

IL GIUDICE E LA MISERICORDIA. RIFLESSIONI
SULL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA NEL DIRITTO
CANONICO CLASSICO

Fecha de recepción: 19 junio 2017 / Fecha de aceptación: 6 noviembre 2017

Raffaella Bianchi Riva
Università degli Studi di Milano
raffaella.bianchi@unimi.it

Riassunto: Le riflessioni dei canonisti medievali sul tema della misericordia consentono di svolgere alcune considerazioni sulla questione, di stringente attualità, del rapporto tra giustizia e opinione pubblica. Attraverso la nozione di scandalo, che tematizzava le dinamiche del consenso sociale alle istituzioni pubbliche, il dibattito si incentrò sull'approvazione popolare all'amministrazione della giustizia, con riguardo, in particolare, agli effetti derivanti dal ricorso alla misericordia. L'esigenza di prevenire forme di opposizione o di protesta suggerì ai canonisti che il giudice potesse, talora, attenuare il rigore del diritto, sino a perdonare un colpevole, per assecondare la volontà popolare. Ad analoghe soluzioni giunsero i giuristi civilisti, che, attingendo ai principi canonistici, ammisero, viceversa, la possibilità di condannare un innocente per evitare il dilagare di scandali nella società.

Parole chiave: giustizia, opinione pubblica, misericordia, scandalo

Abstract: The remarks of the medieval canonists on the subject of mercy provide much to reflect upon when considering the relationship between justice and public opinion – an issue which continues to be of topical interest today. The debate was oriented around the concept of scandal, exploring the dynamics of public approval when it came to the activities of public institutions. Specifically, it focused on how social reactions could affect sentencing, with particular regard to the effects resulting from a show of mercy. The need to prevent demonstrations of dissent or protest led canonists to believe that the judge could mitigate the rigor of the law at times – even going so far as to forgive an offender – in order to meet public demands. Civil-law jurists developed similar solutions which worked the other way around: drawing on canonical principles, they admitted the possibility of condemning an innocent person in order to prevent scandals from erupting within society.

Key words: justice, public opinion, mercy, scandal

1. PREMessa

A partire dal processo a Gesù¹, il rapporto tra giudice e popolo costituisce un paradigma nella storia della giustizia², tanto da assumere, tra Otto e Novecento, rilevanza costituzionale nell'ambito del complesso equilibrio fra indipendenza della magistratura e controllo dell'opinione pubblica³.

La considerazione di tale rapporto, che implica la tematizzazione dell'elemento istituzionale del consenso e che costituisce già un nodo fondamentale per le autorità pubbliche nella giustizia altomedievale⁴, trova spazio anche nel diritto

¹ Sui profili storico-giuridici del processo a Gesù, cfr. *Il processo contro Gesù*, AMARELLI, F. & LUCREZI, F. (eds.), Napoli 1999; MIGLIETTA, M., *I.N.R.I. Studi e riflessioni intorno al processo a Gesù*, Napoli 2011, a cui si rinvia anche per l'ampia rassegna bibliografica. Per una lettura paradigmatica del processo a Gesù, cfr. in particolare ZAGREBELSKY, G., *Il "crucifige!" e la democrazia*, Torino 1995.

² Per alcune riflessioni sul tema, cfr. CIANFEROTTI, G., «Introduzione. Logica del processo, logica del giudizio ed opinione pubblica», in *Processo penale e opinione pubblica in Italia tra Otto e Novecento*, COLAO, F., LACCHÈ, L. & STORTI, C. (eds.), Bologna 2008, pp. 15-27.

³ Sugli effetti prodotti dall'introduzione, nell'ordinamento italiano, del principio della pubblicità dei dibattimenti, sancito dall'art. 72 dello Statuto albertino e dall'art. 268 del c.p.p. del 1865, e dell'istituto della giuria, previsto nel 1848 per i reati di stampa ed esteso ai reati comuni dal c.p.p. sardo del 1859, cfr. LACCHÈ, L., «Una letteratura alla moda. Opinione pubblica, «processi infiniti» e pubblicità in Italia tra Otto e Novecento», in *Riti, tecniche, interessi. Il processo penale tra Otto e Novecento. Atti del convegno (Foggia, 5-6 maggio 2006)*, MILETTI, M.N. (ed.), Milano 2006, pp. 459-513; ID., «L'opinione pubblica saggiamente rappresentata». Giurie e corti d'assise nei processi celebri tra Otto e Novecento», in *Inchiesta penale e pre-giudizio. Una riflessione interdisciplinare*, MARCHETTI, P. (ed.), Napoli 2007, pp. 89-147; ID., «Un luogo "costituzionale" dell'identità giudiziaria nazionale: la corte d'assise e l'opinione pubblica (1859-1913)», in *Processo penale e opinione pubblica...*, cit. pp. 77-120; COLAO, F., «Processo penale e opinione pubblica dall'età liberale al regime fascista», in *L'inconscio inquisitorio. L'eredità del codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*, GARLATI, L. (ed.), Milano 2010, pp. 241-269. Sul rapporto tra magistratura e sovranità popolare nell'ordinamento costituzionale italiano e sul connesso dibattito relativo alla responsabilità del giudice di fronte alla comunità, cfr. BIONDI, F., *La responsabilità del magistrato. Saggio di diritto costituzionale*, Milano 2006. Per una ricostruzione storica del principio della responsabilità dei magistrati, cfr. GIULIANI, A. & PICARDI, N., *La responsabilità del giudice*, Milano 1995.

⁴ Sulle diverse forme di 'partecipazione' della società all'esercizio della funzione giurisdizionale nell'Italia longobarda e carolingia, sino all'epoca comunale, cfr. PADOA SCHIOPPA, A., «Aspetti della giustizia milanese nell'età carolingia», ora in ID., *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai Comuni*, Spoleto 2015, pp. 75-91; ID., «Aspetti della giustizia milanese dal X al XII secolo», ivi, pp. 137-227; ID., «Note sulla giustizia milanese del secolo XII», ivi pp. 287-299; STORTI, C., «Città e campagna nello specchio della giustizia altomedievale», in *Città e campagna nei secoli alto medievali*, Spoleto 2009, pp. 293-336; EAD., «Giustizia, pace e dissenso politico tra alto medioevo e età comunale», in *Italian Review of Legal History* 2 (2017), pp. 1-30 (in part. p. 9). In generale, sulla giustizia nell'Italia dell'alto medioevo, cfr. *La giustizia nell'alto medioevo, secoli V-VIII*, Spoleto 1994; *La giustizia nell'alto medioevo, secoli IX-XI*, Spoleto 1996; BOUGARD, F., *La justice dans la*

canonico classico, ove viene declinato sui principi e i criteri peculiari di tale ordinamento, nell'ambito di una più ampia riflessione sulle forme e le dinamiche della giustizia. Non si può trascurare, d'altra parte, che, proprio per il tramite del *ius novum* pontificio, la fama – la 'voce pubblica' circolante nella comunità –, assume una precisa funzione processuale, giustificando l'avvio della procedura *per inquisitionem*⁵.

Il tema della misericordia fornisce ai canonisti medievali uno degli argomenti per riflettere sul collegamento tra giudice e popolo, con riguardo ai margini di discrezionalità che caratterizzano l'esercizio della funzione giurisdizionale e che inevitabilmente presentano notevoli ricadute sul rapporto tra processo – e in particolare quello penale, caratterizzato da maggiore impatto sociale – e opinione pubblica⁶.

Occorre avvertire sin d'ora che si utilizzerà, anche per l'età del diritto comune, il termine 'opinione pubblica' per indicare comprensivamente i diversi, e spesso contrastanti, atteggiamenti della società in grado di indirizzare, influenzare, criticare le istituzioni⁷ e che, nella cultura giuridica medievale, sono espressi con

Royaume d'Italie, Roma 1995. In particolare, sull'intreccio fra giurisdizione secolare e ecclesiastica nell'ordinamento carolingio, cfr. PADOA SCHIOPPA, A., «Sulla giustizia ecclesiastica nell'Italia carolingia: i capitolari», ora in ID., *Studi sul diritto canonico medievale*, Spoleto 2017, pp. 47-77; ID., «La giustizia ecclesiastica dell'età carolingia: i canoni sinodali», ivi, pp. 79-126.

⁵ Sui caratteri della fama, quale discredito sociale giuridicamente rilevante, cfr. MIGLIORINO, F., *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania 1985. Cfr. inoltre THÉRY, J., «Fama: l'opinion publique comme prove judiciaire. A perçu sur la révolution médiévale de l'inquisiteur (XII^e-XIV^e siècle)», in *La preuve en justice de l'Antiquité à nos jours*, LEMESLE, B. (ed.), Rennes 2003, pp. 119-147; VALLERANI, M., «La fama nel processo tra costruzioni giuridiche e modelli sociali», in *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, P. PRODI (ed.), Bologna 2007, pp. 93-112; FIORI, A., «Quasi denunciante fama: note sull'introduzione del processo tra rito accusatorio e inquisitorio», in *Der einfluss der kanonistik auf die Europäische rechtskultur*, band 3, *Straf- und Strafprozessrecht*, SCHMOECKEL, M., CONDORELLI, O. & ROUMY, F. (eds.), Köln-Weimer-Wien 2012, pp. 351-367.

⁶ Per alcune considerazioni di carattere generale sulla legittimazione della giurisdizione, cfr. FERRAJOLI, L., «La giurisdizione, le sue fonti di legittimazione e il suo futuro», in *Il ruolo del giudice nel rapporto tra i poteri*, CHIODI, G. & PULITANÒ, D. (eds.), Milano 2013, pp. 19-42 (in part. pp. 23-24).

⁷ Sull'uso del termine 'opinione pubblica' anche con riferimento al medioevo e all'età moderna, per indicare le diverse espressioni della collettività, cfr. GUÉNÉE, G., *L'opinion publique à la fin du Moyen Âge d'après la "Chronique de Charles VI" du Religieux de Saint-Denis*, Paris 2002; *L'espace public au Moyen Âge. Débats autour de Jürgen Habermas*, BOUCHERON, P. & OFFENSTADT, N. (eds.), Paris

termini, quali *populus* o *multitudo*, ricorrenti nelle fonti per esprimere genericamente il volere della folla, ovvero con concetti che tematizzano la questione del consenso – o meglio del dissenso – nei confronti delle istituzioni.

Basterà pensare, in proposito, ai termini *scandalum* e *tumultus*.

La nozione religiosa di ‘scandalo’, che permea le riflessioni dei canonisti, assume, in ambito giuridico, una connotazione sociale e politica, oltre che morale. Termine ‘ad ampio spettro semantico’, lo scandalo indica manifestazioni pubbliche di resistenza, opposizione, protesta, dissociazione, discordia nei confronti di fatti contrari al comune sentire: situazioni anche molto differenti fra loro, sia di portata locale sia di dimensione universale, tanto da includere anche il Grande Scisma che nel 1378 sgretolò l’unità della Chiesa.

La storiografia, non solo giuridica, ha già messo in luce, attraverso contributi specifici, numerosi profili connessi con l’utilizzo del termine ‘scandalo’ nel diritto canonico medievale, tanto sul piano teorico quanto su quello pratico⁸. Tuttavia, il campo delle ricerche relative a tale tema merita ancora di essere arato, al fine di portare alla luce ulteriori aspetti relativi alla rilevanza giuridica degli scandali in

2011; *Justice et espaces publics en Occident, du Moyen Âge à nos jours. Pouvoirs, publicité et citoyenneté*, BASTIEN, P., FYSON, D., GARNEAU, J.-P. & NOOTENS, T. (eds.), Québec 2014.

⁸ Sul concetto di scandalo nel diritto canonico classico e sulle sue declinazioni, cfr. GILL, K., «Scandala. Controversies concerning clausura and women's religious communities in late medieval Italy», in *Christendom and its Discontents*, ed. WAUGH, S., DIEHL, P., Cambridge 1996, pp. 177-203; BRYAN, L., «Scandle is heaved sunne», in *Florilegium* 14 (1995/96) pp. 71-86; EAD., «Periculum animarum: bishops gender and scandal», in *Florilegium* 19 (2002) pp. 49-73; NEMO-PEKELMAN, C., «Scandale et vérité dans la doctrine canonique médiévale (XIIe-XIIIe siècles)», in *Revue historique de droit français et étranger* LXXXV (2007), pp. 491-504; FOSSIER, A.-V., «Propter vitandum scandalum. Histoire d’une catégorie juridique (XIIe-XVe siècles)», in *Mélanges de l’Ecole Française de Rome. Moyen Âge* 121 (2009) pp. 317-348; HELMHOLZ, R., «Scandalum in the Medieval Canon Law and in the English Ecclesiastical Courts», in *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte. Kanonistische Abteilung* 127 (2010) pp. 258-274; LECUPPRE, G., «Le scandale: de l’exemple pervers à l’outil politique (XIII^e-XV^e siècle)», in *Cahiers de recherches médiévales et humanistes* 25 (2013), pp. 181-191; LEVELEUX-TEIXEIRA, C., «Le droit canonique médiéval et l’horreur du scandale», *ivi*, pp. 193-211; BIANCHI RIVA, R., «Innocenzo III tra diritto e società: consuetudini, scandali e consenso popolare», in *Vergentis* 2 (2016), pp. 249-271; EAD., «Dal consenso al dissenso. La rilevanza giuridica dello scandalo nelle elezioni episcopali (secc. XII-XV)», in *Historia et ius* (www.historiaetius.eu) 10 (2016), paper 3.

settori strategici per le istituzioni: aspetti che hanno determinato un ampliamento del significato della nozione proprio in rapporto al suo utilizzo.

Il tema verrà qui declinato con specifico riferimento al settore dell'amministrazione della giustizia, ove il termine 'scandalo' rinvia all'indignazione collettiva provocata da decisioni dell'autorità avvertite come contrarie a quel senso di giustizia, spesso istintivo, che pervade il popolo: indignazione che può anche trasformarsi in eclatante risentimento, sino a sfociare in situazioni di vera e propria turbolenza. Ed infatti il termine canonistico è sovente associato dai giuristi dell'*utrumque ius* al *tumultus*, impiegato nelle fonti romanistiche (che non ricorrono allo scandalo) appunto per indicare situazioni di disordine e turbamento sociale, come la rivolta popolare.

Il dibattito, che coinvolge non solo i canonisti, ma anche i civilisti, verte, dunque, sulla possibilità che il giudice ponga a base della propria decisione il volere espresso dall'opinione pubblica o dalla maggioranza, anche contro le risultanze processuali, e ciò sino al punto di assolvere un colpevole o condannare un innocente: questione che, quantomeno da un punto di vista ideologico, tende ad indirizzare l'attività del giudice (altro problema riguarda le sue ricadute pratiche ossia come il giudice possa giustificare la propria decisione, il che dipende in gran parte dallo schema processuale adottato). Le soluzioni, come si vedrà, non sono univoche e risentono dei differenti, e talora confliggenti, valori e interessi in gioco.

2. IL *DECRETUM*: RIGORE E MISERICORDIA NELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

È noto che Graziano utilizzò con preferenza il concetto teologico-morale di *misericordia*, frequente nelle fonti canonistiche tardoantiche e altomedievali, in contrapposizione al *rigor iuris*, piuttosto che quello di derivazione romanistica di *aequitas*⁹.

⁹ CARON, P.G., "*Aequitas*" romana, "*misericordia*" patristica ed "*epicheia*" aristotelica nella dottrina dell'"*aequitas*" canonica. Dalle origini al rinascimento, Milano 1971, pp. 19-37.

La misericordia, come atteggiamento di pietà, benevolenza e mitezza che pertiene a Dio e che è richiesto anche alle autorità che amministrano la giustizia, implica l'attenuazione del rigore delle regole giuridiche, in base alle peculiari circostanze del caso, sino alla loro disapplicazione.

Anche per influsso dell'opera di Algero di Liegi¹⁰, numerosi sono i passi del *Decretum* che richiamavano i giudici a contemperare severità e clemenza, secondo un'esigenza che si ravvisava, peraltro, anche nel diritto romano: basterà ricordare che un frammento di Marciano, contenuto nel titolo *de poenis* del Digesto, suggeriva di non giudicare con più durezza o più indulgenza di quanto richiedesse la causa, applicando in ogni caso le pene con benevolenza¹¹.

La necessità di trovare un equilibrio tra *misericordia* e *rigor*, che la scienza canonistica successiva avrebbe individuato nel concetto di *aequitas canonica*¹², indusse, ad esempio, Graziano ad inserire all'interno del trattato *De poenitentia* un canone tratto dalle *Omellie sui Giudici* di Origene¹³, che affermava che “*il Signore benevolo mescola la misericordia con la severità e soppesa il grado della pena con giusta e clemente calibrazione*”¹⁴.

Nel canone *disciplina*, tratto dal *Commento morale a Giobbe* di Gregorio Magno¹⁵, si ricorreva, invece, all'immagine del vino che disinfetta le ferite e dell'olio

¹⁰ Sul *De misericordia et iustitia* di Algero de Liegi e sull'influenza che essa ha avuto sulla redazione del *Decretum* di Graziano, si rinvia, oltre che a ARDUINI, M.L., «Considerazioni sul Liber III del *De misericordia et iustitia* e del *De sacramentis* di Algero di Liegi. Ipotesi interpretativa», in *Proceedings of the Seventh International Congress of Medieval Canon Law. Cambridge, 23-27 July 1984*, LINEHAN, P. (ed.), Città del Vaticano 1988, pp. 171-195, alla relazione dal titolo «Misericordia e diritto in Algero di Liegi e Graziano» presentata da Ruggero Maceratini in occasione della II International Conference organizzata dalla Catedra Internacional Conjunta Inocencio III *Justice, mercy and law. From revenge to forgiveness in the History of Law* (Murcia, 13th-16th December 2016).

¹¹ Dig. 48.19.11. Sulla figura del giurista Marciano, cfr. DE GIOVANNI, L., *Giuristi severiani. Elio Marciano*, Napoli 1989.

¹² GROSSI, P., «Aequitas canonica», ora in ID., *Scritti canonistici*, FANTAPPIÈ, C. (ed.), Milano 2013, pp. 211-228.

¹³ ORIGENE, *Omellie sui Giudici*, 3, 2.

¹⁴ Decr. *De poen.* D. 1 c. 69.

¹⁵ GREGORIO MAGNO, *Commento morale a Giobbe*, 20, 14. Sui principi adottati da Gregorio Magno nella risoluzione dei casi giudiziari sottoposti al suo esame, e in particolare sul ricorso al criterio della misericordia, anche in deroga alle norme giuridiche civili o canoniche, cfr. PADOA SCHIOPPA, A.,

che le lenisce, per esortare i giudici a “*unire la bontà alla severità ... affinché i sudditi non siano esasperati da troppa asprezza né siano assolti con eccessiva indulgenza*”¹⁶. Come fu rilevato nelle aggiunte alla glossa ordinaria al *Decretum*, i giudici dovevano, dunque, seguire la ‘via di mezzo’¹⁷: identificando la nozione di *aequitas* con quella di *misericordia*¹⁸, Bartolomeo da Brescia richiamò la costituzione *placuit*¹⁹ – su cui, come è noto, i glossatori civilisti fondarono il dibattito sul rapporto tra equità e rigore²⁰ – per ribadire che “*iudex potius sequatur aequitatem, quam rigorem*”, salvo che, come si vedrà, sussistesse una valida ragione per applicare la legge con severità²¹.

La costituzione costantiniana era stata, del resto, invocata anche da Giovanni Teutonico nella glossa al canone *exigunt causae* – con cui papa Leone Magno aveva confermato “*ex misericordia*” l’elezione alla carica di vescovo di alcuni laici “*contra canonum decreta*”²² – ove si affermava che “*potius debet iudex sequi misericordiam quam rigorem*”²³.

In base a un canone tratto dalle *Sentenze* di Isidoro di Siviglia²⁴ – che indusse a ritenere che l’*aequitas* potesse anche comportare un inasprimento della norma giuridica²⁵ – si affermò, in particolare, che il giudice doveva giudicare secondo giustizia e attenuare la pena con misericordia²⁶.

«Gregorio Magno giudice», ora in ID., *Studi sul diritto canonico medievale...*, cit. pp. 1-30 (in part. pp. 25-27).

¹⁶ Decr. Dist. 45 c. 9. Su tale canone, che individuava nella mediazione di Mosè fra Dio e il popolo d’Israele una dimostrazione della capacità di associare fermezza e indulgenza, fu fondata anche la possibilità degli avvocati di difendere contemporaneamente parti contrarie, ampiamente dibattuta nel corso del medioevo, cfr. gl. *allegavit* ad Decr. Dist. 45 c. 9 (su cui vedi BIANCHI RIVA, R., *L’avvocato non difenda cause ingiuste. ricerche sulla deontologia forense in età medievale e moderna. Parte prima, Il medioevo*, Milano 2012, pp. 205-207).

¹⁷ Gl. *miscenda est* ad Decr. Dist. 45 c. 9.

¹⁸ CARON, P.G., “*Aequitas*” romana..., cit. p. 49.

¹⁹ Cod. 3.1.8.

²⁰ PADOA SCHIOPPA, A., *Storia del diritto in Europa*, Milano 2016², pp. 202-206.

²¹ Cfr. *infra* § 2.1.

²² Decr. C. 1 q. 7 c. 18.

²³ Gl. *causa* ad Decr. C.1 q. 7 c. 18.

²⁴ ISIDORO DI SIVIGLIA, *Sentenze*, 3, 52, 4.

²⁵ CARON, P.G., “*Aequitas*” romana..., cit. p. 33.

²⁶ Decr. Dist. 45 c. 10.

2.1 MISERICORDIA: ISTRUZIONI PER L'USO

Graziano affiancò ai canoni che esortavano i giudici ad applicare, nella risoluzione dei casi sottoposti al loro esame, un criterio di misericordia, altri che li avvertivano invece di ricorrervi con cautela. In particolare, il perdono doveva essere concesso in maniera ponderata, alla luce non solo delle obiettive esigenze di giustizia delle autorità, ma anche delle legittime aspettative di giustizia che il popolo nutriva nei confronti delle stesse autorità.

Graziano, ad esempio, inserì nel *Decretum* il canone *est iniusta*, tratto da una lettera di sant'Ambrogio²⁷, che bollava come iniquo il ricorso arbitrario alla misericordia²⁸. Si riconosceva, infatti, che talvolta si è mossi a compassione solo perché ci “*si lascia impressionare dalle suppliche dei figli di un bandito*” o perché ci “*si fa commuovere dalle lacrime della sua consorte*”. Come sottolineava l'apparato ordinario al *Decretum*, tuttavia, “*iudex non debet moveri ad lacrymas calamitosorum*”²⁹, ma condannare chi meritava una condanna e assolvere chi, invece, meritava un'assoluzione³⁰.

Riferendosi al processo accusatorio, ove tanto l'accusatore quanto l'accusato rischiavano la pena di morte, sant'Ambrogio rilevava, in particolare, che il giudice non poteva condannare l'accusatore che fosse riuscito a dimostrare la fondatezza dell'accusa, solo per pietà nei confronti dell'accusato, né tantomeno condannare l'accusato nei cui confronti fosse stata proposta un'accusa infondata, solo per benevolenza verso l'accusatore.

Tali criteri dovevano essere tenuti in considerazione, secondo sant'Ambrogio, non solo nei giudizi secolari, ma “*in ipsa ecclesia, ubi maxime*

²⁷ AMBROGIO, *Lettere*, 23, 25.

²⁸ Decr. C. 23 q. 4 c. 33.

²⁹ Gl. *et lacrymis* ad Decr. C. 23 q. 4 c. 33.

³⁰ Gl. *est iniusta* ad Decr. C. 23 q. 4 c. 33.

misereri decet”, per evitare che l'eccessiva indulgenza costituisse un incentivo al peccato.

La questione degli effetti che un uso arbitrario della misericordia rischiava di provocare nella società fu affrontata anche nel canone *sed illud*. Tratto da un altro passo delle *Omellie su Giosuè* di Origene³¹, il canone esortava i sacerdoti a non curarsi del giudizio altrui, biasimando coloro che “*vogliono apparire benevoli verso quelli che mancano e nel timore che le lingue dei peccatori parlino di loro, dimenticano la severità sacerdotale*”³².

Attraverso la scelta di questo canone, Graziano metteva a tema la ricerca del consenso nell'amministrazione della giustizia, ponendola in connessione con la funzione della sanzione. La misericordia non poteva costituire un facile espediente per conquistare il consenso dell'opinione pubblica: il giudice non poteva, cioè, essere tanto indulgente da assolvere un colpevole, solo per ingraziarsi il popolo o una parte di esso ed evitare critiche nei confronti del proprio operato.

Come rilevava Origene, infatti, il sacerdote che avesse deciso di “*risparmiare uno solo*” finiva per “*mettere tutti in pericolo*”. Ricorrendo all'immagine della malattia in grado di contagiare l'intera comunità, utilizzata anche nel canone *est iniusta*, si ammetteva, dunque, che, quando il perdono è concesso in modo discriminatorio, “*tutto il popolo ... viene contaminato a causa di un solo peccatore*”.

Fu l'apparato ordinario al *Decretum* a trasferire il discorso dal piano teologico a quello giuridico, mettendo in evidenza come il perdono concesso arbitrariamente facesse venir meno la funzione che la pena doveva assolvere nella società e che, nella mentalità bassomedievale, era legata, pur nella varietà delle pratiche di risoluzione delle controversie, alla sua dimensione pubblica³³.

³¹ ORIGENE, *Omellie su Giosuè*, 7, 6.

³² Decr. D. 45 c. 17.

³³ CAVINA, M., «La redenzione sul patibolo. Funzioni della pena bassomedievale», in *La funzione della pena in prospettiva storica e attuale*, CALORE, A. & SCIUMÈ, A. (eds.) Milano 2013, pp. 93-124.

La pena doveva, innanzitutto, incutere timore ed assolveva, pertanto, una funzione intimidatoria (“*metus incutiatur*”)³⁴. Proprio la necessità di distogliere gli altri dal delinquere giustificava l’irrogazione di pene esemplari, costituendo, come già accennato, un’eccezione all’ordinaria prevalenza della misericordia sull’asprezza della legge³⁵. Tale eccezione, d’altra parte, trovava conforto in un passo di Claudio Saturnino inserito nel titolo *de poenis* del Digesto e richiamato anche da Giovanni Teutonico, che consentiva di esacerbare le pene per scoraggiare i delinquenti³⁶. Non mancarono, del resto, norme regie e statutarie che ribadirono espressamente la necessità di irrogare pene esemplari, soprattutto con riguardo ai crimini più gravi³⁷.

La pena doveva, poi, prevenire l’insorgere di scandali nella comunità (“*scandalum auferatur*”): tale espressione è da intendersi nel duplice senso di evitare, da un lato, che l’impunità del delinquente si trasformasse in un cattivo esempio che, come un morbo, infettasse la parte sana della società e, dall’altro, che ingenerasse in quella stessa parte sana reazioni di indignazione e disapprovazione.

Vedremo come tale esigenza fu temperata dai canonisti con quella, opposta, di assecondare le richieste di impunità dei colpevoli provenienti, talvolta, dalla comunità e che furono ricondotte sotto la medesima nozione di scandalo.

3. LA NECESSITÀ DI EVITARE SCANDALI NELL’AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

3.1. DAL *DECRETUM* AL *LIBER EXTRA*: MISERICORDIA E SCANDALO

La necessità, in ogni tempo avvertita, che le istituzioni ottengano il consenso da parte della società indusse, pragmaticamente, la scienza giuridica canonistica a

³⁴ Gl. *ut ceteri* a Decr. D. 45 c. 17.

³⁵ Gl. *miscenda est* ad Decr. Dist. 45 c. 9 (cfr. *supra* § 2).

³⁶ Dig. 48.19.16. Sul lavoro esegetico dei giuristi dell’età di diritto comune sui *libri terribiles* del Digesto, cfr. MASSETTO, G.P., «I “libri terribiles” del Digesto nel diritto comune», ora in *Scritti di storia giuridica di Gian Paolo Massetto*, II, pp. 923-964 (in part. sull’analisi di tale frammento nell’ambito della riflessione sul tentativo, p. 937).

³⁷ Cfr., ad esempio, *Las Siete Partidas*, 7.31.1 (consultata nella seguente edizione: *Las Siete Partidas (El Libro del Fuero de las Leyes)*, SANCHEZ-ARCILLA BERNAL, J. (ed.), Madrid 2004, p. 979), su cui cfr. CAVINA, M., «La redenzione sul patibolo...», cit. p. 96.

riconoscere la possibilità che il giudice assecondasse la domanda di giustizia (ma quale giustizia?) proveniente dalla comunità, anche contro le risultanze processuali. Il fatto che tutte le decisioni giudiziarie fossero destinate ad essere sanzionate dall'approvazione o disapprovazione della comunità, infatti, suggeriva al giudice di seguirne, talvolta, gli orientamenti, assumendo, in definitiva, la volontà popolare come criterio determinante per la decisione del processo (altro problema è quello relativo al modo in cui tale volontà veniva espressa).

Occorre subito avvertire che il tema dell'apprezzamento popolare dell'amministrazione della giustizia fu declinato, nel diritto canonico medievale, con particolare riguardo all'ipotesi in cui un crimine potesse rimanere impunito, a causa delle pressioni della folla. Secondo lo 'spirito' che pervade il diritto canonico³⁸, il dibattito si incentrò soprattutto sulla concessione del perdono, attraverso il ricorso allo strumento della misericordia, e sull'incapacità del popolo di comprendere le ragioni della severità.

Che anche il rigore, al pari dell'eccessiva clemenza, potesse suscitare manifestazioni di dissenso nella comunità si desume, ad esempio, dal canone *ita plane*, fondato su un passo di sant'Agostino³⁹, che suggeriva all'autorità ecclesiastica di punire con durezza solo quando "*il dovere di mantenere la pace glielo consente*"⁴⁰: circostanza che sul finire del Duecento fu ricondotta dall'Arcidiacono all'ipotesi in cui "*non timetur scandalum*"⁴¹, proprio per indicare la necessità di evitare il turbamento della coscienza sociale provocato da decisioni troppo severe.

Fu, in effetti, la nozione di scandalo a fornire ai canonisti lo strumento giuridico per legittimare la possibilità che il popolo imponesse la sua 'decisione' al

³⁸ FEDELE, P., *Lo spirito del diritto canonico*, Padova 1962 (sul cui pensiero si veda la puntuale ricostruzione di NACCI, M., *Storia del diritto e cultura giuridica. La scienza canonistica del Novecento*, Roma 2017, pp. 29-53); HELMHOLZ, R.H., *The spirit of classical canon law*, Athens 1996; FERRARI, S., *Lo spirito dei diritti religiosi. Ebraismo, cristianesimo e islam a confronto*, Bologna 2002.

³⁹ AGOSTINO, *Contro la lettera di Parmeniano*, 2, 21.

⁴⁰ Decr. C. 23 q. 4 c. 6.

⁴¹ GUIDO DA BAISIO, *Super Decreto*, Lugduni 1558, Comm. in Decr. C. 23 q. 4 c. 6, f. 278ra.

giudice, anche se contraria alle regole legali. Come si è rilevato, la vaghezza della nozione fu abilmente sfruttata dalle gerarchie ecclesiastiche per conseguire, laddove necessario, gli effetti giuridici connessi con tale fenomeno. L'esigenza di prevenire le varie situazioni di disordine sociale, effettivo o anche solo potenziale, etichettabili come scandalose consentiva, infatti, di derogare alle norme giuridiche sia nei rapporti pubblici sia in quelli privati: a tanto giungeva la volontà politica di garantire le condizioni per la governabilità.

Fu, dunque, dall'intreccio fra due concetti peculiari del *ius Ecclesiae* – quelli di misericordia e di scandalo – che scaturirono le riflessioni più originali sul tema. I canonisti ammisero così che il giudice potesse accondiscendere al volere del popolo, anche assolvendo, sulla base del comune sentire, un colpevole, quantunque la varietà delle situazioni su cui si fondarono tali riflessioni renda talvolta difficile comprendere le dinamiche sociali effettivamente considerate dai giuristi medievali per valutare le reazioni agli interventi punitivi delle autorità.

Giovanni Teutonico riconobbe, ad esempio, talune eccezioni al generale divieto, affermato nel *Decretum*, di derogare alle norme giuridiche per rimuovere tensioni sociali (“*non est deviandum a iure communi propter tumultum popularem, nec propter sedandam discordiam*”)⁴². Il principio si fondava su un canone tratto da una lettera di Leone Magno, con la quale alcuni arcivescovi erano stati rimproverati per avere promosso dei laici alla carica episcopale “*occasione guerrae sedandae et popularis tumultus removendi*”⁴³ e trovava giustificazione in una lettera di Celestino I, inserita da Graziano tra i canoni relativi alle elezioni episcopali (“*docendus est populus non sequendus*”)⁴⁴.

⁴² Gl. *miramur* ad Decr. D. 61 c. 5.

⁴³ Decr. D. 61 c. 5.

⁴⁴ Decr. D. 62 c. 2, su cui cfr. ERDÖ, P., «I criteri per la designazione dei vescovi nel Decreto di Graziano», in *Il processo di designazione dei vescovi. Storia, legislazione, prassi. Atti del X Symposium canonistico romanistico, 24-28 aprile 1995*, ANDRÉS GUTIERREZ, D.J. (ed.), Città del Vaticano 1996, pp. 105-127 (spec. p. 111) e CONDORELLI, O., *Principio elettivo, consenso, rappresentanza. Itinerari canonistici su elezioni episcopali, provvisori papali e dottrine sulla potestà sacra da Graziano al tempo della crisi conciliare (secoli XII-XV)*, Roma 2003, p. 23. Sulla rilevanza degli scandali nelle elezioni episcopali, cfr. BIANCHI RIVA, R., «Dal consenso al dissenso...», cit.

Secondo l'apparato ordinario di Giovanni Teutonico e l'aggiornamento che ne avrebbe fatto l'Arcidiacono, deroghe al principio erano, tuttavia, ammesse "pro persona", cioè "pro miserationis intuitu personae indulgendo" o "propter personam", cioè "propter vitandum scandalum quod in persona timetur", ovvero "ex persona", cioè "propter utilitatem communem proveniente ex persona". Non erano, invece, possibili eccezioni "in persona", cioè "propter utilitatem ipsius personae tantum"⁴⁵. In definitiva, i motivi che consentivano di dispensare dal rispetto delle norme giuridiche erano riconducibili, da un lato, all'interesse particolare del singolo e, dall'altro, all'interesse generale della Chiesa al perseguimento – l'uno mediante l'altra – del fine spirituale della salvezza. Proprio il concetto di *publica utilitas*, che trovava fondamento "sul forte senso della comunità e della sua coesione"⁴⁶ e che fu, in altri contesti, richiamato dalla scienza giuridica canonistica anche con riguardo alla necessità di prevenire scandali⁴⁷, evidenziava la possibilità di discostarsi dal diritto, per scongiurare manifestazioni sociali di dissenso.

Tra i decretalisti, il dibattito prese le mosse da una decretale di Lucio III, inviata all'arcivescovo di Tours. Il pontefice aveva proibito di promuovere alcuni chierici agli ordini maggiori in assenza dell'approvazione dei prelati, poiché ciò avrebbe suscitato scandalo nelle gerarchie ecclesiastiche⁴⁸. In proposito, l'apparato ordinario al *Liber Extra* chiarì che il rigore delle sentenze ecclesiastiche poteva essere attenuato per evitare contestazioni, che avrebbero anche potuto provocare

⁴⁵ Gl. *persona* ad Decr. Dist. 61 c. 5 ("quandoque receditur a iure propter personam ... Item propter scandalum quod timetur in persona ... Similiter, pro miseratione personae ... Sed dic ... quod personae favore nno receditur a iure, sed propter utilitatem proveniente ex persona"); GUIDO DA BAISSIO, Comm. in Decr. Dist. 61 c. 5, f. 75ra, n. 10.

⁴⁶ Sul concetto di *publica utilitas* come "veicolo di soluzioni squisitamente politiche o come scudo teorico di una largamente intesa ragion di stato", cfr. SBRICCOLI, M., *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale*, Milano 1969, pp. 443-458.

⁴⁷ SINIBALDO FIESCHI, *Super libros quinque Decretalium*, Francofurti ad Moenum 1570 (rist. anast. Frankfurt am Main 1968), Comm. in X 1.9.10, f. 93ra, n. 4.

⁴⁸ X 1.11.5.

disordini (“*propter vitando scandalo, saepe cessat rigor ecclesiasticae sententiae*”)⁴⁹.

Da allora, la scienza giuridica canonistica fu concorde nel ritenere che la disapprovazione sociale nei confronti di una decisione, considerata eccessivamente severa, potesse indurre il giudice ad adottare un atteggiamento più benevolo, ammettendo che “*pro vitando scandalo, rigor iustitiae omittitur*”⁵⁰.

Quantunque necessitata da un imminente pericolo, la decisione del giudice non poteva, tuttavia, costituire fonte di peccato⁵¹: occorreva, pertanto, tollerare il rischio di situazioni di discordia, laddove la loro rimozione determinasse conseguenze ritenute più pericolose⁵². Proprio su tale punto, come si vedrà, si incentrò il dibattito relativo al temperamento fra mantenimento del consenso, a cui aspirano tutti i pubblici poteri, e ricerca della verità, a cui ogni processo tende⁵³.

3.2 L'UNIVERSITAS DELINQUENS

A suscitare particolare interesse fra decretisti e decretalisti fu il caso in cui il crimine fosse stato commesso da una moltitudine di persone⁵⁴: si pensò, soprattutto, a fenomeni ‘ad alta densità politica’, come i tumulti e le insurrezioni, per i quali il bilanciamento tra la necessità di reprimere forme di ribellione nei confronti delle autorità e quella di evitare reazioni sociali di opposizione, altrettanto pericolose per la governabilità, appariva particolarmente delicato. Si ritenne che, quando il crimine

⁴⁹ Gl. *scandalo* ad X 1.11.5.

⁵⁰ SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 1.11.5, f. 98va, n. 3.

⁵¹ Gl. *scandalo* ad X 1.11.5 (“*sed malum perpetrari non debet*”); SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 1.11.5, f. 98va, n. 3 (“*sed peccatum non perpetratur*”); NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *Prima interpretationum in primum Decretalium librum pars*, Lugduni 1547, Comm. in X 1.11.5 (“*pro vitando scandalo aliquid quod omitti potest vel fieri sine peccato mittendum vel faciendum est. Sed pro vitando scandalo quod omitti non potest absque peccato vel fieri omitti vel fieri non debet*”).

⁵² Gl. *distinguendum* ad X 1.9.10.

⁵³ Cfr. *infra* § 3.2.

⁵⁴ Gl. *multitudo* ad X 1.11.2. Cfr. inoltre RAIMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio*, Romae 1603 (rist. anast. Farnborough 1967), p. 355 (“*si multitudo est in scelere, vel etiam pauci, potentes tamen, quos magna sequitur multitudo*”).

fosse stato commesso dall'intera comunità, o da gran parte di essa, il *rigor iuris* dovesse essere attenuato⁵⁵.

Il *Decretum* di Graziano raccoglieva, in proposito, vari testi del periodo tardoantico.

Il canone *quoties*, tratto da una lettera di papa Innocenzo I al vescovo di Macedonia, rilevava come i peccati commessi da un gran numero di persone solessero rimanere impuniti⁵⁶. Come chiarì Giovanni Teutonico, ciò che giustificava il perdono era la necessità di prevenire l'insorgere nella comunità di situazioni di disgregazione e discordia (*"propter multitudinem, delictum saepe inultum remittitur propter scandalum quod timetur et Dei iudicio relinquitur"*)⁵⁷.

Quanto agli scritti patristici, il canone *commessiones*, tratto da una lettera di sant'Agostino⁵⁸, suggeriva di combattere le gozzoviglie e le ubriachezze a cui il popolo si dedicava quotidianamente *"non con l'asprezza...non con la durezza..., poiché con la moltitudine bisogna agire così, la severità invece deve essere usata per i peccati di pochi"*. Anche secondo tale canone, dunque, il gran numero di soggetti implicati nel delitto comportava un'attenuazione della severità⁵⁹.

Analogamente, il canone *non potest*, fondato su un'altra opera di sant'Agostino⁶⁰, invocava la misericordia divina *"quando il contagio del peccato si impadronisce della folla"*⁶¹, determinando, come chiariva la glossa, la rinuncia alla

⁵⁵ QUAGLIONI, D., «Universi consentire non possunt. La punibilità dei corpi nella dottrina del diritto comune», in *Suppliche e "gravamina". Politica, amministrazione, giustizia in Europa (secoli XIV-XVIII)*, NUBOLA, C. & WÜRGLER, A. (eds.); Bologna 2002, pp. 409-425; DE BENEDICTIS, A., *Tumulti. Moltitudini ribelli in età moderna*, Bologna 2013. Sull'ammissibilità della responsabilità penale delle *universitates* nella scienza giuridica civilistica e canonistica fra XII e XIII secolo, cfr. CHIODI, G., «"Delinquere ut universi"». Scienza giuridica e responsabilità penale delle *universitates* tra XII e XIII secolo», in *Studi di storia del diritto*, III, Milano 2001, pp. 91-199.

⁵⁶ Decr. C. 1 q. 7 c. 14.

⁵⁷ Gl. *quoties* ad Decr. C. 1 q. 7 c. 14.

⁵⁸ AGOSTINO, *Lettere*, 22, 5.

⁵⁹ Decr. Dist. 44 c. 1. Gl. *cum multitudinem* ad Decr. Dist. 44 c. 1 (*"propter multitudinem detrahitur severitati"*)

⁶⁰ AGOSTINO, *Contro la lettera di Parmeniano*, 3.

⁶¹ C. 23 q. 4 c. 32

punizione (“*ratione multitudinis non exercetur vindicta*”)⁶². Nel *dictum* a tale canone, Graziano avvertì peraltro che il perdono non comportava l’impunità dei colpevoli, ma mirava piuttosto alla loro correzione⁶³.

Per tale ragione, non erano risparmiati dalla sanzione coloro che giustificavano caparbiamente la commissione del reato (“*eis non parcat, cum ex auctoritate volunt illud defendere*”)⁶⁴: proprio tale principio consentì a Giovanni Teutonico di conciliare i passi che ammettevano il perdono della moltitudine e quelli che, viceversa, sembravano escluderlo⁶⁵.

Non si può sottacere, peraltro, che, come chiari Bartolomeo da Brescia nelle aggiunte alla glossa ordinaria al *Decretum*, la necessità di evitare scandali nella società giustificava non solo l’adozione di politiche di clemenza nei confronti di masse indistinte di persone, ma anche di provvedimenti di ‘grazia’ individuali (“*quandoque, et cum paucitate mitius agendum est, cum timetur scandalum*”)⁶⁶. L’esigenza politica di contenere manifestazioni sociali di resistenza o protesta in grado di minacciare la stabilità istituzionale consentiva, infatti, di indulgere il perdono, indipendentemente dal numero dei soggetti coinvolti, come del resto confermato dal canone *cum quisque*. I crimini manifesti dovevano, infatti, essere severamente puniti, solo se non sussistesse un “*periculum scismatis*”: locuzione che nella glossa fu poi accostata al termine *scandalum*⁶⁷.

Per i decretalisti, lo spunto per discutere se il giudice potesse ‘piegarsi’ alla domanda di clemenza proveniente dalla comunità fu offerto da una decretale di Alessandro III rivolta al vescovo di Hereford, con la quale il pontefice aveva ammesso la validità di un’antica consuetudine *contra legem* praticata da un gran

⁶² Gl. *multitudinem* ad Decr. C. 23 q. 4 c. 32.

⁶³ GRAZIANO, *dictum post* Decr. C. 23 q. 4 c. 32.

⁶⁴ Gl. *propter multitudinem* ad Decr. C. 1 q. 7 c. 14. Cfr. anche gl. *cum multitudine* ad Decr. Dist. 44 c. 1 (“*Ubi ergo aliquid male sit et quasi ex auctoritate defenditur, tunc non debet dormire severitas. Quando vero non defenditur, tunc dissimulari potest propter scandalum*”)

⁶⁵ Decr. C. 25 q. 2 c. 25.

⁶⁶ Gl. *cum multitudine* ad Decr. Dist. 44 c. 1.

⁶⁷ Gl. *ubi periculum* ad Decr. C. 23 q. 4 c. 19.

numero di persone⁶⁸. Sulle orme dei decretisti, Bernardo da Parma ribadì che il coinvolgimento di una moltitudine di persone nella commissione di un reato comportava la loro impunità, secondo l'adagio "*ob populum multum crimen pertransit inultum*"⁶⁹. Era, dunque, la pressione della folla ad indurre il giudice a concedere una *dispensatio* ("*multitudo dispensationem inducit*"): termine che in molti testi fu usato come sinonimo di *misericordia*⁷⁰.

La rinuncia all'inflizione della pena, mediante la deroga alle regole giuridiche, si giustificava, come chiariva la glossa al *Liber Extra*, con la necessità di evitare che scoppiassero scandali nella comunità ("*propter scandalum aliquid omittitur impunitum, cum alias non esset omittendum*")⁷¹.

Restava, tuttavia, ferma la punibilità di coloro che avevano promosso la commissione del crimine ("*in multitidine tamen illis non parcitur, quos magis causam delicti esse contiterit*")⁷², secondo quanto stabilito dallo stesso Alessandro III in una decretale indirizzata all'arcivescovo di Toledo: richiesto su quale punizione infliggere a un gran numero di presbiteri, che, pur essendo stati scomunicati, avevano continuato ad esercitare il loro ministero, il pontefice aveva stabilito che se il numero dei 'disobbedienti' fosse stato inferiore a quaranta, essi avrebbero dovuto essere rimossi definitivamente dall'ufficio; se, viceversa, "*multitudinem magnam in hoc peccasse cognoveris*", l'arcivescovo avrebbe dovuto punire unicamente coloro che avevano istigato alla trasgressione, disponendo per gli altri solo una sospensione temporanea dall'ufficio⁷³. Qui il problema dello scandalo sembrerebbe esaurirsi all'interno delle gerarchie ecclesiastiche. Tuttavia, occorrerebbe ricostruire le vicende sottese a questo caso, così come agli altri che

⁶⁸ X 1.11.2.

⁶⁹ Gl. *multitudo* ad X 1.11.2.

⁷⁰ Gl. *multitudo* ad X 1.11.2.

⁷¹ Gl. *multitudo* ad X 1.11.2.

⁷² Gl. *multitudo* ad X 1.11.2. Cfr. anche ENRICO DA SUSA, *In Primum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 4 ("*Item puniat capita principalia, idest illos, qui sunt principes, seu principales delicti et trahunt alios ad peccandum*"); SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 1.11.2, f. 97rb.

⁷³ X 5.27.4.

diedero occasione ai decretalisti di riflettere sul tema (si pensi, in particolare, alla decretale *ad aures* di Lucio III⁷⁴), per valutare se, ad esempio, la punizione dei ministri di culto avesse avuto ricadute sulle comunità dei fedeli guidate dagli stessi, provocando ulteriori reazioni da parte della società.

Concordava sull'opportunità di abdicare dall'esercizio della potestà punitiva in presenza di numerosi delinquenti anche il cardinale Ostiense ("*multitudo hominum delinquentium dispensationem inducit*")⁷⁵, che, pur riconoscendo in generale l'interesse pubblico alla repressione dei crimini ("*delicta non omnino transire inulta publice interest*"), ammetteva che "*si de facto non semper possint puniri, sicut ius praecipit, propter multitudinem dispensari oportet quandoque*"⁷⁶. Anche per l'Ostiense, dunque, la rinuncia era giustificata, non solo dall'impossibilità di punire indistintamente tutti i soggetti coinvolti ("*ubi multorum strages iacet, saeveritati est aliquid detrahendum*"), ma anche dall'esigenza delle autorità pubbliche deputate all'amministrazione della giustizia di non perdere il supporto della comunità, pronunciando sentenze destinate a non essere 'accettate' ("*quia imminet scandalum*")⁷⁷. Anche in questo caso, tuttavia, appare arduo, in assenza di ulteriori precisazioni, ricostruire le dinamiche interne alla società e stabilire, ad esempio, se e come le istituzioni potessero tenere conto anche delle istanze provenienti da quella parte della comunità che non aveva preso parte al fatto criminoso e che, probabilmente, dissentiva dalla scelta di impunità dei responsabili.

Il giudice doveva tenere conto dell'impatto sociale che la sanzione avrebbe determinato ed eventualmente tollerare situazioni contrarie al diritto per evitare, con la propria sentenza, di provocare danni maggiori nella comunità, secondo quanto prevedeva l'istituto della *dissimulatio*⁷⁸: termine che, infatti, ricorre nelle riflessioni

⁷⁴ Cfr. *supra* § 3.

⁷⁵ ENRICO DA SUSA, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 1.

⁷⁶ ENRICO DA SUSA, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 2.

⁷⁷ ENRICO DA SUSA, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 3.

⁷⁸ LEFEBVRE, C., «Dissimulation», in *Dictionnaire de droit canonique*, vol. 4, Paris 1949, coll. 1296-1307; OLIVERO, G., *Dissimulatio e tolerantia nell'ordinamento canonico*, Milano 1953; CARON, P.G., «Tolleranza e dissimulazione (diritto canonico)», in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLIV, Milano,

dei giuristi alle prese con questo caso sin dalla glossa al *Decretum*⁷⁹. La dissimulazione poteva, tuttavia, avere luogo solo se i delinquenti non avessero perseverato nella giustificazione delle proprie azioni, secondo quanto aveva già evidenziato la glossa ordinaria al *Decretum*, “*alioquin rigide procedat sine misericordia*”⁸⁰.

3.3 SCANDALI GIUDIZIARI E RICERCA DELLA VERITÀ

La necessità politica di ottenere il consenso popolare all'amministrazione della giustizia, che consentiva al giudice di decidere non sulla base di quanto il diritto prescriveva, ma di quanto l'opinione pubblica si attendeva, fu ritenuta meritevole di considerazione solo se la sentenza non si fosse posta in aperto contrasto con la verità, il cui accertamento costituisce il fine istituzionale di ogni processo⁸¹.

La questione, che si risolveva nel bilanciamento fra la rinuncia alla ricerca della verità, necessario presupposto per la realizzazione della giustizia, e il contenimento di manifestazioni sociali di protesta, pericolose per le autorità pubbliche, dimostrava come la disciplina dello scandalo non potesse essere ridotta ad una mera questione di ordine pubblico, dovendo necessariamente misurarsi con il rispetto di valori ultraterreni⁸².

1992, pp. 714-720; DIENI, E., *Finzioni canoniche. Dinamiche del “come se” tra diritto sacro e diritto profano*, Milano 2004.

⁷⁹ Gl. *cum multitudine* a Decr. Dist. 44 c. 1 (“*tunc dissimulari potest propter scandalum*”); RAIMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio...*, cit. p. 355; ENRICO DA SUSÀ, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 4.

⁸⁰ ENRICO DA SUSÀ, Comm. in X 1.11.2, f. 98va, n. 4. Cfr. anche RAIMONDO DI PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonio...*, cit. p. 355 (“*Ad hoc dicas quod si illi recognoscunt se peccare in hoc, de quo reprehenduntur ... potest et debet dissimulari ... Si vero peccatum quod faciunt, auctoritate defendunt, quasi non sit peccatum, tunc non debet circa tales dormire severitas disciplinae*”)

⁸¹ Gl. *multitudo* ad X 1.11.2 (“*...quod fieri potest si veritas non offenditur*”).

⁸² Su tale profilo, cfr. LEVELEUX-TEIXEIRA, C., «Le droit canonique médiéval...», cit.

Sul punto, i canonisti si appoggiarono a un passo, tratto dalle *Omellie* del venerabile Beda⁸³ e fondato a sua volta sull'opera di Gregorio Magno⁸⁴, che sanciva la prevalenza del rispetto della verità sul contenimento degli scandali (“*Utilius scandalum nasci permittitur, quam veritas relinquatur*”). Il frammento fu inserito nella *Compilatio prima*⁸⁵ e, di lì, passò nelle *Decretales* di Gregorio IX nel titolo de *regulis iuris*.

La regola stabiliva, dunque, che la necessità di evitare reazioni collettive di turbamento e indignazione non avrebbe giustificato l'occultamento della verità (“*Propter scandalum evitandum veritas non est omittenda*”)⁸⁶ e si fondava sulla considerazione che l'esigenza di prevenire la diffusione di scandali non poteva spingersi sino a consentire apertamente la commissione del peccato⁸⁷.

Per bilanciare i differenti interessi in gioco, la dottrina canonistica adottò la tripartizione fra la verità della vita, la verità della dottrina (o della disciplina) e la verità della giustizia, che si sviluppò in ambito teologico alla fine del XII secolo, proprio con riferimento al tema dello scandalo.

Mentre la verità della vita, che coincide con la verità in senso oggettivo, riguarda tutti, quelle della dottrina e della giustizia hanno, come è stato rilevato, valore funzionale⁸⁸, in quanto si riferiscono solo all'attività dei sacerdoti e dei giudici. Come avrebbe chiarito Tommaso d'Aquino nella sua *Summa theologiae*, la verità della vita è quella “*per la quale noi viviamo rettamente*”, adeguandoci alla legge divina; la verità della dottrina è quella “*per la quale parliamo e insegniamo*

⁸³ BEDA IL VENERABILE, *Homiliae*, 67.

⁸⁴ GREGORIO MAGNO, *Homiliae in Ezechielem*, 7, 5.

⁸⁵ Comp. I 5.37.9

⁸⁶ X 5.41.3

⁸⁷ Gl. *qui scandalizaverit* ad X 5.41.3; NICCOLÒ DEI TEDESCHI, *In quartum et quintum Decretalium librum interpretationes*, Lugduni 1547, Comm. in X 5.41.3, f. 245vb, n. 1 (“*Non enim propter scandalum debet homo peccare mortaliter*”). Cfr. *supra* § 3.

⁸⁸ LEVELEUX-TEIXEIRA, C., «Droit et vérité. Le point de vue de la doctrine médiévale (XIIe-XVe siècle) ou la vérité entre opinion et fiction», in *Le Vrai et le Faux au Moyen Âge. Actes du colloque du Centre d'Études Médiévales et Dialectales de Lille 3, Université Charles-de-Gaulle, Lille 3, 18, 19, 20 septembre 2003*, GACHER, É. (ed.), Lille, Université de Charles-de-Gaulle, 2005, pp. 333-349 (in part. p. 337-338).

senza errore”; la verità della giustizia è, secondo la nota definizione ulpiana, quella “per la quale diamo a ciascuno quello che gli è dovuto”, applicando le regole legali⁸⁹.

Nella dialettica fra verità della vita e verità della giustizia, sottesa alle teorie elaborate dai canonisti in relazione alla *triplex veritas*, si agitavano l'irrinunciabile tensione del processo verso la verità assoluta, corrispondente alla realtà dei fatti, e, al tempo stesso, la consapevole accettazione di una verità giudiziaria, risultante dalle regole del processo: questioni che, quantunque rimaste sullo sfondo di tale dibattito, si rifrangevano, a loro volta, nelle molteplici problematiche connesse con i doveri e/o poteri del giudice medievale⁹⁰, diviso tra il rispetto della *conscientia humana*, tesa al conseguimento della suprema giustizia, e della *conscientia iudicialis*, volta al rispetto della legge⁹¹.

Secondo i teologi, ciascuna delle tre verità era irrinunciabile, con la conseguenza che il giudice era tenuto a *facere iustitiam* anche quando la sua sentenza risultasse sgradita alla comunità⁹². Come evidenziò Raimondo da Peñafort – che ritenne che solo la verità della disciplina potesse essere omessa se dalla sua divulgazione fossero sorti scandali – la verità della giustizia non riguardava solo il giudice, ma si estendeva anche ai testimoni, ai quali non era permesso rendere dichiarazioni false, per evitare di provocare scandali⁹³.

⁸⁹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa theologiae*, IIa IIae q. 109 art. 3.

⁹⁰ CARBASSE, J.-M., «Le juge entre la loi et la justice: approches médiévales», in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne*, CARBASSE J.-M., DEPAMBOUR-TARRIDE, L. (ed.), Paris, Presses Universitaires de France, 1999, pp. 67-94; PADOA SCHIOPPA, A., «La coscienza del giudice», ora in ID., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 251-292.

⁹¹ MAYALI, L., «Entre idéal de justice et faiblesse humaine, le juge prévaricateur en droit savant», in *Justice et justiciables. Mélanges Henri Vidal*, Montpellier 1994, pp. 91-103 (in part. p. 101). Per un analogo dilemma con riguardo alla figura professionale dell'avvocato, cfr. BIANCHI RIVA, R., *L'avvocato non difenda cause ingiuste...*, cit.; EAD., *La coscienza dell'avvocato. La deontologia forense fra diritto e etica in età moderna*, Milano 2015.

⁹² PIERRE LE CHANTRE, *Summa de sacramentis et animae consiliis*, DUGAUQUIER, J.-A. (ed.), Louvain 1954, p. 376. Sul dibattito teologico relativo alla *triplex veritas*, cfr. BRYAN, L., “*Vae Mundo a Scandalis*”. *The Sin of Scandal in Medieval England* (Ph.D. University of Toronto, 1998)

⁹³ RAIMONDO DA PEÑAFORT, *Summa de poenitentia et matrimonium...*, cit. p. 354 (“*Pro vita, quia pro nullo scandalo debet quis mortaliter peccare. Doctrina, quia doctor, vel praedicator non debet falsum docer, vel praedicare pro aliquo scandalo; tacere tamen potest et debet, si omnes obstinati*

La teoria della *triplex veritas* fu accolta nell'apparato ordinario al *Decretum* da Giovanni Teutonico, per il quale solo l'insegnamento della corretta dottrina della fede poteva essere omessa, in ragione di un possibile scandalo. La giustizia, invece, prevaleva sempre sull'esigenza di contenere forme di protesta popolare⁹⁴.

La tesi fu ribadita, nelle aggiunte all'apparato al *Decretum*, da Bartolomeo da Brescia, che escluse che il giudice potesse rinunciare a rendere giustizia per evitare che la sua decisione fosse contestata dall'opinione pubblica, ammettendo, al più, la mitigazione della pena⁹⁵.

Diversa fu la soluzione proposta dalla glossa ordinaria al *Liber Extra*.

Mentre la glossa alla decretale *nisi cum pridem* continuò ad equiparare verità della vita e verità della giustizia quanto alla disciplina degli scandali⁹⁶, la glossa alla *regula qui scandalizaverit*, tratta dalla glossa alla *Compilatio prima* di Lorenzo Spano, consentì al giudice di rinunciare alla ricerca della verità nel processo (così come al sacerdote di rinunciare alla ricerca della verità nell'insegnamento) qualora fosse necessario per evitare o sedare manifestazioni di protesta all'interno della società⁹⁷, secondo il distico "*Est verum vitae, doctrinae, iustitiaeque. Primum semper habe, duo propter scandala linque*"⁹⁸.

Occorre, peraltro, osservare che Bernardo da Parma distinse fra norme inderogabili, che il giudice avrebbe sempre dovuto applicare, anche se, dalla loro applicazione, fosse derivata una decisione scandalosa ("*Ius commune quandoque indispensabile est ... tale ius pro nullo scandalo relaxandum est*") e derogabili, che

sunt ita, quod deteriores efficiuntur doctrina ... Iustitia, quia nec iudex falsam sententiam, nec testis falum testimonium debet ferre pro aliquo scandalo").

⁹⁴ Gl. *ubi periculum* ad Decr. C. 23 q. 4 c. 19 ("*Sed hic loquitur de veritate disciplinae, quae potest quandoque deferri pro scandalo. Ibi de veritate iudicii, quae semper praevalet scandalo*").

⁹⁵ Gl. *cum multitudine* ad Decr. Dist. 44 c. 1 ("*Sed propter scandalum numquam debet deferri veritas ipsa ... sed severitas poenarum potest deferri*").

⁹⁶ Gl. *distinguendum* ad X 1.9.10.

⁹⁷ Gl. *veritas* ad X 5.41.3 ("*quae triplex est, scilicet bonae vitae: hac numquam omittenda est propter scandalum et ad quemlibet pertinet. Alia iustitiae: haec ad iudicem pertinet. Alia disciplinae: haec pertinet ad Praelatum. In his duabus quandoque aliqua omittuntur propter scandalum*"). Cfr. NEMO-PEKELMAN, C., «Scandale et vérité...», cit. pp. 10-11.

⁹⁸ Gl. *veritas* ad X 5.41.3. Cfr. anche gl. *multitudo* ad X 1.11.2.

avrebbero invece potuto essere disattese (“*sed quando ius commune dispensabile est propter scandalum receditur a iure communi*”)⁹⁹.

Mentre papa Innocenzo IV seguì la tesi esposta nella glossa alla decretale *nisi cum pridem*, negando la possibilità di rinunciare a *facere iustitiam* solo per evitare manifestazioni di disapprovazione¹⁰⁰, il cardinale Ostiense aderì a quella espressa nella glossa alla *regula qui scandalizaverit*, chiarendo, peraltro, che la giustizia, pur potendo essere disattesa, non poteva mai essere apertamente sovvertita¹⁰¹. Era, in ogni caso, ammessa la possibilità di assecondare le istanze provenienti dalla società, eventualmente anche contro le risultanze processuali, in singolare consonanza con la sua teoria della motivazione della sentenza¹⁰².

Quantunque la tesi di Enrico da Susa sul rapporto tra verità e scandalo fosse sempre contrapposta a quella di Sinibaldo Fieschi dalla scienza canonistica successiva, l'Ostiense utilizzò la distinzione elaborata da Innocenzo IV fra giustizia naturale e giustizia positiva per proibire al giudice di derogare alle norme di diritto naturale¹⁰³: il pontefice, infatti, negò che “*propter scandalum dimittatur veritas iustitiae naturalis*”, mentre ammise che si derogasse solo “*in his, quae sunt de iustitia positiva, nam in his ex iusta causa ille, qui legem, vel canonem condidit propter scandalum, vel aliam causam contrarium mandare potest et etiam in certis casibus contrarium statuitur*”¹⁰⁴.

⁹⁹ Gl. *veritas* ad X 5.41.3. Cfr. in proposito NEMO-PEKELMAN, C., «Scandale et vérité...», cit. p. 13.

¹⁰⁰ SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 1.9.10, f. 93ra, n. 6.

¹⁰¹ ENRICO DA SUSÀ, Comm. in X 1.9.10, f. 92va, n. 66 (“*si veritas vitae nulla sit ratione dimittenda vel differenda, puto tamen quod alia duplex scilicet doctrinae et iustitiae aliquando ex causa sit dissimulanda, vel etiam differenda, numquam tamen pervertenda*”).

¹⁰² ENRICO DA SUSÀ, *In Secundum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581, Comm. in X 2.27.16, f. 162va, n. 4. PADOA SCHIOPPA, A., *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, *I glossatori civilisti*, Milano 1970; MANCUSO, F., *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio della motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano 1999.

¹⁰³ ENRICO DA SUSÀ, Comm. in X 1.9.10, f. 91rb, n. 25. Cfr. in proposito NEMO-PEKELMAN, C., «Scandale et vérité...», cit. p. 13. CORTESE, E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, vol. I, Milano 1962 (in part. pp. 37-141).

¹⁰⁴ SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 1.9.10, f. 93ra, n. 4. Cfr. inoltre GIOVANNI D'ANDREA, *In primum Decretalium librum novella commentaria*, Venetiis 1581, Comm. in X 1.9.10, f. 149va, n. 48.

L'intima connessione tra il fenomeno dello scandalo e quello della consuetudine, in ragione del comune fondamento sociale della loro rilevanza giuridica, su cui si è già avuto modo di soffermarsi in altra sede¹⁰⁵, avrebbe peraltro indotto Giovanni d'Andrea a precisare, nella prima metà del Trecento, che solo il diritto positivo poteva essere derogato da una consuetudine contraria¹⁰⁶.

4. IL DIBATTITO DEI CIVILISTI SUL RAPPORTO TRA GIUSTIZIA E OPINIONE PUBBLICA

Il dibattito relativo al rapporto tra giudice e popolo non poteva non interessare i civilisti, che, nelle loro riflessioni, privilegiarono il caso – opposto a quello esaminato dai canonisti – in cui il popolo esprimesse un giudizio colpevolista e il giudice si conformasse al suo volere.

La folla poteva esprimere una indignazione e una preoccupazione tali da costringere il giudice a mandare a morte un innocente (altra questione, come è stato acutamente rilevato, è da chi fosse composta la folla, come si formasse, sulla base di quali informazioni e, soprattutto, se potesse essere manovrata¹⁰⁷): caso che trova la sua rappresentazione immaginifica più evidente nel *crucifige!* del processo a Gesù, considerato infatti come emblematico anche dai giuristi di diritto comune.

Occorre, peraltro, rilevare che tali suggestioni non furono del tutto assenti nemmeno nella riflessione canonistica.

Basterà ricordare, in proposito, una decisione del 1200 di Innocenzo III, per il quale, come si è già avuto modo di rilevare in altra sede, la ricerca del consenso rappresentò una costante del suo pontificato¹⁰⁸. Con una decretale inviata al vescovo di Metz, il pontefice dispensò dalla rimozione dall'ufficio un presbitero che aveva accidentalmente commesso omicidio, salvo che ciò avesse provocato un "*grave*

¹⁰⁵ BIANCHI RIVA, R., «Innocenzo III tra diritto e società...», cit. in part. pp. 256-258.

¹⁰⁶ GIOVANNI D'ANDREA, Comm. in X 1.9.10, f. 149va, n. 48.

¹⁰⁷ ZAGREBELSKY, *Il "crucifige!"*..., cit. pp. 82-97.

¹⁰⁸ BIANCHI RIVA, R., «Innocenzo III tra diritto e società...», cit. in part. pp. 254-256.

scandalum” nella comunità¹⁰⁹: l’opposizione della società avrebbe potuto, dunque, giustificare l’imposizione della sanzione, anche contro gli ordinari criteri della responsabilità penale.

Tale decretale fornì alla dottrina canonistica successiva lo spunto per affermare non solo che le voci circolanti in una comunità bastavano a provocare l’*irregularitas* del chierico, ossia l’incapacità di esercitare le prerogative relative al suo ufficio, ma anche, per estensione, che un innocente poteva essere punito per sedare una manifestazione di protesta¹¹⁰, in considerazione, ad esempio, degli interessi delle vittime coinvolte¹¹¹.

D’altra parte, come avrebbe rilevato tra la fine del XIV e l’inizio del XV secolo Antonio da Budrio, nel commento ad un’altra decretale innocenziana – nella quale un chierico che aveva colpito a morte un ladro era punito come omicida, anche se erano intervenute altre cause (nella fattispecie, l’intromissione dei parrocchiani) e non era possibile stabilire quale avesse provocato l’evento letale¹¹² –, lo scoppio di uno scandalo determinava l’*irregularitas* del chierico, persino se il delitto non fosse stato commesso: lo sdegno della comunità, fondato anche solo sulle voci relative alla commissione di un crimine, era di per sé sufficiente a determinare la sanzione in capo al chierico¹¹³.

Il tema fu, tuttavia, sviluppato dai civilisti, per i quali il giudice era senza dubbio tenuto ad ‘ascoltare’ le legittime richieste di giustizia provenienti dalla

¹⁰⁹ X 5.12.14. Sulla distinzione tra omicidio volontario e omicidio casuale, cfr. DESCAMPS, O., «Quelques remarques sur la distinction entre homicide volontaire et homicide involontaire en droit canonique médiéval», in *Der einfluss der kanonistik...*, cit. pp. 107-134.

¹¹⁰ Gl. *grave scandalum* ad X 5.12.14 (“*solum scandalum reddit hominem irregularem sive punitur innocens propter scandalum*”).

¹¹¹ ENRICO DA SUSA, In *Quintum Decretalium librum Commentaria*, Venetiis 1581, Comm. in X 5.12.14, f. 47va, n. 2 (“*Non sufficit ergo quodlibet scandalum sed requiritur quod sit grave forsan puer erat de magno genere et habebat multos parentes qui omnes erant contra presbiterum concitati communiter*”).

¹¹² X 5.12.18.

¹¹³ ANTONIO DA BUDRIO, *Super quinto Decretalium*, Lugduni 1532, Comm. in X 5. 12. 18, f. 52va, n. 6 (“*Nota quod solum scandalum delicti commissi, etiam dato quod in veritatem delictum commissum non sit, causat irregularitatem*”).

società: lo riconobbe espressamente Alberico da Rosciate, che rilevò che quando la folla insisteva per la punizione di un colpevole (risultato tale all'esito del processo), il giudice avrebbe dovuto condannarlo (“*quando sunt iuste clamationes audiri debent*”)¹¹⁴.

Maggiori dubbi sorgevano sulla possibilità di condannare colui che il giudice riteneva innocente e che il popolo voleva, invece, colpevole: questione che, come già accennato, non può essere disgiunta da quella relativa alla ‘coscienza del giudice’ e al dovere di giudicare *secundum allegata et probata*¹¹⁵. Non è, forse, casuale che il dibattito fosse divampato tra i giuristi del *ius commune* nel XIV secolo, proprio quando il definitivo affermarsi del rito inquisitorio ampliò i poteri discrezionali del giudice, in connessione con il pieno riconoscimento delle esigenze repressive mediante il ricorso al criterio della *publica utilitas*¹¹⁶.

In proposito, una costituzione di Diocleziano e Massimiano, inserita nel titolo *de poenis* del *Codex*, escludeva la possibilità di pronunciare una sentenza contraria alle regole legali solo per accontentare il popolo. Di fronte alle proteste della folla, gli imperatori avevano, infatti, rifiutato di condannare i figli di alcuni decurioni alla pena delle belve, affermando che “*le vane voci del popolo non devono essere ascoltate, quando chiedono la condanna di un innocente o l’assoluzione di un colpevole*”¹¹⁷.

Tale costituzione consentì a Cino da Pistoia di biasimare espressamente l’esito del processo a Gesù affermando, sulla base dell’apparato ordinario al

¹¹⁴ ALBERICO DA ROSCIATE, *In Secundam Codicis partem Commentarii*, Venetiis 1585 (rist.anast. Bologna 1979), Comm. in Cod. 9.47.12, f. 209rb, n. 1.

¹¹⁵ PADOA SCHIOPPA, A., «La coscienza del giudice...», cit..

¹¹⁶ Sul principio “*rei publice interest ut crimina remaneant impunita*” negli ordinamenti giuridici di età medievale e moderna, cfr. SBRICCOLI, M., «“Vidi communiter observari”. L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII», ora in *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano 2009, tomo I, pp. 73-110. In particolare, per l’ordinamento canonico, cfr. VARALDA, C.E., «Il contributo di Innocenzo III alla formazione della cultura giuridica occidentale: in particolare in relazione al noto principio “*rei publicae interest ne crimina remaneant impunita*”», in *Vergentis* 3 (2016), pp. 144-169.

¹¹⁷ Cod. 9. 47. 12

*Codex*¹¹⁸, che “*male fecit Pilatus, qui ad vocem populi Christum crucifixit*”. Cino prendeva, peraltro, le distanze da quanti, pur non accettando la condanna a morte di Cristo, giustificavano Pilato per avere esaudito le richieste della folla, evitando che il loro mancato accoglimento degenerasse in una vera e propria ribellione¹¹⁹.

Come rilevava, d'altra parte, Baldo degli Ubaldi “*ad clamorem populi praeses non debet illicita perpetrare*”. Il giudice doveva, pertanto, attenersi alle regole del diritto, anziché dare rilevanza alle critiche dell'opinione pubblica¹²⁰: tale riflessione consentiva peraltro al giurista perugino di evidenziare la differenza fra il semplice *clamor populi*, che per la sua ‘evanescenza’ non meritava di influire sulla decisione, e la *fama*, che, in virtù della sua qualificazione, consentiva viceversa di avviare il processo¹²¹.

A instillare il dubbio che un innocente potesse essere punito per evitare di suscitare il malcontento popolare fu, tuttavia, un frammento di Modestino inserito nel titolo *Ad legem Corneliam de sicariis et veneficis* del Digesto, che affermava che i decurioni avrebbero potuto essere puniti con la pena capitale, in deroga ai privilegi loro concessi, solo dopo avere consultato il *princeps* e se non vi fosse stato altro modo per sedare un tumulto¹²².

I giuristi di diritto comune negarono, come affermava la costituzione *decurionum filii*, che la necessità di contenere manifestazioni di protesta potesse di

¹¹⁸ Gl. *audiendae* ad Cod. 9.47.12

¹¹⁹ CINO DA PISTOIA, *Super Codice et Digesto veteri lectura*, Lugduni 1547, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 388rb (“*Quidam dicunt quod male fecit, in quantum Deum crucifixit, sed quantum in se fuit, bene fecit, quia aliter tumultus populi sedari non potuit, ut dicit <Dig. 48.8.16>*”).

¹²⁰ BALDO DEGLI UBALDI, *In VI, VII, VIII et IX Codicis libros Commentaria*, Venetiis 1599, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 228ra, n. 1 (“*Ad clamorem populi praeses non debet illicita perpetrare, unde magis debet adherere legibus quam clamori populi hoc dicit*”).

¹²¹ BALDO DEGLI UBALDI, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 228ra, n. 2 (“*Ista lex facit quod clamor populi est minus quam sit fama*”). Cfr. *supra* nt. 5.

¹²² Dig. 48.8.16.

per sé giustificare la condanna di un innocente, quantunque, stando a quanto riferiva Cino da Pistoia, tale possibilità non fosse del tutto esclusa¹²³.

Sul punto si impose, tuttavia, l'autorità di Bartolo da Sassoferrato, che ribadì che il giudice non poteva condannare un innocente solo per accontentare il popolo. Al più l'esecuzione della pena avrebbe potuto essere anticipata, purché l'imputato fosse risultato effettivamente colpevole¹²⁴. In definitiva, il giustizialismo popolare, pur non potendo giustificare la condanna di un innocente, ben poteva consentire di accelerare quella di un colpevole, quantunque, secondo alcuni, la necessità di contenere manifestazioni di protesta non giustificasse né l'imposizione né l'anticipazione della pena¹²⁵.

Sebbene, come si è accennato, già ai tempi di Cino da Pistoia¹²⁶, non mancasse chi ammetteva la possibilità che il giudice condannasse un innocente sull'onda dell'impeto della folla, fu Alberico da Rosciate a sgretolare l'opinione negativa a cui sembrava aderire la maggioranza dei giuristi. Ricorrendo ai principi del diritto canonico, che grazie alla poliedrica nozione di scandalo aveva ammesso numerosi casi di deroga alle norme giuridiche, il giurista bergamasco consentì, infatti, sull'opportunità di assecondare il volere popolare, anche contro le prescrizioni legali, ogniqualvolta sussistesse l'esigenza 'politica' di ottenere l'approvazione della comunità.

Richiamando la glossa al canone *miramur*, Alberico ammise la possibilità di imporre una pena, anche se non dovuta, quando il popolo gridasse allo scandalo e fosse necessario scongiurare, se non reprimere, una rivolta (*“propter tamen*

¹²³ CINO DA PISTOIA, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 388rb (*“Et sic secundum istos, aut potest sedari tumultus aliter aut non. Si potest aliter sedari, non sunt voces populi exaudiendae, ut <Cod. 9.47.12> alias sic ut in <Dig. 48.8.16>”*).

¹²⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria in secundam digesti novi partem*, Lugduni 1550, Comm. in Dig. 48.8.16, f. 181ra (*“propter tumultus populi non occidetur ille qui non est culpabilis: ut lege contraria, sed poena potest bene accelerari. Casus est hic”*).

¹²⁵ CINO DA PISTOIA, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 388rb (*“secundum quosdam, ad poenam accelerandam delinquentibus, vel non delinquentibus imponendam, non exaudiuntur”*).

¹²⁶ CINO DA PISTOIA, Comm. in Cod. 9.47.12, f. 388rb (*“Et sic secundum istos, aut potest sedari tumultus aliter aut non. Si potest aliter sedari, non sunt voces populi exaudiendae, ut hic, alias sic ut in <Dig. 48.8.16>”*).

scandalum populi vitandum videtur imponi poena quam aliter non imponeret)¹²⁷. Attraverso l'equiparazione fra i termini 'scandalo' e 'tumulto', fu dunque attribuita rilevanza giuridica al turbamento della coscienza collettiva, tale da provocare una vera e propria sollevazione popolare.

L'opportunità di assecondare il popolo qualora non vi fossero altri modi per sedarne le proteste era, del resto, confermata, secondo Alberico, dal diritto feudale¹²⁸. La costituzione *de pace tenenda*, emanata dall'imperatore Federico nel 1152, prevedeva, infatti, che il giudice dovesse perseguire "*clamore populi*" chi aveva turbato la pace¹²⁹: profilo quest'ultimo che non sembrò, tuttavia, destare l'interesse dei giuristi che, già a partire dalla fine del XII secolo, si misurarono con la materia feudale.

Alla fine del Quattrocento, Felino Sandei avrebbe potuto così inserire fra i casi di deroga al diritto giustificati dalla necessità di evitare scandali nella società anche quello relativo alla punizione di un innocente, fondandolo sulla *lex qui caedem* del Digesto e contrapponendolo all'opinione negativa riconducibile all'autorità di Bartolo¹³⁰.

Per converso, la teoria dell'*universitas delinquens*, che la scienza giuridica canonistica aveva ampiamente argomentato con riguardo al ricorso alla *misericordia*, convinse Alberico circa l'opportunità di soprassedere alla punizione di intere

¹²⁷ ALBERICO DA ROSCIATE, *In secundam Digesti Novi partem Commentarii*, Venetiis 1585 (rist.anast. Bologna 1979), Comm. in Dig. 48.8. 16, f. 186va, n. 2.

¹²⁸ Sui *Libri feudorum* e sull'attività esegetica svolta su di essi dai giuristi medievali, cfr. MONTORZI, M., *Diritto feudale nel Basso Medioevo. Materiali di lavoro e strumenti critici per l'esegesi della glossa ordinaria ai Libri feudorum*, Torino 1991; DANUSSO, C., *Ricerche sulla 'Lectura feudorum' di Baldo degli Ubaldi*, Milano 1991; DI RENZO VILLATA, M.G., «La formazione dei "Libri feudorum"», in *Il feudalesimo nell'Alto Medioevo*, II, Spoleto 2000, pp. 651-720.

¹²⁹ *Lib. Feud.*, 27, 1. Sulla costituzione *de pace tenenda* nell'ambito dei rapporti tra città e Impero, cfr. STORTI, C., «I giuristi di fronte alla città e all'Impero», in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava appendice. Diritto*, Roma 2012, pp. 15-21.

¹³⁰ SANDEI, F., *Tertia pars commentariorum in quinque libros decretalium*, Lugduni 1549, Comm. a X 2. 26. 2, f. 32ra, n. 3 ("Octavo propter evitandum populi scandalum punitur non puniendus ... per <Dig. 48. 8. 16>. Obstat <Cod. 9. 47. 12> ubi vane voces populi non audiuntur in penis imponendis. Ideo Bartolus in dicta <Dig. 48. 8. 16> dicit quod nunquam punitur innocens propter tumultum populi sed bene acceleratur pena ante cuius impositionem debet alias scribi superiori").

comunità, quando ciò rischiasse di provocare all'interno di esse forme di opposizione o protesta¹³¹.

Non si può, d'altra parte, sottacere che, nella complessità del sistema processuale medievale, fondato sull'integrazione fra dinamiche pubblicistiche e privatistiche¹³², il timore che nella comunità scoppiassero tumulti e rivolte, in grado di compromettere la pace sociale, consentiva al giudice di imporre strumenti alternativi di risoluzione dei conflitti, come la *pax* e la *transactio*¹³³.

5. TRA TARDO MEDIOEVO ED ETÀ MODERNA: L'EREDITÀ DEL DIBATTITO DELL'ETÀ CLASSICA DEL DIRITTO CANONICO

Al chiudersi del medioevo, il dibattito relativo alla possibilità di derogare alle regole giuridiche per accontentare il popolo, che tra XII e XIII secolo aveva impegnato i maggiori canonisti, si era ormai esaurito.

I risultati a cui la scienza giuridica canonistica era pervenuta continuarono ad essere ribaditi, anche se ormai in maniera tralattizia, sino ai commentari tardo quattrocenteschi¹³⁴, nei quali sembra prevalere l'opinione secondo cui il giudice non poteva rinunciare alla verità, ricostruita nel processo, anche se scandalosa: il che dimostra come il ruolo giocato dalle comunità nel quadro istituzionale fosse ormai irrimediabilmente mutato.

¹³¹ ALBERICO DA ROSCIATE, Comm. in Dig. 48.8. 16, f. 186va, n. 3.

¹³² SBRICCOLI, M., «Giustizia negoziata, giustizia egemonica. Riflessioni su una nuova fase di studi della storia della giustizia criminale», ora in *Storia del diritto penale...*, cit. tomo II, pp. 1223-1246.

¹³³ ALBERICO DA ROSCIATE, *In primam Codicis partem Commentarii*, Venetiis 1586 (rist. anast. Bologna 1979), Comm. in Cod. 2.4.18, f. 84vb, n. 13, su cui cfr. MECCARELLI, M., «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*, CHIFFOLEAU, J., GAUVARD, C. & ZORZI, A. (eds.), Rome 2007), pp. 573-594. Sulle forme private di risoluzione dei conflitti, cfr. PADOA SCHIOPPA, A., «Delitto e pace privata», ora in ID., *Italia ed Europa...*, cit. pp. 209-230.

¹³⁴ GIOVANNI DA IMOLA, *Commentaria in primum Decretalium librum*, Lugduni 1547, Comm. in X 1.9.10, f. 131ra, n. 5; PIETRO D'ANCARANO, *Super primo Decretalium*, 1535, Comm. in X 1.9.10, f. 49va, n. 7.

Basterà ricordare, in proposito, che, nella prima metà del Quattrocento, Niccolò dei Tedeschi, nel raccogliere nei suoi commentari alle *Decretales* l'eredità della scienza giuridica dei secoli precedenti, rispose affermativamente alla questione *Propter scandalum vitandum an sit omittenda iustitia?* con esclusivo riferimento al caso – certamente ancora attuale – del coinvolgimento di una moltitudine di soggetti nella commissione di un crimine¹³⁵. Secondo l'*Abbas Panormitanus*, dunque, tale ipotesi costituiva l'unica eccezione al generale principio per cui la giustizia non poteva essere omessa al fine di evitare scandali nella società (*“propter scandalum non debeat dimitti iustitia ... nisi multitudo sit in causa”*), purché, come aveva già avuto modo di sottolineare Graziano¹³⁶, il perdono mirasse alla correzione: se gli imputati non avessero mostrato pentimento per le loro azioni, il giudice avrebbe dovuto mostrare severità, anche a rischio di scandalizzare l'opinione pubblica¹³⁷.

La tesi fu ribadita nel commento alla decretale *officii* – con cui Innocenzo III aveva ritenuto degna di assoluzione una donna sterile che aveva finto una gravidanza per evitare che i beni del marito fossero devoluti a terzi¹³⁸ – nel quale il Panormitano, sulle orme di Innocenzo IV¹³⁹, limitò addirittura al giudice e al testimone il dovere di rispettare la verità anche se scandalosa¹⁴⁰.

Un secolo dopo, il commento di Niccolò dei Tedeschi offrì al giurista e teologo Diego de Covarrubias l'occasione per ritornare sulla teoria della *triplex veritas*. Secondo *el Bártolo español* la distinzione *“inter actus iudiciales et extraiudiciales”* era irragionevole, quantunque *“plerumque iudex obviandum*

¹³⁵ NICCOLÒ DEI TEDESCHI, Comm. in X 1.11.2, f. 46rb, n. 4 (*“quaedam est veritas iustitiae et haec omittitur propter plurimos qui sunt in causa”*).

¹³⁶ GRAZIANO, *dictum post* Decr. C. 23 q. 4 c. 32.

¹³⁷ NICCOLÒ DEI TEDESCHI, Comm. in X 1.9.10, f. 37va, n. 13 (*“dumtamen non sint incorrigibiles...et sunt incorrigibiles quando volunt defendere malum quod faciunt: non est parciendum multitudini etiam propter scandalum”*).

¹³⁸ X 5.38.9.

¹³⁹ SINIBALDO FIESCHI, Comm. in X 5.38.9, f. 544va (*“ille ad quem pertinet ex officio dicere veritatem, et facere iustitiam illum propter nullum scandalum dimittant, quin iustitiam iudicent et veritatem dicant”*).

¹⁴⁰ NICCOLÒ DEI TEDESCHI, Comm. in X 5.38.9, f. 206va, n. 6 (*“illud procedit in iudice, vel in teste, qui habet iudicare et dicere veritatem, quam propter scandalum non debent relinquere”*).

*scandalum aliquid diffinire et decernere possit aut omittere, quae alioqui cessante scandalo iniuste fierentur vel omitterentur*¹⁴¹: pur riconoscendo che le scelte del giudice ben potessero essere condizionate dalle critiche dell'opinione pubblica, egli riteneva che la verità rappresentasse un valore da rispettare *"tam in iudicio quam extra"*¹⁴².

Il giudice non poteva, dunque, rifiutare di pronunciare una sentenza giusta solo perché scandalizzava la comunità¹⁴³. In particolare, non era possibile, secondo Covarrubias, *"innocentem occidere ob scandalum vitandum"*: richiamando la *lectio* di Bartolo da Sassoferrato, egli negava che un soggetto, risultato innocente all'esito del processo, potesse essere condannato. Riconducendo la nozione di scandalo entro l'ambito tematico dell'interesse pubblico, egli riteneva, infatti, che il giudice non potesse rinunciare all'accertamento della verità nemmeno *"ad Reipublicae salutem"*¹⁴⁴.

I principi su cui si era fondato il dibattito nella dottrina dell'età classica del diritto canonico continuarono, peraltro, a circolare e a riflettersi nella prassi, ove costituirono uno degli argomenti per discutere del ruolo del giudice.

È particolarmente significativo che la teoria della *triplex veritas* fosse espressamente richiamata, nei primi anni del Cinquecento, da François Marc, consigliere del Parlamento del Delfinato, nella discussione di una causa vertente sull'efficacia probatoria di un atto pubblico, per uscire dall'*impasse* che il disaccordo all'interno del collegio rischiava di provocare. La questione sottoposta alla corte si presentava particolarmente *"ardua, tam ratione rei de qua agitur, quam qualitate personarum"* e, nonostante la maggioranza del collegio ritenesse provata la validità dell'atto, il Parlamento concesse *ex officio* un termine per integrare le prove *"ad*

¹⁴¹ DE COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *Opera omnia*, Venetiis 1581, p. 527a

¹⁴² DE COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *Opera omnia*..., cit. p. 527a

¹⁴³ DE COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *Opera omnia*..., cit. p. 526a (*"Nec enim veritas vitae, nec doctrinae, nec iustitiae, omittenda est propter vitandum scandalum proximi"*).

¹⁴⁴ DE COVARRUBIAS Y LEYVA, D., *Opera omnia*..., cit. p. 526b

maiolem certitudinem veritatis habendae"¹⁴⁵. Quantunque, infatti, lo *stylus curiae* del Parlamento del Delfinato imponesse al giudice estensore di redigere la motivazione e sottoscrivere la sentenza anche se dissenziente, Marc rilevava che il giudice non poteva agire *contra conscientiam*, adeguandosi alla decisione assunta dalla maggioranza, ma doveva giudicare *secundum allegata et probata*¹⁴⁶. Eccezioni erano ammesse al solo fine di evitare irrimediabili divisioni e disordini ("*causa tumultus vel scandali evitandi*"): l'unico caso in cui, dunque, il Parlamento avrebbe potuto rinunciare all'integrazione dell'istruzione era quello in cui la verità, a cui i giudici anelavano, avesse provocato una "*perturbatio*". In proposito, Marc non esitò a richiamare la glossa alla *regula qui scandalizaverit*, che consentiva appunto al giudice di rinunciare a ricostruire la verità in presenza di scandali ("*ratione scandalum evitandi licitum est discedere a veritate iustitiae vel disciplinae, secus a veritate bonae vitae*")¹⁴⁷.

L'argomento fu, poi, pienamente sviluppato da François Marc con riguardo a una causa beneficiale, nella quale i giudici del Parlamento di Grenoble discussero proprio della possibilità di derogare a una disposizione del Pontefice "*ratione scandali evitandi*"¹⁴⁸. Marc evidenziò che deroghe al diritto erano ammesse ogniqualvolta fosse sussistito il rischio di una "*perturbatio ecclesiae, vel populi, vel boni publici*"¹⁴⁹. Il giudice poteva dunque rinunciare a fare giustizia¹⁵⁰, attenuando

¹⁴⁵ MARC, F., *Decisiones aureae in Sacro Delphinatus Senatu iampridem discussae ac promulgatae, Pars prima*, Lugduni 1579, q. LI, f. 13ra, n. 13.

¹⁴⁶ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. LI, f. 13va, n. 14. Sulle origini storiche dell'istituto della *dissenting opinion*, cfr. *Le opinioni dissenzienti dei giudici costituzionali e internazionali*, MORTATI, C. (ed.), Milano 1964.

¹⁴⁷ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. LI, f. 13va, n. 15.

¹⁴⁸ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. MCCCXCI, f. 435rb, n. 1 ("*Quaeritur an ratione scandali evitandi in beneficialibus possit discedi a literis Papae?*").

¹⁴⁹ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. MCCCXCI, f. 435rb, n. 1.

¹⁵⁰ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. MCCCXCI, f. 435rb, n. 2 ("*Nec obstat si dicatur, quod propter scandalum non debet relinqui veritas, nec malum committere ... quia ad istud respondetur quod illud procedit in veritate bonae vitae, quae non debet dimitti propter scandalum. Secus in veritate iustitiae vel doctrinae, quae interdum dimittitur propter scandalum*").

il rigore del diritto, in base alla considerazione che “*obviandum est scandalis seu rixis hominum*”¹⁵¹.

Nell’uso corrente fra i giuristi di diritto comune, il termine ‘scandalo’ fu dunque accostato anche a quello di ‘rixa’¹⁵², secondo un’accezione peraltro già riscontrabile nella legislazione longobarda: nell’editto di Rotari, infatti, lo scandalo corrispondeva alle vie di fatto, punibili qualora fossero poste in essere alla presenza del re¹⁵³. Seguendo percorsi non sempre lineari e talvolta sommersi, la nozione di scandalo attraversò così i secoli medievali, consentendo, grazie all’ampia variazione semantica del suo uso, di attribuire rilevanza giuridica a situazioni sociali anche molto diverse fra loro, ma comunque ritenute degne di considerazione (per cause e finalità differenti) da parte delle istituzioni.

6. RIFLESSIONI CONCLUSIVE

Il tema del consenso popolare all’amministrazione della giustizia, nell’ambito del complesso equilibrio tra istituzioni e società, costituisce un profilo strategico nel dibattito medievale sul bilanciamento tra esigenze repressive, proprie di ogni ordinamento, ed afflitti di misericordia, tipici dell’ordinamento canonico. Proprio su tale tema si fondano, infatti, molte delle riflessioni sulla giustizia penale nell’età del diritto comune.

Se per i civilisti, è soprattutto la ‘retorica colpevolista’ ad essere al centro del dibattito giuridico, per i canonisti la discussione si svolge prevalentemente con riguardo agli effetti derivanti dal ricorso alla misericordia: attraverso la “*deviazione*

¹⁵¹ MARC, F., *Decisiones aureae...*, cit. q. MCCCXCI, f. 435rb, n. 4 (“*debet severitas iuris remitti ut obvietur scandalo*”).

¹⁵² Cfr. anche TOSCHI, D., *Practicae conclusiones*, tomus VII, Lugduni, 1634, concl. 51, p. 60 (“*Et rixae dicuntur scandalum inducere, prout etiam vir rixosus scandalum ad facili inducit; ideo multa admittuntur, quae non admitti deberent ad tollendas rixae et scandala*”).

¹⁵³ Roth. 8, 35-39 (MGH, *Leges*, IV, Hannover 1868), su cui cfr. STORTI, C., «Le dimensioni giuridiche della curtis regia longobarda», in *Le corti nell’alto medioevo (Spoleto, 24-29 aprile 2014)*, Spoleto 2015, pp. 429-472 (in part. pp. 463-464).

dall'idea della giuridicità"¹⁵⁴, che è insita in essa, la scienza giuridica canonistica ammette, dunque, che il giudice pronunci una sentenza contraria alle regole legali, ma conforme alla coscienza sociale.

È soprattutto grazie alla nozione di scandalo, a cui fanno riferimento non solo i canonisti, ma anche i civilisti, che la necessità di mantenere la fiducia dell'opinione pubblica assume rilevanza giuridica: l'esigenza di contenere forme di contestazione, in grado di minare dalle fondamenta l'ordine della società, consente, infatti, di derogare alle regole giuridiche.

Sebbene la scienza giuridica di diritto comune non esiti ad autorizzare il giudice a trasferire la decisione dal piano del diritto a quello della politica (fino a permettere di condannare un innocente o assolvere un colpevole), ogniqualvolta il processo si trasformi in un "*caso di ordine pubblico*"¹⁵⁵, le esigenze contingenti legate allo scandalo devono fare i conti con il fine istituzionale dell'amministrazione della giustizia: nella dimensione epistemica del processo, la verità rappresenta, da sempre, lo scopo a cui ogni giudice anela (talvolta ad ogni costo)¹⁵⁶.

È, dunque, la continua ricerca di un contemperamento tra valori e interessi confliggenti a spingere i canonisti a riconoscere che, quantomeno in alcuni casi, il giudice debba imporre al popolo la propria decisione, anche se contraria ai valori diffusi nella società.

Possiamo allora chiederci se in tali casi il giudice sia chiamato a svolgere una funzione educativa e pedagogica nei confronti dell'opinione pubblica, influenzando sulle idee e le convinzioni correnti nella società e contribuendo, in tal modo, a costruire l'affidamento della collettività sull'amministrazione della giustizia.

¹⁵⁴ CARON, P.G., "*Aequitas*" romana..., cit. p. 34.

¹⁵⁵ ZAGREBELSKY, G., *Il "crucifige!"*..., cit. p. 66.

¹⁵⁶ GARLATI GIUGNI, L., *Inseguendo la verità. Processo penale e giustizia nel ristretto della pratica criminale per lo Stato di Milano*, Milano 1999; TARUFFO, M., *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*, Bari 2009.