizzino in tal senso.<sup>46</sup>

Solo riconoscendo questa polisemia del termine legge, percepita nella sua intrinseca storicità, l'interprete potrà allora declinare, senza troppi problemi, il principio costituzionale della soggezione del giudice alla legge in quegli ordinamenti dove il diritto comune è ancora vigente.

#### BIBLIOGRAFIA ESSENZIALE

##### *Diritto Romano*

- CREMADES I. – PARICIO J., *La responsabilidad del juez en el derecho romano clásico. Actio adversus iudicem qui litem suam fecit*, in *Anuario de Historia de Derecho Español (AHDE)*, 54, 1984, pp. 186 ss.;
- DE MARTINO F., *Litem suam facere*, in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano (BIDR)*, 91, 1988, pp. 25 ss.;
- D'ORS A., *Litem suam facere*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris (SDHI)*, 48, 1982, pp. 371 ss.;
- GIMÉNEZ CANDELA M. T., *Los llamados Cuasidelictos*, Madrid, 1990, pp. 21 ss.;
- LAMBERTI F., *Riflessioni in tema di litem suam facere*, in *Labeo*, 36, 1990, pp. 218 ss.;
- SANTALUCIA B., *Diritto e processo penale nell'antica Roma*, Milano, Giuffrè, 1998;
- SCEVOLA R., *La responsabilità del iudex privatus*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>46</sup> Cfr. U. Santarelli, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990, pp. 139-155 e anche P. Grossi, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, pp. 91-134.

*Diritto medievale e moderno*

- S. CAPRIOLI, *Varianti e costante del diritto comune*, in "Rivista di diritto civile", Anno XXXIX (1993), II, pp. 639-643;
- V. CRESCENZI, *La communis opinio doctorum e l'auctoritas rerum similiter iudicatarum nell'esperienza di diritto comune vigente nella Repubblica di San Marino*, in "Initium. Revista catalana d'història del dret", 3 (1998), pp. 587-609;
- P. GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960;
- M. MECCARELLI, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1998;
- U. NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica nell'età comunale*, Milano, Marzorati, 1947;
- GIOVANNI ROSSI, *La forza del diritto: la communis opinio doctorum come argine all'arbitrium iudicis nel processo della prima età moderna*, in *Il diritto come forza. La forza del diritto. Le fonti in azione nel diritto europeo tra medioevo ed età contemporanea*, a cura di A. Sciumè, Torino, Giappichelli, 2012;
- U. SANTARELLI, *Auctor iuris homo. Introduzione allo studio dell'esperienza giuridica basso-medioevale*, Torino, Giappichelli, 1997;
- U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, Giappichelli, 1990.