

ALESSANDRO DANI

La figura e le prerogative del giudice nell'opera di Giovanni Battista De Luca

1. Premessa

Giovanni Battista De Luca non ha certo bisogno di presentazioni in questa sede e posso quindi limitarmi a ricordare che è comunemente considerato il maggiore giurista italiano del Seicento, che ebbe in Roma uno studio legale di altissimo livello, soprattutto specializzato nelle cause civili e feudali, che fu uno dei più stretti collaboratori di papa Innocenzo XI e che in tale veste lavorò assiduamente ad importanti riforme sulla giustizia nello Stato della Chiesa. Oltre che Cardinale, Uditore e Segretario dei memoriali del Pontefice, fu membro di 11 Congregazioni e di altre importanti magistrature della Curia romana.¹ Tra i suoi moltissimi scritti spiccano il monumentale *Theatrum veritatis et iustitiae* (1669-1673) in 15 libri, che raccoglie alcune migliaia di pareri, ed il *Dottor Volgare* (1673), una sorta di enciclopedia giuridica famosa per la caratteristica, inusuale al tempo, di essere scritta in italiano. Tra i motivi del loro interesse vi è quello di offrirci una rappresentazione straordinariamente viva, precisa e penetrante della vita del diritto nel tardo Seicento, e soprattutto del mondo della giustizia e dei tribunali, osservato con rara competenza e spirito critico. Uno spirito critico – come vedremo – che, quando si indirizzò contro interessi ben radicati e protetti all'interno della Curia romana, gli costò un duro ostracismo e persino l'accusa di eresia, poi ritenuta infondata dopo l'esame di una parte della sua opera da parte della Congregazione dell'Indice.²

1. Per notizie biografiche cfr. A. Mazzacane, *De Luca, Giovanni Battista*, in *DBI*, 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; A. Santangelo, *La toga e la porpora. Quattro biografie di Giovan Battista De Luca*, Venosa 1991. Ulteriore bibliografia è indicata nel mio *Un'immagine secentesca del diritto comune. La teoria delle fonti del diritto nel pensiero di Giovanni Battista De Luca*, Bologna 2008.

2. Cfr. A. Lauro, *Il riformismo del cardinale G. B. De Luca venosino*, in *Società e religione in Basilicata*, Atti del Convegno di Potenza-Matera, a cura di G. De Rosa, F. Malgeri, Roma 1977, pp. 483-533; Mazzacane, *De Luca, Giovanni Battista*, p. 345; Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, pp. 521-712. Le parti del *Theatrum* esaminate dalla Congregazione dell'Indice furono: la prima e la seconda del volume III (rispettivamente, *De jurisdictione et foro competenti; De praeeminentiis et praecedentiis*); la seconda del volume XIV (*De matrimonio et sponsalibus*)

2. La concezione del diritto e della giustizia

De Luca ebbe del diritto una concezione pragmatica, probabilista, apertamente polemica verso gli eccessi dell'astrattismo dogmatico romanistico che imperava nelle Università del tempo. La giurisprudenza è un sapere pratico, deve rispondere a delle concrete necessità della società e non ritirarsi in speculazioni teoriche finì a sé stesse o nella fideistica venerazione della lettera di un qualche testo giuridico sacralizzato.³ Era convinzione di De Luca che la giurisprudenza non potesse neppure considerarsi una scienza, perché non si fonda su verità assolute e per l'elasticità che si impone nell'applicazione delle regole e dei principi ai casi particolari. Siamo nel campo che nella logica aristotelica pertiene al probabile e non al vero assoluto, riguardando non solo le sostanze ma soprattutto gli accidenti, possibili oggetto di opinione e non di scienza.⁴

E tale convinzione è addirittura espressa, quasi come un "manifesto metodologico", in apertura del *Theatrum*, che inizia con queste parole, idealmente proferite davanti ai cultori accademici del *Corpus iuris* giustiniano:

Dei perfecta sunt opera, hominum autem semper imperfecta, etiam in iis, quae ex certis ac invariabilibus pendeant principiis [...] Magis vero in hac legali forensi, quam in aliis facultatibus ista dignoscitur imperfecto, quoniam non ab invariabilibus scientiae principiis causarum decisio pendet, sed ab eorum applicatione ad individua; ideoque semper incerta est veritas, variaque est casuum, licet similium, decisio; tum ob ingeniorum varietatem; tum etiam ob casuum circumstantias, ex quarum, licet modica, varietate, magna diversitas juris manat. Atque hinc sequitur, ut juris prudentia potius, quam juris scientia dicatur, cum tota vis in applicatione bene facienda consistat.⁵

Nella *Relazione della Curia romana forense* afferma che «la legge non si dice *juris scientia*, ma *juris prudentia*, sicché la forza non consiste nel sapere le regole, ovvero le proposizioni e dottrine generali, ma nell'applicarle bene ai casi particolari, secondo le loro diverse circostanze». Perciò «le leggi nelle cattedre e nelle scuole si mangiano e s'inghiottiscono solamente, ma la buona digestione si fa ne' tribunali grandi»,⁶ come insegnava un detto antico.

e la prima, la seconda e la quinta del volume XV (*De judiciis; Relatio Romanae Curiae forensis; Adnotationes ad Concilium Tridentinum*).

3. Del resto è quasi superfluo ricordare che nell'antica Roma, come nella plurisecolare esperienza del *common law* inglese e presso la maggior parte delle tradizioni extra-europee, il diritto è vissuto normalmente in una dimensione pratica più che teorica ed accademica, come nota R.C. Van Caenegem, *I signori del diritto. Giudici, legislatori e professori nella storia europea*, a cura di M. Ascheri, Milano 1991, pp. 108-110.

4. Sul probabilismo nella dottrina giuridica moderna cfr. R. Ajello, *Continuità e trasformazione dei valori giuridici: dal probabilismo al problematicismo*, in «Rivista storica italiana», XCVII/3 (1985), pp. 906-907.

5. G.B. De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae*, I, *De feudis et bonis jurisdictionalibus ac Bulla baronum*, Venetiis 1716, *Proemium*, p. 1, nn. 1-2.

6. G.B. De Luca, *Relazione della Curia romana forense*, in Id., *Il Dottor Volgare, ovvero il compendio di tutta la legge civile, canonica, feudale e municipale nelle cose più ricevute in pratica*, IV, Firenze 1843, lib. 15, parte terza, cap. 41, p. 622, n° 31.

La giurisprudenza è un'arte e non trova la sua compiuta espressione presso gli accademici, i puri eruditi antiquari, i filosofi morali, e neppure presso i governanti politici o, tantomeno, i legulei venali e di basso profilo che, più che difendere, sfruttano i loro clienti, gettando nel discredito tutta la categoria dei giuristi. La vera giurisprudenza vive presso i giudici dotti, i componenti dei supremi tribunali come presso i grandi consulenti *pro veritate*, mossi dalla ricerca della verità e della giustizia.

Il diritto, per De Luca, non può essere concepito separatamente dalla giustizia,⁷ dall'*aequitas*, e dunque nella sua visione manca quel riconoscimento di assoluta superiorità della legge posta dal potere politico. Nell'opera del giurista venosino si possono ben scorgere certe venature volontariste, ma sembrano soprattutto suggerite da esigenze di certezza nella prassi giuridica o di superamento di problemi specifici, piuttosto che da una totale fiducia nel mezzo legislativo in sé.

Le regole generali e l'astrattezza sono sempre viste con sospetto: quindi siamo lontani dalle idee liberal-borghesi dello Stato di diritto,⁸ dell'uguaglianza giuridica e del soggetto unico destinatario di norme.⁹ Resta ovviamente oltre l'orizzonte culturale di De Luca l'idea di monopolio legislativo statale del diritto.¹⁰ La distanza della moderna uniformità statale si può misurare tutta nella seguente considerazione sulla giustizia:

Attesoché sebbene la giustizia è una, e deve amministrarsi con egual rettitudine a tutti, senza differenza di persone; nondimeno il modo di praticarla e di amministrarla non può né deve esser uniforme: appunto come (valendosi delle cose naturali per regola delle morali) abbiamo nella scienza della medicina, la qual'è una, e questa con tutti si deve egualmente esercitare e adoprare, pure non tutti i morbi vanno curati in una maniera: anzi una stessa specie di morbo non si deve curare

7. La giustizia, classicamente, «è una virtù insita nell'anima ragionevole dell'uomo, nel dover dare ad ognuno quel che se gli deve, e di non voler per altri, né a quelli fare quel che non si vorria per se stesso; e questa dev'essere nella nostra volontà e nelle nostre operazioni, perpetua e costante, senza che riceva alterazione [...]» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, I, Firenze 1840, *Proemio*, cap. 10, p. 56, n° 3). Nel *Principe cristiano pratico*, la giustizia è definita «Sole del mondo formale e civile, perché, conforme dal Sole fisico primo ministro, e operaio di Dio riceve il mondo materiale il suo mantenimento, e ogni bene, non solamente nella luce, senza la quale vive in tenebre e in confusione, ma nella generazione, conservazione, e fruttificazione di tutti gli animali sensitivi, e de' vegetativi, e in ogn'altra cosa necessaria, comoda e opportuna al viver umano: così la giustizia illumina, conserva, produce, e mantiene il mondo formale in tutto quello, ch'è necessario, congruo e opportuno per la vita civile, e felice degli uomini» (G.B. De Luca, *Il Principe cristiano pratico*, Roma 1680, p. 219, n° 7).

8. Diversa la valutazione di Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, pp. 61-66.

9. Nella sua visione il sistema giuridico non ruota attorno a diritti individuali astrattamente configurati, ma deve tener conto di altre istanze. Nella tradizione tardo-medievale, ha parlato di una «accidentalità del soggetto di diritto» M. Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura e l'effettività della giustizia penale nel tardo medioevo*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Âge*, éd. par J. Chiffolleau, C. Gauvard, A. Zorzi, Rome 2007, p. 579.

10. Cioè quell'*assolutismo giuridico* a cui ha dedicato molte riflessioni P. Grossi, *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano 1998.

egualmente in tutti i corpi, ma con grandissima varietà, secondo le complessioni, l'età, le forze, le stagioni, l'aria, o le altre contingenze. E lo stesso con la sua proporzione si può addattare all'agricoltura, ovvero all'opera dell'artefice e cose simili. E quindi segue che sia impossibile il dare sopra questa specie di stile precetti e regole certe e generali: e però così nell'uno come nell'altro genere di giudici attuali ed abituali, di sfere maggiori e minori rispettivamente, la legge è stata costretta di rimettere molte cose all'arbitrio de' giudici e de' superiori e governanti, acciò secondo le diverse circostanze de' casi vi applichino quelle provvisioni, le quali da essa legge si sono date, secondo l'accennato parallelo del medico, ovvero dell'agricoltore o dell'artefice.¹¹

Dell'arbitrio torneremo a parlare fra poco, intanto però si può considerare come nella concezione del De Luca il giudice-giurista non fosse ancora scalzato dalla sua tradizionale posizione privilegiata, da cui poteva, anzi doveva, svolgere la sua attività quasi-sacerdotale all'insegna di una continua mediazione.¹²

Vediamo dunque in che modo, con quali poteri e con quali strumenti il giudice assolveva, o avrebbe dovuto assolvere, a così alti compiti.

3. *Varietà di giudici, di giustizie, di giudizi*

La qualifica di giudice in senso lato attiene

ad ognuno di qualunque grado o sfera, per grande o per piccola sia, il quale o per autorità pubblica in ragione dell'ufficio o della dignità, o veramente in ragione privata per il consenso e per l'elezione delle parti, come un terzo disinteressato ed indipendente, che si dice neutrale, debba conoscere e giudicare a quale dei due che contrastano assieme, assista la ragione e la giustizia, la quale per costui si amministri.¹³

L'attributo di giudice, così, spetta a Dio stesso, al papa, all'Imperatore, ai vari re, principi, signori, prelati, ma anche ad arbitri ed arbitratori, periti e *amicabili compositori*, padrini di duelli, giostre e simili.¹⁴ In senso più stretto, i pubblici magistrati sono designati ed investiti del potere di giudicare dal Principe in virtù di regalia. Tuttavia anche i feudatari, i signori e le città suddite possono nominare magistrati con competenza circoscritta e locale, in base ad una concessione sovrana.¹⁵

Il giudice, con l'attore ed il convenuto, è una delle tre persone che necessariamente debbono comparire sulla scena del giudizio, in posizione indipenden-

11. De Luca, *Dello stile legale*, in *Il Dottor Volgare*, IV, cap. 17, p. 724, nn. 8-9.

12. Com'è noto, l'accostamento accursiano del giurista al sacerdote (entrambi si occupano di "sacri arcani"), fu assai longeva, specie in quel mondo giuridico napoletano di Antico Regime in cui De Luca si formò. Cfr. I. Bircocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età moderna*, Torino 2002, p. 293.

13. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, p. 78, n° 1.

14. *Ibidem*, p. 79, n° 4.

15. De Luca, *Il Principe cristiano*, pp. 216-217, n° 3.

te e neutrale.¹⁶ Tale struttura triadica ed isonomica non viene meno, secondo il Venosino, neppure nei processi inquisitori, avviati *ex officio*, perché la formale assenza di un accusatore è compensata dalla presenza di un collaboratore del tribunale o, come spesso è detto, di un procuratore del fisco, che assume i compiti dell'attore.¹⁷

Ciò premesso riguardo all'amplessima nozione di giudice, De Luca ritiene nondimeno che si debbano prioritariamente fare alcune distinzioni.

Una prima specie di magistrati è costituita da coloro che «sono tali nella sola potenza, o veramente nel dominio, cioè che non giudicano per se stessi, ma deputano i giudici e i magistrati, acciò giudichino le cause, restando loro la parte graziosa».¹⁸ Una seconda è formata dai giudici che effettivamente conoscono e decidono le cause, con autorità pubblica o privata, tanto che siano magistrati monocratici che membri di un collegio giudicante. A sua volta questa categoria può ripartirsi in coloro che assommano le funzioni di giudici a quelle di governanti,¹⁹ come sono nei Comuni italiani i Podestà, Governatori e simili (ed i Vescovi sul versante ecclesiastico); e quelli invece che non hanno funzioni di governo pubblico, ma solo giudiziarie, come avviene per molte magistrature delle grandi città.

Altre possibili distinzioni sono quelle tra giudici secolari ed ecclesiastici, ordinari e delegati, con giurisdizione civile o criminale, dotti ed imperiti.²⁰ A proposito di questi ultimi, che costituivano più la regola che l'eccezione nel mondo comunale medievale e che non scomparvero certo nelle giurisdizioni minori in età moderna,²¹ si ricorda che «ad uno imperito non è proibito essere giudice, nondimeno deve giudicare col voto o parere d'un perito nelle leggi, il quale legalmente si dice assessore [...] sicché senza questo voto la sentenza viene stimata nulla».²² Fanno eccezione i casi in cui la decisione della causa

16. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 2, p. 68, n° 3.

17. *Ibidem*, p. 69, n° 6; lib. 15, parte seconda, cap. 1, pp. 316-317, n° 7; De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De iudiciis*, *Summa*, § 1, p. 203, n° 5. Ricordiamo per inciso come nella prassi giudiziale tardo-medievale e moderna si avessero tre specie di *itinera* processuali, l'*accusatio*, la *denunciatio* e l'*inquisitio*, già individuate da papa Innocenzo III e ribadite, tra l'altro, dalle *Costituzioni Egidianae* e da moltissimi statuti comunali: cfr. L. Fowler-Magerl, *Ordines iudicarii and libelli de ordine iudiciorum (From the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century)*, Turnhout 1994, p. 52; Ch. Lefebvre, *Le droit romain dans les "Constitutiones Aegidianae"*, in *El Cardenal Albornoz y el Colegio de España*, edición y prólogo de E. Verdura y Tuells, III, Bolonia 1973, p. 51; A. Dani, *Il processo per danni dati nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*, Bologna 2006, pp. 153-210. Per un inquadramento generale cfr. E. Dezza, *Accusa e inquisizione dal diritto comune ai codici moderni*, I, Milano 1989.

18. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, p. 79, n° 5.

19. Non essendosi ancora affermato il principio di separazione dei poteri, permaneva nella prassi del tempo l'uso di ascendenza medievale di «amministrar giudicando»: cfr. L. Mannori, B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari 2001, pp. 36-71.

20. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, pp. 79-80, n° 5.

21. Sappiamo, del resto, come in altre realtà, a partire da quella inglese, tutt'oggi i magistrati inferiori non siano giuristi di professione: cfr. Van Caenegem, *I signori del diritto*, pp. 116-117.

22. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 6, p. 94, n° 2. Sulla figura dell'assessore cfr. anche De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De iudiciis*, disc. 4, pp. 13-15.

dipenda dal mero accertamento di un fatto, o da una perizia tecnica, perché allora non si ritiene necessario l'intervento del giurista e questo accade spesso nell'amministrazione della giustizia in seno alle corporazioni, in materia di attività artigianali, mercantili e bancarie.²³ Infatti, scrive De Luca, «in queste, ed in altre simili materie [...] i giuristi sono pregiudizialissimi, attesoché non intendendo il negozio per niente, imbrogliono il mondo con le cabale, e con le superstizioni legali, e con le loro formalità».²⁴

La perizia in diritto si presume con il conseguimento del relativo dottorato in un ateneo o collegio abilitato a conferirlo, per privilegio principesco o per consuetudine.²⁵

Una distinzione di fondamentale importanza è, infine, quella tra magistrati supremi e giudici ordinari di grado inferiore, perché i primi possono muoversi più liberamente nella sfera alta della giustizia distributiva, per sua natura elastica, i secondi devono attenersi alle regole della giustizia commutativa, che richiede più rigide proporzioni.²⁶ Così, ad esempio, nella discrezionalità della giustizia distributiva è possibile salvare la vita al reo commutando la pena in lavori forzati o servizio militare, cosa che non può fare il giudice inferiore perché la semplice giustizia commutativa, a cui è legato, deve tenere conto in primo luogo di un altro principio: «quando la persona commette il delitto, viene a fare come un contratto con la giustizia, e con la repubblica di sottomettersi alla pena per ciò imposta»,²⁷ e solo il sovrano può alterare questa sorta di “contratto”. Si può osservare, per inciso, che la giustizia distributiva permetteva al sovrano di manifestare la magnanimità e la generosità che si confacevano al suo *status*, preziosi strumenti per guadagnare consenso e lealtà e, al tempo stesso, di ribadire l'effettività del proprio potere.²⁸ Solo il Principe può fare indulti generali.²⁹

23. Sulle peculiarità della giustizia mercantile cfr. V. Piergiovanni, *La giustizia mercantile, in Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile*, Atti del Convegno Internazionale della Società Italiana di storia del diritto, Napoli 18-20 ottobre 2001, a cura di M.G. di Renzo Villata, Napoli 2003, pp. 409-430.

24. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 6, p. 94, n° 3.

25. *Ibidem*, p. 95, n° 4. Cfr. anche, più ampiamente, De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 4, p. 15a, nn. 22-23.

26. De Luca, *Il Dottor Volgare*, I, *Proemio*, cap. 10, pp. 56-57. Si tratta della nota distinzione aristotelica, dove la giustizia distributiva è appunto chiamata a regolare i rapporti tra la società ed i suoi membri e persegue un'uguaglianza proporzionale, geometrica, tenendo conto di criteri variabili come il merito, la dignità, la necessità; la giustizia commutativa riguarda invece principalmente gli scambi ed i rapporti privati e persegue un'uguaglianza aritmetica, non tenendo conto delle differenze tra gli individui. Sull'argomento cfr. E. Garin, *La giustizia*, Postfazione di F. Tessitore, a cura di R. Diana, Napoli 2003².

27. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, parte seconda, cap. 7, p. 448, n° 3. Sulla diversità tra giustizia distributiva e commutativa torna nello scritto *Dello stile legale*, pp. 725-726, nn. 12-13 e nel *Principe cristiano*, pp. 229-232.

28. «Clemenza e grazia erano fondamento del potere sovrano, ancora di salvezza per i sudditi», come osserva I. Fosi, *La giustizia del papa. Sudditi e tribunali nello Stato pontificio in età moderna*, Roma-Bari 2007, p. VIII.

29. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, parte seconda, cap. 8, p. 457, n° 12.

Dalla diversità di questi ambiti di giustizia deriva che commetterebbe un chiaro errore il giudice che, tenuto ad attenersi ai precetti della giustizia comutativa, volesse giudicare al modo di principi, signori o magistrati supremi; e così questi ultimi quando intendessero giudicare secondo i parametri dei giudici inferiori.³⁰ Anzi, ancora è diverso lo stile del papa, dell'Imperatore e dei Re, da quello dei feudatari e baroni, e, al livello inferiore, diverso è il modo di amministrare la giustizia dei giudici cittadini da quelli dei villaggi o delle corporazioni. Il giudice di un villaggio, o anche un giudice cittadino nelle cause sommarie, di poco valore o «tra la gente più minuta», non dovrà seguire lo stile dei grandi tribunali collegiali nelle cause importanti. Ancora i giudici militari, marittimi e mercantili non devono giudicare al modo dei giudici ordinari, «e quel che più importa, in ciascuna di queste specie parimente non si dà uno stile generale ed uniforme, quando anche si tratti dello stesso genere di cause o di delitti, nascendo la diversità dalla diversa qualità delle persone, de' luoghi, de' tempi, e delle altre contingenze».³¹

De Luca dunque richiama l'attenzione non solo sulla diversità di giudici e di criteri di giustizia, ma anche sulla diversità di processi: sa benissimo che, anche se la scuola insegna solo il processo ordinario romano-canonico, tuttavia la realtà presenta una varietà notevolissima di procedimenti. Ricordiamo infatti come ad ogni livello (sovrano, ecclesiastico, comunale, corporativo), in molte materie o per varie categorie di persone sorsero e si diffusero, insieme alle onnipresenti forme arbitrali ed extra-giudiziali,³² procedimenti sommari per rispondere in

30. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, p. 722, n° 6. Riguardo la figura dell'*Auditor Papae*, che egli stesso fu chiamato a ricoprire, De Luca afferma: «dicitur consiliarius Principis supremi, qui more Principis potius, quam iudicis inferioris iudicare, ac procedere debet, quoties iustitia, et veritas naturalis assistit, egrediendo illos rigorosos, ac superstitiosos legales cancellos, inanium circuituum nutritivos ad quos iudices se credunt obligatos» (Id., *Theatrum*, XII.1, *De beneficiis*, disc. 144, p. 230b, nn. 5-6).

31. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, p. 723, n° 8. Ciò può essere letto come la conseguenza in campo processuale della mancanza a livello generale del soggetto unico di diritto, dettata dalla radicata convinzione che alla insuperabile disuguaglianza tra le persone dovesse corrispondere un diverso atteggiarsi della giustizia nei loro confronti. Su questi aspetti, anche con vari riferimenti all'opera di De Luca, cfr. R. Ago, *Una giustizia personalizzata. I tribunali civili di Roma nel XVII secolo*, in «Quaderni storici», CI (1999), pp. 389-412.

32. Cfr. L. Martone, *Arbiter-arbitrator. Forme di giustizia privata nell'età del diritto comune*, Napoli 1984; *L'infrajudiciaire du Moyen Âge à l'époque contemporaine*, Actes du Colloque de Dijon, 5-6 octobre 1995, éd. par B. Garnot, Dijon 1996; O. Niccoli, *Rinuncia, pace, perdono. Ritualità di pacificazione della prima età moderna*, in «Studi storici», XL (1999), pp. 219-261; M. Bellabarba, *Pace pubblica e pace privata: linguaggi e istituzioni processuali nell'Italia moderna*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia. Pratiche giudiziarie e linguaggi giuridici tra tardo medioevo ed età moderna*, a cura di M. Bellabarba, G. Schwerhoff, A. Zorzi, Bologna-Berlino 2001, pp. 189-213; M. Sbriccoli, *Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase degli studi di storia della giustizia criminale*, in *Criminalità e giustizia in Germania e in Italia*, pp. 345-364; Fosi, *La giustizia del papa*, pp. 32-38, nonché la recente puntuale sintesi di M. Bellabarba, *La giustizia nell'Italia moderna (XVI-XVIII secolo)*, Roma-Bari 2008, pp. 88-115 (sulla giustizia negoziata). Al tema dei compromessi ed arbitrati è dedicato un *discursus* in De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De iudiciis*, disc. 11, pp. 31-34.

modo migliore alle concrete esigenze sociali.³³ Questi potevano allontanarsi dalle formalità previste dal processo ordinario in modo vario a seconda dei casi: le formule più ricorrenti erano quelle *de plano*, *sine strepitu iudicii*, *sine figura iudicii*, *sola veritate inspecta* ed altre, che implicavano ciascuna una diversa “sommarietà”, compresa talvolta la possibilità di allontanarsi dalle *solemnitates iuris civilis* o anche *iuris gentium*.³⁴

4. *Il mestiere e gli strumenti del giudice*

De Luca in numerosi luoghi della sua vasta opera si sofferma ad illustrare i modi ed i mezzi con cui il giudice è chiamato a fare giustizia. Tocca quindi, e non poteva essere diversamente, questioni centrali riguardanti l'essenza e la dinamica del sistema di diritto comune seicentesco, offrendo una testimonianza qualificata e così approfondita che senza dubbio merita di essere almeno tenuta presente nel risalente ma sempre vivo dibattito storiografico sulla fisionomia e sul significato dell'esperienza giuridica di Antico Regime. Nella descrizione di De Luca del ruolo e del *modus agendi* del giudice sfilano in rassegna tutte le fonti di produzione del diritto che convivevano, si integravano, talvolta si scontravano, nel sistema del tardo diritto comune. Leggi comuni e particolari, leggi civili, canoniche e feudali, statuti e consuetudini, interpretazioni dottrinali, giudiziarie e consuetudinarie, *aequitas* e *ius divinum*: tutto ciò poteva trovar posto sopra il banco del giudice. Vediamo come si sarebbe dovuto destreggiare.

4.1. *Applicazione delle leggi ed interpretatio*

Anzitutto De Luca afferma che, in caso di legge chiara, il giudice è tenuto semplicemente ad applicarla:

Quando vi sia la chiara e l'espressa autorità necessaria della legge comune, o particolare, la quale per i suoi requisiti sia valida ed obbligatoria, in tal caso non entrano i discorsi, né i raziocinj, né gli argomenti, ma si deve insistere solamente sull'osservanza della legge chiara, senza badare se sia ragionevole o no [...].³⁵

Del resto è da ritenere, per il Venosino, che difficilmente il diritto comune è apertamente contrario alla «ragione naturale» condivisa da tutto il genere umano o dalla maggior parte di esso.³⁶ La legge chiara esclude dunque il procedimen-

33. Sull'argomento ho cercato di offrire un quadro di sintesi nell'introduzione al mio libro su *Il processo per danni dati*, pp. 1-43, al quale mi si consenta di rinviare anche per i riferimenti bibliografici.

34. *Ibidem*, pp. 34-43. Un'accurata illustrazione delle varie *clausulae diminuentes iuris ordinem* è offerta da S. Scaccia, *Tractatus de iudiciis causarum civilium, criminalium et haereticalium*, Venetiis 1663 (1ª ed. Venetiis 1594), lib. I, capp. 21, 50, nn. 34-36 e 53, nn. 11-18; 24-28.

35. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 6, p. 665, n° 4.

36. *Ibidem*, p. 665, n° 5.

to di *interpretatio*,³⁷ quell'attività formalmente ermeneutica, ma sostanzialmente creativa, per mezzo della quale, com'è noto, giudici e giuristi adattavano ed integravano il diritto giustiniano alla prassi.³⁸ Ma, questo è il punto,

rare sono queste leggi così chiare ed espresse, sopra l'intelletto delle quali non vi sia la solita discordia de' dottori, e la parità delle opinioni: e dal che si convince la sciocchezza degl'infarinati, i quali volendo fare i sapientoni, non sanno che si dicano, quando esagerano che si debba scrivere solamente con i testi [*scil. legislativi*] e con le glosse [...].³⁹

Ciò riguarda in modo speciale non il diritto statutario e le leggi recenti, ma il diritto romano, che appartiene ad un'epoca lontana, profondamente diversa nella cultura, nell'economia, nella società dall'attuale. È quindi impensabile, per De Luca, una fedele applicazione di quel diritto, che non potrebbe che condurre ad esiti irragionevoli. Questa convinzione ricorre frequentemente nell'opera del Venosino: nella *Difesa della lingua italiana* afferma che «delle dieci parte di quel che si pratica, forse appena una sola nasce dalla chiara ed espressa disposizione delle suddette leggi antiche comuni».⁴⁰

L'autorità della legge romana è «*omnium melior ac necessaria*», cioè vincolante, ma le vicissitudini del mondo hanno prodotto una grande varietà di interpretazioni, che è ormai impossibile attenersi soltanto al testo legislativo antico, che nondimeno occorrerà sempre considerare accanto alla *traditio doctorum*.⁴¹

Dal pensiero di De Luca emerge dunque, a mio avviso, tanto la valenza legislativa che giurisprudenziale del diritto comune, due volti che non si escludono a vicenda e che sarebbe forse fuorviante considerare univocamente in modo esclusivo l'uno dell'altro.⁴² A seconda del livello della magistratura giudicante, anzi,

37. Cfr. in questo senso anche *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, p. 119a, n° 67.

38. Cfr. S. Caprioli, voce *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto delle discipline privatistiche, IV edizione, Sezione civile*, X, Torino 1987, pp. 13-25 = *Lineamenti dell'interpretazione*, Perugia 2002, pp. 5-34.

39. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 6, p. 666, nn. 6-7.

40. «[...] si che le altre nove nascano da leggi o consuetudini, o pure da quelle regole e conclusioni, le quali ne tempi moderni per i Tribunali e per il senso più comune de professori si sono cavate da un gran miscuglio di diverse leggi, e dalla confusione di tante questioni e diversità d'opinioni sopra l'intelligenza e l'interpretazione delle sudette antiche leggi comuni» (G.B. De Luca, *Difesa della lingua italiana*, Roma 1675, pp. 35-36). Anche per il Muratori, il diritto giustiniano era «diventato un picciolo, picciolissimo paese»: cfr. L.A. Muratori, *Trattato dei difetti della giurisprudenza*, Venezia 1742, cap. 4, p. 22.

41. «Talis est temporum ac mundi rerum vicissitudo, omnes etenim scriptores inter se varii, vel contrarii, leges et textus adducunt, imo quandoque eosdem, eo quia quaelibet partium proprio sensui adaptare velit, ideoque impossibile est cum illis tantum procedere. Non per hoc tamen eis omnino neglectis in sola traditione doctorum absque aliquo examine legum procedendum est, ideoque vitium est in utroque extremo» (De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, p. 119b, n° 69).

42. L'opera del Nostro, dunque, offre spunti di meditazione sull'intenso dibattito che ha coinvolto eminenti studiosi: ricordiamo qui almeno i contributi di E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935; E. Besta, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1938; F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951; Id., *Medioevo del diritto, I: Le fonti*, Milano 1954; L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano 1967; G. Ermini, *Scritti di diritto comune*,

il diritto comune, come un tessuto cangiante, può sembrare ora più legislativo, ora più giurisprudenziale: davanti ad un tribunale supremo, che può derogare alle leggi, converrà puntare più sul ragionamento, cioè sui principi giuridici e dunque sul pensiero dottrinale; ma presso i giudici legati alla giustizia commutativa e, in specie, quelli monocratici di grado inferiore, sarà opportuno richiamare testi di leggi più che sofisticate interpretazioni.⁴³ Ciò sulla scorta della riflessione che il giudice ordinario ed inferiore,

considerato come puro ministro della legge, e come esecutore della giustizia commutativa [...] deve camminare con le precise regole delle leggi, [e] quando la legge sia chiara ed espressa, non vi cade altro discorso, mentre bisogna osservarla come sta, ancorché paresse aspra ed esorbitante, e poco confacente alla ragion naturale.⁴⁴

Nell'individuazione della norma legislativa (o consuetudinaria) da applicare il giudice è guidato in primo luogo dal principio di specialità, in base al quale la norma particolare prevale, derogandola, su quella generale. Un importante *discursus* del *Theatrum*, significativamente intitolato *De legibus et auctoritatibus cum quibus in ordinariis vel decisoriiis judicandum vel procedendum est*,⁴⁵ guida per mano il giudice nel reperimento della norma da applicare, e si inizia dallo *ius proprium* delle comunità più piccole per arrivare in graduale subordine allo *ius commune*.⁴⁶

Fuori dall'ambito legislativo, entrando in quello interpretativo, De Luca indica al giudice la diversa autorevolezza ed il diverso valore da attribuire ai vari tipi di letteratura giuridica, e si passa quindi dalle decisioni dei grandi tribunali,⁴⁷

a cura di D. Segoloni, Padova 1976; G. Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, Napoli 1984; P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995; E. Cortese, *Agli albori del concetto di diritto comune in Italia (secc. XII-XIII)*, in *El dret comú i Catalunya. Actes del VIII Simposi Internacional, Barcelona, 29-30 de maig de 1998*, ed. A. Iglesia Ferreirós, Barcelona 1999, pp. 173-195; M. Caravale, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005. Cfr. anche le recenti considerazioni sulla storiografia tra Otto e Novecento di E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna 2009, pp. 13-42.

43. «Se si trattasse di scrivere avanti il principe sovrano, o veramente avanti un magistrato supremo, il quale abbia l'autorità di derogare, o moderare, o dispensare alle leggi; nel qual caso si dovrà principalmente premere sopra la ragione, e non sopra l'autorità di quella legge, contro la quale si abbia il ricorso. [...] Ma se si dovrà scrivere avanti i giudici e magistrati, i quali abbiano e' l'arbitrio ristretto dentro i cancelli legali, in tal caso entra parimente la distinzione tra i giudici unici ed inferiori, ed i tribunali grandi e collegiali: attesoche difficilmente si dà il caso che un giudice solo ed inferiore si muova più dalle ragioni che dalle autorità» (De Luca, *Dello stile legale*, cap. 6, pp. 666-667, n° 6-8).

44. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 10, p. 128, n° 5.

45. De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, pp. 109-123.

46. Cfr. Dani, *Un'immagine secentesca*, pp. 173-179.

47. Soprattutto le decisioni della Rota romana rappresentavano per De Luca un modello a cui far riferimento per rinnovare la giurisprudenza in crisi. «Nell'età corrente [...] [si è] lo stile nobile, o meno ignobile, come più sugoso, e più ristretto al punto della difficoltà, come in un asilo, ricoverato nella corte di Roma [...]» scrive nel trattatello *Dello stile legale*, cap. 1, p. 646, n° 12. Nondimeno De Luca avverte che le decisioni della Rota romana «si dicono atti stragiudiziali, onde

ai *consilia pro veritate*, alle *lecturae* ed ai *tractatus* (opere di presumibile imparziale esegesi scientifica), e quindi, scendendo sempre più, ai *consilia pro parte*, ai repertori, infine alle opere non giuridiche.⁴⁸ Si tratta di una vera e propria guida per orientarsi nel *mare magnum* della letteratura giuridica, di certa utilità tanto per il giurista pratico del tempo, quanto per lo storico del diritto di oggi non pago del formalismo giuridico accademico.

Ancora una piccola considerazione sul tema – enorme e qui necessariamente toccato appena di sfuggita – dell’*interpretatio*. La testimonianza di De Luca conferma quanto già è stato osservato, cioè che «l’interpretazione dottrinarica e l’interpretazione giurisprudenziale avevano un peso diverso» e che «giudici e interpreti non erano collocati sul medesimo piano»,⁴⁹ e che, ancora, occorre certamente distinguere tra giudici inferiori e giudici supremi, dotati di funzioni e poteri diversi. Tra *interpretatio iudicis* e *interpretatio doctoris* non esiste tuttavia un netto salto qualitativo, neppure sotto il profilo del valore giuridico. L’interpretazione giurisprudenziale al di fuori del caso deciso si manteneva, per De Luca, ancora *probabilis* e non giungeva ad essere *necessaria*,⁵⁰ anche se

chiaro resta l’errore di coloro, i quali credono che siano sentenze ed atti giudiziari». Tali decisioni infatti, come illustra De Luca, sono in realtà scritture che si formano durante il processo, quando uno dei giudici del tribunale designato come relatore della causa, o Ponente, prima della sentenza, chiarisce alle parti l’orientamento collegialmente maturato, con i motivi, prospettando quindi una sorta di “progetto di motivazione” (*ibidem*, cap. 11, pp. 688-689, nn. 1-4). Le parti avrebbero potuto a quel punto proporre delle controdeduzioni, a cui avrebbe seguito una nuova *decisio*. Queste decisioni non costituiscono dunque sentenze, né motivazioni in senso attuale: la vera sentenza non conteneva motivazione. Cfr. M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all’età moderna*, Bologna 1989, pp. 103-104. Com’è stato notato, l’*interpretatio* dei giudici dei tribunali supremi acquista in età moderna una nuova ed accresciuta autorevolezza, accentuando il carattere giurisprudenziale del diritto comune: le sentenze del Sacro Regio Consiglio di Napoli finirono addirittura per essere tenute *pro legibus*: cfr. E. Cortese, *Meccanismi logici dei giuristi medievali e creazione del diritto comune, in Il diritto fra scoperta e creazione*, p. 354. Ciò vale anche per il Senato di Milano, come osserva A. Cavanna, *La “coscienza del giudice” nello stylus iudicandi del Senato di Milano*, in *Studi di storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 595-597. Si nota tuttavia come fosse in realtà controversa tra i giuristi l’attribuzione della *vis legis* alle decisioni dei tribunali supremi: cfr. G.P. Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XLI, Milano 1989, pp. 1202-1214.

48. Cfr. Dani, *Un’immagine secentesca*, pp. 189-212.

49. U. Petronio, *Giuristi e giudici tra scoperta e invenzione del diritto in età moderna*, in *Il diritto fra scoperta e creazione*, p. 440; Id., *La lotta per la codificazione*, Torino 2002, p. 183.

50. Anche le autorevolissime decisioni della Rota romana non erano da ritenersi vincolanti fuori dal caso deciso: costituivano una *doctrina magistralis*: «Huiusmodi decisionum in Curia magna est auctoritas. Non quidem ut faciant auctoritatem necessariam, apud inferiores Magistratus tamquam decisiones Papales, ut (loquendo solum exemplificative) opinantur Regnicolae, quod faciant decisiones illius Sacri Consilii, utpote nomine Regio editae [...]. Haec etenim auctoritas Rotae non tribuitur, neque ipsa eam sibi assumit, dum solis declarationibus S. Congregationum Cardinalitiarum ista praerogativa conceditur, quod eadem Rota, multo vero magis alia inferiora tribunalia reverenter illas suspiciunt. Bene verum, quod istius utpote magni tribunalis resolutiones per inferiores iudices ac magistratus, quinimo etiam per ipsamet superiores Sacras Congregationes, habentur in veneratione, magnamque faciunt auctoritatem, ut ubique magnum collegiatorum tribunalium resolutiones facere debent, tamquam doctrinae magistrales, plurium iudiciorum in idem

aveva nei fatti, nella prassi, un'autorevolezza maggiore.⁵¹ Entrando nel grande circuito del pensiero giuridico, rivestiva il ruolo di un'autorevole *doctrina magistralis*, simile a quella dei grandi maestri. Si consideri poi che il confine tra semplice giurista e giudice si attenua nei *consilia pro veritate* resi alla magistratura giudicante, che li recepisce: essi non sono assimilabili ai pareri *pro parte*, ed infatti De Luca ne distingue nettamente l'autorevolezza e la capacità di incidere sulla *communis opinio*. Se esaminiamo con attenzione il *Theatrum*, vediamo quanto spesso, nell'argomentare giuridico e nelle allegazioni, dottrina e giurisprudenza si intreccino e si trovino promiscuamente richiamate. E se è vero che De Luca in alcune parti della sua opera, come nel XV volume *De iudiciis*, drasticamente riduce le allegazioni dottrinali, nel *Theatrum* nel suo complesso si trovano citate più di 150 raccolte di *consilia* dei secoli XIV-XVII, a testimonianza che qualche autorevolezza e qualche peso in giudizio continuavano evidentemente ad averli, nonostante la concorrenza delle sempre più numerose raccolte di *decisiones*, come quella seicentesca, imponente, delle *Recentiores* della Rota romana.

4.2. *L'arbitrium*

Appresso all'*interpretatio* spicca sul banco del giudice un altro strumento prezioso, tanto flessibile quanto pericoloso se messo in mani sbagliate: l'*arbitrium*.⁵²

Nella vita quotidiana del diritto – avverte De Luca – molte cose sono rimesse all'arbitrio del giudice, che non deve intendersi come arbitrario e libero esercizio di volontà individuale, come capriccio umano, ma come applicazione della logica insita nei principi giuridici generali ovvero dell'*aequitas*, del senso di giustizia riposto nella coscienza, un'ispirazione divina che sta nel cuore dell'uomo.

Leggiamo nel *Dottor Volgare*:

in quell'arbitrio che dà la legge, non vi ha parte alcuna immaginabile la volontà, essendo queste due cose tra loro molto diverse; attesoché la volontà è un'operazione libera del proprio senso, nel fare per sua elezione più una cosa che l'altra, quando egualmente si possa fare l'una e l'altra: ma l'arbitrio è un'operazione necessaria, da regolarsi da quello che dispongono le leggi; e quando queste siano dubbie, o veramente che non abbiano potuto dare una regola precisa [...] in tal caso quell'arbitrio, al quale le leggi si rimettono, s'intende dell'arbitrio d'un uomo buono, savio ed intero il quale con gli occhi chiusi, senz'affezione o inclinazione, e con quella scorta che gli danno le regole legali, o veramente le tradizioni

tendentium praevia causae cognitione» (De Luca, *Relatio Romanae Curiae forensis ejusque Tribunalium et Congregationum*, in *Theatrum*, XV.2, disc. 32, p. 110ab, nn. 66-68). Molti altri giuristi avevano ritenuto non vincolanti le decisioni della Rota Romana, come ad esempio G. Mascardi, *Conclusiones probationum*, I, Francofurti ad Moenum 1607, concl. 485, pp. 479-480.

51. Spesso veniva definita *auriga et magistra* degli altri tribunali e dei giuristi: cfr. Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, p. 1208.

52. Sull'argomento cfr. M. Meccarelli, *Arbitrium. Un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998. La critica illuminista all'*arbitrium* è sintetizzata da Massetto, *Sentenza (diritto intermedio)*, pp. 1219-1237.

de' dottori, o gl' esempi de' casi seguiti, dovrà eleggere e seguitare quello che gli suggerisca l'interno, che gli scrittori dicono aver quasi del divino; in maniera che niuna parte vi abbia l'operazione della propria volontà.⁵³

Nello *Stile legale* si torna a ribadire che l'arbitrio non coincide con la libera volontà, perché esso «dev'essere regolato dalla legge e dalla ragione, sicché sia un'operazione necessaria, e non volontaria dell'intelletto».⁵⁴ E si richiama l'immagine tradizionale della giustizia: «una donna bella per dinotare il candore dell'animo; con gli occhi bendati, acciò non la muovano le simpatie e le affezioni [...]».⁵⁵

De Luca, in realtà, non dice cose nuove sull'arbitrio dei giudici.⁵⁶ Il suo ammonimento riecheggia quanto già si legge nei *Ricordi* del Guicciardini (scritti tra il 1512 ed 1520),⁵⁷ e lo sviamento dell'*arbitrium* verso l'odiosa arbitrarietà già era ben noto ai suoi tempi. Nondimeno lo stesso Guicciardini mostrava verso le regole generali ed immutabili la stessa sfiducia, di segno probabilistico ed anti-dogmatico, che poi ritroviamo in De Luca. Scrive il celebre diplomatico e storico fiorentino nei *Ricordi*:

È grande errore parlare delle cose del mondo indistintamente e assolutamente e, per dire così, per regola; perché quasi tutte hanno distinzione e eccezione per la varietà delle circostanze, le quali non si possono fermare con una medesima misura: e queste distinzioni e eccezioni non si trovano scritte in su' libri, ma bisogna le insegni la discrezione.⁵⁸

53. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, p. 82, n° 7. Similmente, ma più concisamente, in altri luoghi della stessa opera, dove si legge: l'arbitrio «si dice un'operazione necessaria dell'intelletto, per quello che secondo le regole della legge o della ragione ci suggerisce quella parte superiore o divina, ch'è nell'anima ragionevole dell'uomo [...] il che non è fuori di proposito ripetere più volte per coloro, i quali falsamente credono d'aver l'arbitrio libero, e di potere a loro piacere venderlo, o donarlo, gratificando più una parte che l'altra, mentre veramente questo non si dà» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 10, p. 129, n° 10).

54. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, p. 725, n° 11.

55. *Ibidem*, p. 724, n° 11. Su questo tema iconografico cfr. M. Sbriccoli, *La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna*, in M. Sbriccoli, P. Costa, M. Fioravanti et alii, *Ordo iuris. Storia e forme dell'esperienza giuridica*, Milano 2003, pp. 41-95. L'imparzialità ritorna anche nella suggestiva metafora solare della giustizia, cara a De Luca: come il Sole «gira continuamente pel Cielo, e in tal modo co' suoi raggi illumina e benefica indifferentemente tutti [...], così appunto segue nella giustizia, che deve continuamente senza intercazione girare pel cielo intellettuale del Principato, illuminando e beneficando tutti per mezzo del premio a' buoni, e della pena a' rei, con una totale indifferenza assisa in mezzo del carro, il quale abbia le due ruote eguali dell'uno, e dell'altro tempo della pace, e della guerra, ovvero del premio, e della pena, regolate a livello dall'asse del merito, e del demerito» (De Luca, *Il Principe cristiano*, p. 220).

56. La necessità, più che la possibilità, del collegamento tra *arbitrium* e *iustitia*, che oggi può apparire poco comprensibile, era generalmente affermata dai giuristi di diritto comune: come osserva il Meccarelli, «l'*arbitrium* determinato dall'uso di una *clausula*, lungi dal mettere in discussione la *iustitia*, si propone come strumento appositamente riconvertito per garantire in maniera più efficace proprio il compito del *facere iustitiam*», consentendo al giudice di ovviare agli usi strumentali delle *subtilitates* del processo ordinario. Cfr. Meccarelli, *Le categorie dottrinali della procedura*, p. 576n.

57. Cfr. F. Guicciardini, *Ricordi*, a cura di M. Fubini, E. Barelli, Milano 1997, p. 144, sub CXIII.

58. *Ibidem*, p. 106, sub VI.

Potrebbe veramente, questo, essere un passo del *Dottor Volgare*, tanto vi è consonanza di opinioni.⁵⁹ Regola e discrezione, universale e particolare, teoria e prassi sono costantemente presenti nella riflessione di De Luca come indispensabili polarità del circuito dell'esperienza giuridica e compito del vero giurista è quello di trovare, rifuggendo gli estremi, la salutare e saggia sintesi, la via media, che solo un occhio allenato, pragmatico e probabilista oltre che sapiente, può scorgere.

Il *Dottor Volgare* e gli altri scritti in lingua italiana abbondano, traboccano di metafore, tipiche della letteratura barocca.⁶⁰ E De Luca per figurare il compito del giudice (come del giurista pratico in genere) alle prese con i vari elementi del sistema di diritto comune, costruisce due convincenti metafore: quella del nocchiero e quella del disegnatore di mosaici. Il nocchiero deve usare le medesime vele di cui dispone in modi diversi, a seconda dei venti ed applicando le buone regole dell'arte del navigare. Così il giudice, nella "navigazione giudiziaria", deve adoperare le sue vele, cioè le leggi, la giurisprudenza e la dottrina, adeguandole ai principi giuridici generali ed alle ragioni ad esse sottostanti, secondo le mutevoli circostanze dei casi.⁶¹ Similmente, il disegnatore di mosaici non solo deve adoperare le corrette quantità e qualità di pietruzze colorate, ma anche disporle adeguatamente alle fattezze dell'immagine, secondo la propria sensibilità e la propria maestria. Così il giudice deve usare i suoi materiali da lavoro secondo le regole dell'arte ed in relazione alle circostanze del caso.⁶²

59. Come ha osservato Diego Quagliani, «la *discrezione* del Guicciardini è la ragione pratica, il retto giudizio del giurista, che intende il proprio sapere come *sapientia* e *prudencia* e non come *scientia*, perché sa che la norma giuridica, non potendo disciplinare ogni aspetto particolare della realtà, necessita sempre dell'interpretazione e dell'interprete» (D. Quagliani, *La giustizia nel Medioevo e nella prima Età moderna*, Bologna 2004, p. 118).

60. Sul tema cfr. G. Conte, *La metafora barocca. Saggio sulle poetiche del Seicento*, Milano 1972.

61. «Il buon nocchiero, la perizia del quale principalmente consiste nel ben regolare il timone, e nella bussola, e nell'arte del navigare, non sempre adopera le medesime vele in una stessa maniera, ma le applica secondo i venti ed i tempi, di bonaccia o di tempesta, eppure le vele sono le medesime; poiché se le adoperasse sempre in una stessa maniera, farebbe un manifesto errore, e la nave andrebbe a male. E questo appunto è il caso de' giudici, e de' consiglieri, o degli altri governanti, mentre devono avere le vele e gli altri ordigni di questa navigazione giudiziaria, cioè la notizia delle leggi, e delle conclusioni, e delle autorità, e di quello che sopra la materia di che si tratta sia stato altre volte deciso dai tribunali grandi, con la scorta de' quali in casi dubbj si deve camminare: ma è necessario che tutto ciò si adoperi con la buona guida del timone, e con la perizia della carta del navigare, e dell'arte marinaresca, voglio dire con la cognizione dei principj della facoltà, e delle ragioni alle quali le leggi siano appoggiate, per poterle ben applicare secondo le circostanze dei casi, mentre *si deve applicare la legge al fatto e non il fatto alla legge* [...]» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 24, pp. 241-242, n° 6).

62. «Si adatta ancora così ai giudici ed ai consiglieri, come agli avvocati e procuratori, e agli altri difensori, il parallelo del pittore di mosaico, il quale forma le figure con l'unione di molte piccole pietre di diversi colori: attesoché le pietre sono necessarie, sicché senza di loro, per eccellente che sia il pittore, non si può formare la figura: ma se le adopererà separatamente senza connetterle, oppure sregolatamente ne ammasserà una quantità grande, sarà lo stesso che niente, perché farà una confusione. E però all'effetto di formare bene la figura bisogna primieramente far bene il disegno,

Il mestiere del giudice è dunque un'arte nobile e difficile, che richiede una notevole e peculiare formazione professionale, che presuppone, ma va oltre, il necessario apprendimento scolastico tradizionalmente basato sul diritto romano e sul diritto canonico.⁶³ E nondimeno è necessaria nel giudice la presenza di una serie di qualità personali, anche morali, da cui è pericoloso prescindere.

5. *Qualità personali del giudice*

Nello scritto *Dello stile legale*, limitando la riflessione ai giudici ordinari (tenuti ad amministrare in tribunale la giustizia commutativa), osserva che nella persona del giudice si richiedono molte virtù congiunte: «l'integrità, la fermezza, la dottrina, la prudenza ed il buon giudizio raffinato dalla pratica e dalla esperienza».⁶⁴

Il giudice deve avere altresì l'intuito, lo sguardo penetrante del pittore ritrattista, capace di cogliere e valutare ogni particolarità al fine di rendere la massima verosimiglianza; così dovrà cogliere esattamente i punti di diritto ed adattare correttamente le norme ai fatti.⁶⁵

ed apprendere l'aria ovvero le fattezze di quell'immagine che si vuol rappresentare, ordinando la materia e l'opera al fine, o veramente all'effetto che si desidera, col disporre quelle pietre con la dovuta simetria e proporzione, per quanto porta il bisogno e non più né meno, scegliendo le pietre fini per le parti più nobili e significative, e le altre per le parti inferiori. Sicché il tutto dipende dal giudizio e dalla maestria dell'artefice, mentre quella materia in se stessa è buona, ed atta a questa sorte di pittura in generale per ogni specie di figura; onde con le medesime pietre così si potrà formare un angelo, come un diavolo, o veramente così un uomo, come un asino; oppure così una donna giovane e bella, come una brutta vecchia, ecc. E questo è appunto il caso de' giudici, e de' consiglieri, o avvocati, e professori della facoltà legale, secondo le regole della quale sono tenuti giudicare, o consultare, ovvero patrocinare; attesoché le conclusioni, e le dottrine, e le ragioni, ed anche i motivi sono tante pietre di diversi colori, senza le quali questa figura del giudizio non si può formare» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 10, pp. 130-131, n° 13). Questa metafora è proposta ripetutamente, con delle varianti, in altre opere come il *Theatrum* e *Dello stile legale*. Cfr. De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, p. 121a, n° 81; *Dello stile legale*, cap. 7, n. 18.

63. Sulla necessità di ampliare le materie di studio cfr. De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, p. 112b, n° 9.

64. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, p. 727, n° 17. In altro luogo scrive che la creazione dei magistrati, di qualunque grado essi siano, è di *ragion regale*, cioè rientra tra le regalie e richiede somma accortezza, perché molte e congiunte qualità deve possedere un giudice: «la letteratura, la bontà della vita, la prudenza e l'esperienza, ed altre parti simili, le quali costituiscono un assai diligente padre di famiglia» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, I, lib. 2, cap. 20, p. 299, n° 4). Cfr. anche De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, disc. 35, p. 121a, n° 81.

65. «Presupposte queste parti, devono i giudici riflettere che essi più degli avvocati ed i procuratori, e gli altri difensori, sono pittori da ritratti, e non da belle idee a loro capriccio: e però conforme un pittore da ritratti non farà bene l'ufficio suo, né osserverà il buono stile del dipingere, se piglierà le idee da altre figure, ancorché al naturale, quando la pittura non abbia l'aria, e non rappresenti bene l'effigie di quella persona, che si desidera. Onde niente importerà che quella sia fatta con ogni maggiore eccellenza dell'arte nel disegno, e che si sia benissimo colorita, mentre non si ottiene il fine che si desidera; così niente importerà che il giudice sia dotto ed integro, e che faccia

Non si richiedono perciò al giudice, secondo De Luca, originalità di pensiero, fantasia e capacità innovativa, doti invece utili negli avvocati di parte.⁶⁶ Il giudice deve «impossessarsi molto bene del fatto, e di tutte le sue circostanze» non solo esaminando direttamente ogni atto processuale, ma cercando di assumere anche informazioni extra-giudiziali, perché sebbene il giudizio deve basarsi sugli atti, queste ultime potranno sovvenire a chiarire dei dubbi ed a bene indirizzare il potere di *arbitrium*.⁶⁷

Instancabile diligenza, dunque, nel conoscere e ponderare ogni caratteristica del caso da giudicare. Sulla questione delle “informazioni stragiudiziali” De Luca aggiunge nondimeno che in dottrina vi era difformità di opinioni, tra chi riteneva che le notizie sulle qualità della persona potessero pregiudicare l'imparzialità del giudice, e chi invece – ed a parer suo preferibilmente – le reputava assai utili «per regolar bene l'arbitrio, e per fare le buone interpretazioni e applicazioni nei casi dubbj».⁶⁸

Una qualità raccomandabile è l'integrità dei costumi: nell'esercizio della funzione giudicante anzitutto è indispensabile, ma anche in privato è «lodevole e desiderabile», per la rispettabilità che ingenera di fronte alle parti, e pure perché tiene al riparo il giudice da quelle sventure personali che possono creare situazioni di bisogno economico e quindi di potenziale corruttibilità.⁶⁹

De Luca, nella considerazione che spesso non tutte le necessarie qualità personali possono ritrovarsi nel giudice, riferisce di una disputa aperta se sia preferibile il giudice «retto ed intero, e amico della giustizia, ma ignorante e poco accorto», o quello invece «letterato ed accorto, ma tristo e corruttibile, e di mali

fatiche grandi nello studio degli articoli legali, i quali cadono nella causa, vedendo tutte le autorità, e facendovi grandissime annotazioni e discorsi, se non colpirà bene il punto, e non adatterà bene la legge al fatto, secondo le circostanze particolari del caso, del quale si tratta» (De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, pp. 727-728, n° 18).

66. «Nel giudice o nel governante si desidera piuttosto un buon giudizio, affinato dalla pratica e dall'esperienza, che un grande acume, ed invenzione, mentre queste sono parti degli avvocati, e dei difensori, i quali promovono i motivi, sicché le sue parti sono nel sapere eleggere ed ancora nell'applicar bene le leggi, ovvero le autorità al fatto» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 10, p. 127, n° 2). È altresì raccomandabile l'adeguamento all'uso comune, a quel che si pratica nei «tribunali del nostro mondo civile comunicabile», sempre con sensibilità però verso il costume del paese in cui si opera. Cfr. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, p. 731, n° 25.

67. «Le notizie ed informazioni stragiudiziali [...] gioveranno molto ne' casi dubbj, per la buona interpretazione, ovvero applicazione, o regola del suo arbitrio». Cfr. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 17, pp. 727-728, n° 18.

68. *Ibidem*, n° 19. La possibilità per il giudice di acquisire informazioni al di fuori dell'istruttoria giudiziale fu ammessa anche da Cino da Pistoia e da Bartolo da Sassoferrato, come nota Petronio, *La lotta per la codificazione*, p. 188.

69. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, p. 82, n° 8. In altro luogo della medesima opera De Luca ascrive la correttezza dei giudici della Curia romana in primo luogo al fatto che «le cariche, e le giudicature, ed i governi, per lo più sono in potere di persone nobili e ricche, le quali vengono alla corte dalle loro patrie per tirarsi avanti alle dignità ecclesiastiche grandi, per mezzo de' servizj e dei meriti, e del buon nome; sicché cercano piuttosto di spendere e di buttare il suo che di guadagnare» (*ibidem*, parte seconda, cap. 5, p. 384, n° 48).

costumi». ⁷⁰ Alcuni, dice, ritengono preferibile “l’ignorante buono”, perché sarebbe assistito da Dio e avrebbe sempre potuto farsi aiutare e consigliare; altri – e sono i più – preferiscono un “sapiente cattivo”, perché si sarebbe potuto tenere a freno con il timore di un severo castigo e con i consueti mezzi di controllo del sindacato e delle visite, mentre all’ignoranza e alla sciocchezza non si trova facilmente rimedio. De Luca interviene nel dibattito ribadendo la sua radicatissima convinzione che anche questo problema non possa essere affrontato in astratto, senza ponderare la diversità dei casi: ⁷¹ dunque occorre distinguere. In quei giudici formalmente titolari di giurisdizione, ma che non decidono di persona le cause, come principi, governatori, certi alti magistrati, è da considerare il male minore «l’esser tristo, purché sia savio, accorto e prudente; mentre l’essere dabbene, ma ignorante e balordo, cagiona immensi e gravissimi pregiudizj alla repubblica». ⁷² E si porta il paragone della difesa del gregge che, in assenza di cani pastore, è meglio affidarla a leoni o lupi, piuttosto che a somari o agnelli, perché se i primi certamente sbranneranno qualche pecora, difenderanno il gregge dagli altri predatori, mentre i secondi lascerebbero totalmente il gregge alla mercé di tutti. ⁷³ Lo stesso vale per i magistrati cittadini che contemporaneamente giudicano e governano, ed ancora per i giudici con competenza penale, ai quali si richiede più accortezza che letteratura, oltre al polso fermo per aver a che fare normalmente con delinquenti.

Diverso è il discorso per i giudici civili ed ecclesiastici, nei quali può invece preferirsi l’ignoranza unita alla rettitudine, perché in tali ambiti giudiziari non v’è l’urgenza di rapidi provvedimenti, vi sono più gradi di giudizio ed il giudice buono ma inetto potrà comunque ricorrere al consiglio di altri. ⁷⁴

In materia penale, di cui si professa non specialista, De Luca ritiene auspicabili celerità, pubblicità ed esemplarità della pena, alla quale non riconosce altra funzione che quella di intimorire i potenziali rei futuri. ⁷⁵ Una concezione della pena, dunque, non dissimile da quella espressa da Alberto da Gandino nel Duecento e che rispetta, del resto, l’atteggiamento rigorista del Venosino verso le devianze dall’ordine costituito. ⁷⁶ Tale atteggiamento emerge anche chiaramente da un discorso tenuto

70. *Ibidem*, cap. 4, p. 83, n° 9.

71. *Ibidem*.

72. *Ibidem*, p. 84. Cfr. anche G.B. De Luca, *Tractatus de officiis venalibus vacabilibus Romanæ Curiae*, Venetiis 1716, cap. 4, p. 12, nn. 1-2.

73. Tale considerazione richiama alla mente quella di Bartolo sull’opportunità di concedere a dei tiranni il titolo vicariale, pur di salvare un po’ di legalità a fondamento del loro potere, estendendo analogicamente addirittura la *Lex Rhodia de iactu* (Dig. 14.2.8) che consentiva al comandante della nave nella tempesta di gettare a mare una parte del carico per salvare almeno qualcosa. Cfr. D. Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il “De tyranno” di Bartolo da Sassoferrato (1314-1357). Con l’edizione critica dei trattati “De Guelphis et Gebellinis”, “De regimine civitatis” e “De tyranno”*, Firenze 1983, pp. 61-62.

74. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, cap. 4, p. 85, n° 9.

75. *Ibidem*, parte seconda, cap. 4, pp. 349-350, n° 29.

76. Sulla funzione della pena nei giuristi medievali, cfr. G. Diurni, *Pena criminale (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXII, Milano 1982, p. 763.

all'Accademia Reale di Cristina di Svezia,⁷⁷ sull'episodio – riferito da Livio – in cui il console Tito Manlio Torquato condanna a morte il figlio per non aver rispettato la disciplina militare, e che dà occasione a De Luca per elogiare il distacco e l'imparzialità del Console, che antepone l'interesse generale a quello particolare.⁷⁸ In campo pubblico l'indulgenza, la compassione e la benevolenza dettate da emozione, quando si allontanano dai principi di giustizia, producono squilibri, incertezze e discredito del sistema giuridico, come espone ancora in un altro discorso proferito presso l'Accademia Reale dal titolo *La pietà mal regolata o ignorante*.⁷⁹ Non bisogna confondere dunque l'eccessiva indulgenza con la giusta clemenza.⁸⁰

Tornando alla figura del giudice in generale, De Luca insiste molto sulla necessità che il magistrato sia esperto, cioè che abbia molta pratica alle spalle. Se è vero che sempre, in ogni campo, deve «ciascuno trattare di quel che abbia praticato, mentre non basta la sola notizia della scienza, o della teorica migliore»,⁸¹ ciò è vero a maggior ragione nella magistratura, «e sopra tutto, particolarmente nelle cariche maggiori, si deve aver riguardo ad elegger persone sperimentate ed esercitate in altre cariche inferiori, cercando con diligenza sapere come in quelle si siano portate».⁸²

De Luca disapprova decisamente le carriere rapidissime e le «promozioni per salto»: nell'amministrazione della giustizia occorre essere molto prudenti nella nomina dei giudici ed è indispensabile verificare gradualmente il maturare delle necessarie capacità professionali. Su questo terreno è pericoloso pensare che l'abilità si possa acquisire con il tempo, perché intanto molte ingiustizie e disordini nuocerebbero al pubblico interesse.⁸³ E non è detto neppure che l'inetto

77. Sulla vita culturale che a Roma ruotava attorno a Cristina cfr. M. Maylender, *Storia delle accademie d'Italia*, IV, Bologna 1929, pp. 401-406; V. Buckley, *Cristina regina di Svezia. La vita tempestosa di un'europa eccentrica*, Milano 2006, pp. 212-224, 339-356. L'Accademia era frequentata dai più illustri eruditi e scienziati del tempo, come il filologo Athanasius Kircher, l'astronomo Gian Domenico Cassini, il matematico Vitale Giordani e molte altre stelle di prima grandezza nei vari campi del sapere. Cfr. L. Montalto, *Un mecenate in Roma barocca*, Firenze 1955, p. 150.

78. Sul discorso, intitolato *Si loda e si difende Torquato perché facesse morire il figliuolo vittorioso per la contravvenzione delle leggi*, inedito e conservato presso la BAV, si è soffermato Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, pp. 133-144. Nota l'Autore: «Se Torquato avesse concesso il perdono a suo figlio avrebbe incitato gli altri commilitoni a imitarne la condotta indocile, minando il concetto stesso di autorità, con grave nocimento della disciplina militare» (*ibidem*, p. 142).

79. Scrive De Luca in detto discorso, edito postumo a Firenze nel 1721: «l'usar pietà al delinquente ed al malfattore, non solamente offende la giustizia privata a rispetto delle parti offese, ma eziandio la giustizia pubblica a rispetto di tutto il popolo, per l'adito che si dà al malvivere» (passo citato *ibidem*, p. 161).

80. «L'indulgenza e la misericordia usata con delinquenti deve dirsi una gran crudeltà et un'empietà, mentre, perdonando ad un reo, cento innocenti si puniscono», come si legge nel discorso sul console Torquato, citato *ibidem*, p. 141.

81. De Luca, *Il Dottor Volgare*, IV, lib. 15, parte seconda, cap. 1, p. 315, n° 3.

82. *Ibidem*, I, lib. 2, cap. 20, p. 300, n° 4.

83. «Questo è un errore troppo grande, si perché non deve avventurarsi il pubblico governo della giustizia e de' sudditi all'incerto evento della riuscita, come ancora perché, in tanto che si profitterà, si commetteranno molte ingiustizie e ne nasceranno molti disordini. Appunto come se in

un giorno diverrà capace, se manca in radice delle necessarie qualità personali. In questo caso «è pazzia manifesta il pensare di voler piantar zucche, con speranza che con la coltura possano diventare poconi».⁸⁴

Oltre ad una scelta accurata, è nondimeno necessaria una continua ed attenta sorveglianza dell'operato dei magistrati da parte del Principe, che deve tenere ben salde le redini del carro che guida, usando «la frusta e l'erba per dare a tempi opportuni i castighi e i premj secondo le operazioni, dovendosi ricordare che il premio e la pena sono i regolatori del Governo e della Republica».⁸⁵ Si ritiene pernicioso e biasimevole la venalità delle cariche pubbliche investite dell'amministrazione della giustizia, specie quando si preveda una compartecipazione alle multe ed alle confische, perché ciò dà luogo a «corrottele e sordidezze».⁸⁶

Il Principe deve provvedere ad un congruo compenso per il lavoro dei giudici, affinché non siano indotti dal bisogno a pratiche illegali. I magistrati devono essere ben pagati, ma con ciò «si renderanno degni di più severo castigo, se delinqueranno nell'ufficio, particolarmente circa l'interesse e la corrottela per avarizia».⁸⁷ L'allievo Giovanni Antonio Tomati, nella sua biografia, riferisce che De Luca soleva dire che non c'è cosa più detestabile quanto vedere un giudice «con bilancia d'Astrea pesar regali».⁸⁸

Riguardo il comportamento ed il contegno che il giudice deve tenere in udienza, De Luca ammonisce i magistrati dal guardarsi da atteggiamenti che possano compiacere l'una o l'altra parte, ingenerando aspettative o false supposizioni. Il giudice deve esporre il suo pensiero con buone maniere, con ordine e con metodo, in modo chiaro a tutti.⁸⁹ Nell'ascoltare le parti in contraddittorio, alla gentilezza deve saper coniugare una certa «gravità e sostenutezza», per mantenere l'uditorio nel dovuto rispetto. Deve sopportare pazientemente l'eventuale contegno biasimevole delle parti, le quali, quando si prendono provvedimenti loro contrari, danno talvolta «in qualche stravaganza, o mal termine, onde son degne d'esser compatite».⁹⁰ In questi frangenti il magistrato deve ancor più perseverare nella propria cortesia e compassione, per rendere «la piaga men dolorosa». Occorre, nei clamori del giudizio, adoperare anche prudenza e destrezza, «accennando solamente [ai soccombenti] con brevità e soavità qualche soda ragione» e considerando, in ogni caso, che l'eccitazione dell'animo non consente loro di apprezzare obbiettivamente il pensiero del giudice. E di

un ospedale si mettesse a medicar gli ammalati una persona, la quale senza i dovuti studj fosse totalmente inesperta della medicina in teorica ed in pratica, con la credulità o speranza che col lungo medicare si renderà abile, attesoché per acquistare quest'abilità ammazzerà intanto un gran numero di ammalati. E questo è appunto il caso» (*ibidem*).

84. *Ibidem*. Similmente in De Luca, *Il Principe cristiano*, p. 222.

85. De Luca, *Il Principe cristiano*, pp. 222-223.

86. *Ibidem*, p. 224.

87. *Ibidem*, pp. 224-225.

88. G.A. Thomati, *Vita di Giovan Battista De Luca*, in Santangelo, *La toga e la porpora*, p. 104.

89. De Luca, *Dello stile legale*, cap. 15, p. 715, n° 5.

90. *Ibidem*, n° 6.

solito non lo apprezzano o fingono di non apprezzarlo neppure gli avvocati difensori soccombenti, sia perché presi dalla passione, sia perché interessati ad adulare il cliente e quindi ad incitarlo a continuare la lite.⁹¹

Il giudice deve astenersi da un'eccessiva confidenza con gli avvocati ed altri difensori delle parti, «anche perché la pratica insegna che vi siano di quelli, i quali di queste amicizie fanno mercanzia, e vendono i giudici diffamandoli, quando anche siano innocenti».⁹² In altri termini, millantano credito pubblicamente nei confronti dei magistrati a fini di maggior guadagno. Occorre dunque guardarsi bene dal raccomandare o indicare avvocati alle parti, ma lasciar scegliere quest'ultime in assoluta libertà.⁹³

Il giudice «deve essere d'ingegno, e di natura flessibile, e facile a persuadersi, essendo perniciosissima in un giudice la soverchia tenacità de' primi concetti, e delle prime impressioni».⁹⁴ Il magistrato, quindi, deve essere intellettualmente umile, aperto ad ascoltare le ragioni che gli vengono proposte, «presupponendo che gli altri, come più dotti e più consumati, ovvero d'intelletto più chiaro ed elevato, possano promuovere motivi migliori, ed aprir la strada alla verità».⁹⁵ A questa raccomandazione disattendono spesso quelli «per salto assunti a fare il giudice in tribunali grandi», per accidente del caso o cieca e pazza fortuna, perché «facilmente s'innamorano di sé medesimi, e si credono di essere giganti, quando in effetto anche ne' paesi de' pigmei siano di piccola statura».⁹⁶

Sul piano personale, era convinzione di De Luca di possedere più le doti dell'avvocato che quelle del giudice, anche se, come sappiamo, il destino lo portò a ricoprire pure incarichi giudiziari.⁹⁷

6. Alcune critiche alla giustizia romana del tempo

Non mancano, già per quanto si è visto, critiche precise e puntuali di De Luca al mondo della giustizia ed alla prassi giudiziaria del suo tempo, in particolar modo dello Stato della Chiesa e della Roma in cui esercitava la professione legale, della Curia romana che ebbe modo di conoscere da vicino come membro di Congregazioni cardinalizie, Referendario delle Segnature di Grazia e di Giustizia, Sigillatore della Penitenzieria, nonché strettissimo collaboratore del papa,⁹⁸ che lo incaricò di

91. *Ibidem*, p. 716, n° 6.

92. *Ibidem*, cap. 17, p. 729, n° 19.

93. *Ibidem*.

94. *Ibidem*, p. 731, n° 25.

95. *Ibidem*.

96. *Ibidem*.

97. Thomati, *Vita di Giovan Battista De Luca*, p. 93.

98. Lo testimonia l'affidamento della carica di Segretario dei memoriali, delicatissima perché fungeva da collettore e filtro delle più varie richieste rivolte al papa, tantoché fu sempre ricoperta da persone che per amicizia o parentela godevano della massima fiducia del Pontefice. Cfr. Fosi, *La giustizia del papa*, p. 196. Come scrisse il suo allievo e biografo Giovanni Antonio Tomati, non si

valutare possibili riforme nel governo della giustizia. E De Luca, come ha posto in luce il Lauro, non si sottrasse al compito gravoso ed ingrato di denunciarne i difetti, ad iniziare dalla proliferazione di giurisdizioni (specie ecclesiastiche). Nel *Theatrum* parlò di una *nimia, monstruosa, irregularis multiplicitas iudicum* della Curia romana⁹⁹ ed in un *Discorso per la buona regolazione de' Tribunali particolari di Roma* deprecò che le eccezioni di incompetenza e in genere le questioni di competenza delle cause rappresentassero un gravissimo ostacolo al corso della giustizia.¹⁰⁰ Si tratta, questo, com'è noto, di un problema diffusissimo negli Stati di Antico Regime, che non conoscevano il principio, oggi costituzionalmente ribadito, di unità della giurisdizione. Furono energicamente denunciati anche favoritismi ed abusi di ogni specie, privilegi ingiustificati e dannosi, come quelli di cui godeva il Sant'Uffizio. De Luca fece presente alla Curia che tali e tanti erano i soprusi e gli abusi perpetrati dai numerosissimi "patentati" del Sant'Uffizio nello Stato della Chiesa che «per un cert'uso comune di parlare, quando si vuol descrivere un uomo per mal vivente, si suol dire ch'è patentato del Sant'Uffizio».¹⁰¹

Si proponevano perciò semplificazioni e soppressioni di tribunali speciali, con espansione di competenze di quelli ordinari e superiori, meccanismi di controllo ed imparzialità, separazione di competenze temporali e spirituali, corretta stesura e conservazione degli atti giudiziari, con l'introduzione dove opportuno della lingua italiana.¹⁰²

Insomma misure di buon senso, ispirate dalla frequentazione trentennale delle aule di giustizia e dunque dalla conoscenza diretta ed approfondita dei problemi, e che nondimeno trovarono – specie sullo spinoso tema della limitazione delle immu-

trattava «quasi negozio alcuno d'importanza nella Sede Apostolica che egli non vi avesse parte per consultarlo» (Thomati, *Vita di Giovan Battista De Luca*, p. 101).

99. De Luca, *Theatrum*, XV.1, *De judiciis*, adnot. ad disc. 3, p. 13, n° 1.

100. Si addita soprattutto la molteplicità di tribunali ecclesiastici, militari e mercantili, e si menzionano specificamente i tribunali dei tre Arcipreti delle basiliche di San Giovanni in Laterano, Santa Maria Maggiore e San Pietro, dei Cardinali protettori degli innumerevoli luoghi pii e monasteri, del Prefetto della Grascia, dell'Arte dell'Agricoltura e delle altre numerose corporazioni di mestieri cittadine. Il testo manoscritto del discorso, inedito e conservato presso la Biblioteca dell'Accademia dei Lincei (35.C.11), è stato studiato da Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, pp. 266-285. Lo scritto, non datato ed anonimo, è incluso in un volume miscelaneo (n° 1379) contenente documenti vari, riguardanti temi diversi, del Pontificato di Innocenzo XI. Condivisibile appare l'attribuzione a De Luca, per le evidenti concordanze nei contenuti e nella forma espositiva; inoltre la parte iniziale dello scritto (ff. 21r-22v) illustra la metafora della giustizia come Sole metafisico dell'ordine civile in modo assai simile, ed a tratti identico, a quanto si legge nel *Principe cristiano*, pp. 218-220.

101. Passo citato da Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, p. 547. Inoltre, la preservazione della fede rientrava naturalmente tra le competenze dei Vescovi ed il Sant'Uffizio non era ormai più «precisamente necessario» (*ibidem*, p. 577).

102. *Ibidem*, pp. 294-345; A. Mazzacane, *Diritto comune e diritti territoriali: il riformismo di G.B. De Luca*, in *Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica*, a cura di A. De Benedictis, I. Mattozzi, Bologna 1994, p. 73-77; S. Tabacchi, *Le riforme giudiziarie nella Roma di fine Seicento*, in «Roma moderna e contemporanea», V/1 (1997), pp. 155-174; Id., *Il Buon Governo. Le finanze locali nello Stato della Chiesa (secoli XVI-XVIII)*, Roma 2007, pp. 338-346.

nità ecclesiastiche – nella Curia romana dei fieri oppositori tra i Cardinali di avversa fazione, che giunsero addirittura ad accusare De Luca di attentare alla *libertas Ecclesiae* e di essere, in sostanza, un eretico. I Cardinali del Sant'Uffizio inviarono al papa un memoriale infuocato contro De Luca, reo di propagare

dottrine e proposizioni erronee, temerarie, scandalose, offensive dell'orecchie cristiane, contrarie, irriverenti et ingiuriose della Sede Apostolica [...] convenienti con le assertioni degli heretici, fautrici di novatori politici in favore della podestà laica contro l'Immunità, libertà e prerogative degli ecclesiastici; incitative di novità pregiudiziali alla verità, integrità e fede del Governo Pontificio. Et alcune anche repugnanti alli principj et all'uso della buona religione e prossime all'eresia.¹⁰³

La separazione delle prerogative pontificie temporali da quelle spirituali, auspicata da De Luca, fu additata dal cardinale Francesco Albizzi come «opinione somigliante a quella di Marsilio di Padova e degli altri eresiarchi inimici mortali dell'autorità del sommo pontefice».¹⁰⁴

Opposizione alle proposte di De Luca giunse anche da membri della Sacra Rota¹⁰⁵ e l'ostilità diffusa condusse ad un abbandono delle proposte più incisive. Soprattutto la riduzione delle immunità ecclesiastiche aveva destato crescenti timori per il suo potenziale esempio, con significati di implicita legittimazione, a riforme giurisdizionaliste dei Principi secolari.¹⁰⁶

Si può dire, credo, che la solitudine amareggiata in cui si trovò il grande giurista,¹⁰⁷ ormai anziano, forse più di ogni altra circostanza prova quanto la sua volontà riformatrice si fosse spinta al limite estremo della praticabilità politica.¹⁰⁸

103. Il memoriale, conservato nel fondo *Carpegna* (167, f. 225) dell'Archivio Segreto Vaticano, è integralmente trascritto da Lauro, *Il cardinale Giovan Battista De Luca*, pp. 534n-535n.

104. *Ibidem*, p. 556. Per il cardinale Federigo Baldeschi Colonna «i predicatori di Ginevra o le conventicole d'Inghilterra» non avrebbero usato linguaggio più sacrilego ed insinuo malignamente addirittura che De Luca fosse stato «corrotto a prezzo d'oro da persone infette di sensi poco cattolici» (*ibidem*, p. 559). Sugli scontri interni alla Curia romana del tempo cfr. anche G. Signorotto, *Lo Squadrone Volante. I cardinali 'liberi' e la politica europea nella seconda metà del XVII secolo*, in *La Corte di Roma tra Cinque e Seicento. "Teatro" della politica europea*, a cura di G. Signorotto, M.A. Visceglia, Roma 1998, pp. 133-135.

105. Cfr. Tabacchi, *Le riforme giudiziarie*, pp. 160-161. Il decano della Rota Jacob Emerix definì De Luca «vir subtilis sed inquieti ingenii», arso dalla volontà di riformare: cfr. M. Tocci, *Il diario di Jacob Emerix de Matthiis decano della Sacra Romana Rota*, Napoli 1982, p. 156. Cfr. anche Ch. Lefebvre, *J. B. de Luca et le Tribunal de la Rote*, in «Ephemerides iuris canonici», XIV (1959), pp. 300-320.

106. Fu così che, come ha osservato il Tabacchi, «la proposta di ridiscutere i fondamenti giuridici delle esenzioni ecclesiastiche finì per essere respinta e si arrivò ad un decreto di compromesso, che riaffermava la legislazione vigente, ma attribuiva privativamente alla Congregazione del Buon Governo la competenza sulle questioni di esenzioni fiscali» (Tabacchi, *Le riforme giudiziarie*, p. 164).

107. Un «eroe barocco», pronto ad assumersi la responsabilità dei propri atti, è stato definito da A. Zanotti, *Cultura giuridica del Seicento e Jus publicum ecclesiasticum nell'opera del cardinale Giovanni Battista de Luca*, Milano 1983, p. 6, che osserva anche come «l'utopia di una apoteosi terrena per il "personaggio" De Luca rimane arenata tra i rossi velluti della Corte Romana».

108. Degli errori metodologici che rimproverava a molti giudici si è già detto e basti qui, per chiarire in quale opinione li tenesse, rileggere il seguente passo del *Dottor Volgare*: «forse mi rende

7. Conclusioni

Il cardinal De Luca, rigoroso ed energico per carattere, non può dunque essere tacciato di lassismo, compiacenza o connivenza nei confronti della vacillante giustizia del suo tempo. Le sue risposte, i suoi rimedi sono comunque, a mio avviso, ancora ben dentro i confini culturali dell'Antico Regime, non precorrono soluzioni illuministiche e liberal-borghesi, non preannunciano lo Stato di diritto, né tantomeno l'assolutismo giuridico, come talora si è ritenuto. Nella visione di De Luca non il legislatore statale, ma il giudice è e deve restare il "signore del diritto". La concretezza drammatica della vita quotidiana è l'ambiente naturale in cui vive il diritto, sapere pratico, *ars* più che *scientia*. E, come ha osservato Italo Birocchi,

cercare la giustizia in concreto [...] significava in definitiva rifiutare la pretesa di risolvere ogni questione attraverso regole generali e invece fare leva sul miglioramento della preparazione giuridica degli operatori del diritto e in ultima analisi sul prudente arbitrio del giudice.¹⁰⁹

Era convinzione di De Luca che per correggere i mali della giustizia, come ogni altra deviazione dell'ordine civile, occorresse l'assidua pazienza del giardiniere, che quotidianamente pianta, innaffia, pota, elimina le erbacce. Un giardiniere, per di più, oltre che paziente, rassegnato a non vedere forse il frutto del proprio lavoro, ma a lasciarlo in beneficio dei posteri.¹¹⁰

Lo spirito critico e pragmatico di De Luca certamente prelude a ben più impietose analisi del mondo della giustizia che si avranno nel Settecento. Credo

nausea e dispiacere che in questa scena del mondo mi sia toccata la parte del leggista. Non che la scienza [...] per se stessa non sia buona, ragionevole ed ingegnosa, ma perché si sia ridotta ad uno stato quasi disprezzevole, appresso i professori delle altre lettere, per queste sciocchezze leguleiche» (De Luca, *Il Dottor Volgare*, II, lib. 9, cap. 4, p. 586, n° 1).

109. I. Birocchi, *L'Istituta civile di Giambattista De Luca*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di Adriano Cavanna*, a cura A. Padoa Schioppa, G. di Renzo Villata, G.P. Massetto, I, Milano 2003, p. 116.

110. «Conosce bene lo scrittore, che quando anche i suoi pensieri siano ragionevoli, e degni di esser abbracciati e praticati, tuttavia nell'età corrente difficilmente sia per vedersene l'effetto, e per raccogliersene il frutto: e ciò per la ragione che le già introdotte ed invecchiate usanze difficilmente si tolgono in quell'età ed in quelle persone, le quali abbiano per qualche tempo in esse vissuto, a somiglianza di quelle piante, le quali si siano invecchiate, ovvero indurite nella mala piega; ed ancora perché, portando il comune istinto naturale che tra gli uomini viventi uno non facilmente ceda all'altro nelle parti dell'ingegno, però difficilmente e molto di rado si dà il caso, che a scrittori vivi si obbedisca, cagionandosi la loro autorità e venerazione dalla morte e dall'antichità. Ma non perciò si è stimato doverne astenersi, seguendo l'esempio delle cose naturali, dalle quali in gran parte vanno regolate le morali e le intellettuali: attesoché per un comune istinto naturale, regolato anche dalla ragione, gli uomini di età provetta, anzi matura, e vicina alla corruzione, non si astengono dal piantare degli oliveti e de' pineti, e dall'assumere altre imprese per beneficio dei posteri, ancorché siano certi di non doverne vedere, né godere il frutto» (De Luca, *Dello stile legale*, lib. 15, cap. 1, p. 648, n° 15). Questo breve, ma di grande interesse, scritto a cui più volte abbiamo fatto riferimento, si può ora leggere anche nella collana *Storia dell'avvocatura in Italia*: G.B. De Luca, *Lo stile legale*, Premessa di G. Alpa, Prefazione di A. D'Angelo, Introduzione di A. Mazzacane, Bologna 2010.

ad esempio che il fortunato trattato *Dei difetti della giurisprudenza* (1742) di Ludovico Antonio Muratori debba veramente molto al pensiero di De Luca, che sarebbe tuttavia forzato indicare come una sorta di pre-illuminista. De Luca fu per intero un uomo di Antico Regime, più vicino semmai, nella concezione della giustizia, ad un Guicciardini che ad un Beccaria o ad un Alessandro Verri.¹¹¹

Nella sua pessimistica visione non trova posto l'idea di uno Stato o di un Principe assoluto capace di ricondurre d'autorità l'esiliata Giustizia nel mondo degli uomini, non trova posto né l'utopia, né il sogno rivoluzionario. L'imperfezione della giustizia umana è insuperabile: e questo già si sapeva dall'ammonimento con cui scelse di iniziare il *Theatrum*: «*Dei perfecta sunt opera, hominum autem semper imperfecta*».

111. La distanza della posizione di De Luca, riguardo ai rimedi per i mali della giustizia, da quella degli illuministi italiani tardo-settecenteschi si può cogliere tutta nelle riflessioni di A. Verri, *Ragionamento sulle leggi civili*, in *"Il Caffè" 1764-1766*, a cura di G. Francioni, S. Romagnoli, Torino 1993, pp. 583-589.