



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE
CURRICULUM IN FILOSOFIA DEL DIRITTO

LA SENTENZA COME DECISIONE MOTIVATA
INDAGINE SULLE RAGIONI DELLA MOTIVAZIONE GIUDIZIARIA

Tesi presentata da:
Simone Spina

Relatori:

Chiar.mi prof.ri Claudio Luzzati e Vito Velluzzi

Coordinatore:

Chiar.mo prof. Claudio Luzzati

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

*Puorquoi, dans certains pays, les arrêts ne sont-ils jamais motivés?
Y a-t-il quelque hont à rendre raison de son jugement?*

(VOLTAIRE)

Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l'uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta.

(CALAMANDREI)

INDICE

CAPITOLO PRIMO

LA SENTENZA COME DECISIONE PARZIALMENTE MOTIVATA UN PRIMO MODULO DI GIUSTIFICAZIONE DELLA SENTENZA

- 1.1. Premessa. Alle origini della motivazione giudiziaria.....1
- 1.2. I requisiti della «sententia»: discorso giurisprudenziale romano e discorso metagiurisprudenziale d'età intermedia..... 13
- 1.3. La sentenza come decisione parzialmente motivata. L'«expressio causae» come primo e parziale modulo di giustificazione della sentenza.....26

CAPITOLO SECONDO

LA SENTENZA COME DECISIONE NON MOTIVATA TRE RAGIONI PER NON MOTIVARE LA SENTENZA

- 2.1. Premessa. Tre ragioni per non motivare la sentenza..... 46
- 2.2. La regola «iudex non tenetur exprimere causam in sententia»..... 50
- 2.3. A) Una prima ragione per non motivare la sentenza: il principio di autorità.....59
- 2.4. B) Una seconda ragione per non motivare la sentenza: il principio d'insindacabilità 70
- 2.5. Alcune deroghe alla regola «iudex non tenetur exprimere causam in sententia».... 79
- 2.6. La motivazione delle sentenze penali nelle corti francesi.....83
- 2.7. La motivazione delle sentenze penali nelle corti italiane..... 90
- 2.8. C) Una terza ragione per non motivare la sentenza: il principio di concentrazione dei poteri..... 97

CAPITOLO TERZO

LA SENTENZA COME DECISIONE MOTIVATA TRE RAGIONI PER MOTIVARE LA SENTENZA

3.1. Premessa. Tre ragioni per motivare la sentenza.	111
---	-----

SEZIONE PRIMA

LA SENTENZA COME DECISIONE NECESSARIAMENTE MOTIVATA

3.2. La sentenza come decisione motivata: il discorso giuridico italiano.....	117
3.3. La sentenza come decisione necessariamente motivata: il discorso giuridico francese.....	126
3.4. L'influenza del discorso illuminista sui discorsi giuridici italiano e francese	132

SEZIONE SECONDA

TRE RAGIONI PER MOTIVARE LA SENTENZA

3.5. A) Una prima ragione per motivare la sentenza: il principio di legittimazione "tecnica" del giudice.	141
3.6. B) Una seconda ragione per motivare la sentenza: il principio di sindacabilità	158
3.7. C) Una terza ragione per motivare la sentenza: il principio di divisione dei poteri	168
 BIBLIOGRAFIA	 181

CAPITOLO PRIMO

LA SENTENZA COME DECISIONE PARZIALMENTE MOTIVATA UN PRIMO MODULO DI GIUSTIFICAZIONE DELLA SENTENZA

SOMMARIO: 1.1. Premessa. Alle origini della motivazione giudiziaria. – 1.2. I requisiti della «*sententia*»: discorso giurisprudenziale romano e discorso metagiurisprudenziale d'età intermedia. – 1.3. La sentenza come decisione parzialmente motivata. L'«*expressio causae*» come primo e parziale modulo di giustificazione della sentenza.

1.1. *Premessa. Alle origini della motivazione giudiziaria*

Qualsiasi indagine sulle *ragioni della motivazione giudiziaria* – e quindi della *sentenza come decisione motivata* (ovvero *giustificata*¹) – non può che

¹ Nell'ambito del presente lavoro, i termini “*giustificazione*” e “*motivazione*” (e i corrispondenti aggettivi “*giustificato/a*” e “*motivato/a*”) saranno impiegati con il medesimo significato. A ben vedere, si tratta di impieghi largamente diffusi, non solo presso i filosofi e teorici del diritto, ma anche presso i giuristi (cfr., ad esempio, P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, vol. IV, in *Opere giuridiche*, Napoli, 1976, p. 664: «La *motivazione* è prima di tutto la *giustificazione* [...] della sentenza» (corsivo redazionale).

In ordine all'opzione concettuale sottesa a questa scelta si rinvia a U. SCARPELLI, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in ID., *L'etica senza*

prendere le mosse dall'età romana. Infatti, i numerosi problemi storici e teorici relativi alla *motivazione della sentenza nell'Europa continentale*² sono

verità, Bologna, 1982, pp. 251 ss., ove viene affrontato il problema dello statuto epistemologico delle argomentazioni giudiziarie e della possibilità di un loro controllo razionale, distinguendo tra *contesto di decisione* e *contesto di giustificazione*, ossia tra "motivi (di una decisione giudiziaria)" e "motivazione (di una decisione giudiziaria)".

Come noto, tale distinzione è stata proposta da Uberto Scarpelli sulla falsa riga di quella tra *contest of discovery* o *Kontext der Entdeckung* (di pertinenza della psicologia) e *contest of justification* o *Kontext der Rechtfertigung* (di pertinenza dell'analisi logica), introdotta da Karl Popper nel suo celebre saggio del 1935 *Logik der Forshung* (trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *La logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970), ove può leggersi che: «l'atto del concepire o dell'inventare una teoria, non mi sembra richiedere un'analisi logica né esserne suscettibile. La questione [...] può rivestire un grande interesse per la psicologia empirica, ma è irrilevante per l'analisi logica della scoperta scientifica. Quest'ultima prende in considerazione [...] soltanto questioni di "giustificazione o validità"» (ivi, p. 9 s.; corsivi originali) e sui cui si rinvia a D. GILLIES-G. GIORELLO, *Principles of Science in the Twentieth Century. Four Central Themes* (1993), trad. it. a cura di M. MOTTERLINI, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma-Bari, 2010, p. 39 ss.

Sul tema, cfr. altresì L. GIANFORMAGGIO, *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica ovvero i giuristi presi sul serio*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICIOTTI-V. VELLUZZI, Torino, 2008, p. 114, (e in particolare, nota 9). Sulla distinzione tra "motivi (di una decisione giudiziaria)" e "motivazione (di una decisione giudiziaria)" si veda anche *infra*, nota 11.

² Sul problema storico della motivazione della sentenza, di fondamentale

importanza restano i classici lavori di G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano canonico*, vol. I, Milano, 1958; P. DEL GIUDICE, *Storia della procedura*, ristampa della 2^a ed., vol. VI, Bologna, 1968, pp. 197 ss.; M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e illuminismo* *Rivista di diritto processuale*, 1974 (e anche in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, a cura di B. PARADISI, vol. II, 1977, pp. 599-633); ID., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975, pp. 319 ss.; J.M. SCHOLZ, *Motiva sunt pars sententiae*, in *La formazione storica del diritto*, cit., pp. 581 ss.; P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18^e siècle* (*Communication présenté au Centre National de recherches de logique*), in *La motivation des décisions de justice. Etudes publiées par Perelman et Foriers*, Bruxelles, 1978, pp. 48 ss.; G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori di unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in *La formazione storica del diritto*, cit., pp. 447 ss.; ID., *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»: lacune e trappole*, in *Foro italiano*, 1980, pp. 201 ss. (e anche in *Studi in onore di Salvatore Satta*, vol. I, Padova, 1982, pp. 661 ss.); ID., *Introduzione allo studio dei Tribunali italiani nel quadro europeo fra i secoli XVI e XIX*, in *L'ordinamento giudiziario*, vol. I, *Documentazione Storica*, a cura di N. PICARDI-A. GIULIANI, Rimini, 1985, pp. 401 ss. (versione riveduta de *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI*, cit.); J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza, 1985, pp. 22 ss.; M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989, pp. 85 ss.; G.P. MASSETTO, voce *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enc. dir.*, 1989, pp. 1224 ss.; nonché i recenti contributi di G. OBERTO, *La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici*, <<http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm>>; e di F. DI DONATO, *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, pp. 3 ss.

Sulla sentenza nel diritto romano, si veda *infra*, § 1.3., nota 54. Sul problema

tutti variamente connessi e collegati proprio a quanto accaduto in quest'epoca. In questo senso, di particolare interesse si rivelano allora le fonti giuridiche dell'epoca, nelle forme dei «*responsa*» o dei «*consilia*», che compongono il “*discorso giurisprudenziale*”³ dei giuristi romani intorno ai

storico della motivazione della sentenza penale, si veda *infra*, § 2.5., nota 73.

³ Secondo i filosofi del diritto d'indirizzo analitico, il diritto non è altro che un «discorso, costituito da entità di linguaggio in funzione prescrittiva o direttiva» (così G. PINO, *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016, p. 22; cfr. altresì G. PINO-A. SCHIAVELLO-V. VILLA [a cura di], *Filosofia del diritto. Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013, p. 147), o, in altri e più approfonditi termini, «un mondo di segni prodotti da atti linguistici espressi da attori istituzionali (legislatori, giudici e amministratori) e di significati ad essi associati dagli interpreti, siano essi operatori giuridici o giuristi» (così L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999, p. 92).

Come noto, in Italia le prime formulazioni di questa tesi emersero attorno alla metà del XX secolo, ad opera di Uberto Scarpelli (*Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1948, pp. 212 ss.) e Norberto Bobbio (*Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950, pp. 342 ss.; ora anche in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994, pp. 335 ss.).

Sul punto, si vedano altresì M. BARBERIS, *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990; nonché R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, 2^a ed., Torino, 2006, p. 210 («possiamo convenire che tanto il diritto quanto la scienza giuridica siano “discorsi”, ossia sequenze di enunciati formulati nell'una o nell'altra lingua naturale») e ID., *La sintassi del diritto*, 2^a ed., Torino, 2014, pp. 25 e 32, ove rispettivamente si afferma che: «il diritto è un *discorso*, il discorso delle autorità normative o, come si usa

dire, il discorso del “legislatore”», e che: «il diritto (in senso oggettivo) si presenta come una sterminata sequenza di enunciati. Tale sequenza, come abbiamo detto, costituisce un *discorso prescrittivo*» (corsivo originale).

Essa è tuttavia sostenuta e condivisa anche da studiosi d’indirizzo non strettamente analitico, come Gaetano Carcaterra, che parla apertamente del diritto in termini di «discorso giuridico», comprensivo, peraltro, del «discorso interpretativo, che è un segmento dell’intero discorso giuridico» (G. CARCATERRA, *L’argomentazione nell’interpretazione giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei. Convegno internazionale sul tema: ermeneutica e critica*, Roma, 1998, p. 109); e finanche da studiosi di diversi rami della scienza giuridica, come Aurelio Gentili (di cui si veda il volume: *Il diritto come discorso*, Milano, 2013).

Secondo Michael Dummett «ciò che contraddistingue la filosofia analitica, nelle sue diverse manifestazioni, da altre scuole è il convincimento che in primo luogo una spiegazione filosofica del pensiero possa essere conseguita *attraverso una spiegazione filosofica del linguaggio*, e che, in secondo luogo, una spiegazione comprensiva possa essere conseguita *solo* in questo modo» (*The Origins of Analytical Philosophy* [1988], trad. it. a cura di E. PICARDI, *Alle origini della filosofia analitica*, Bologna, 1990, p. 11; corsivo redazionale). Per Dummett l’assioma fondamentale della filosofia analitica s’identifica con il principio per cui «l’analisi del pensiero passa per l’analisi del linguaggio», in forza del quale è possibile identificare la filosofia del pensiero «con la filosofia del linguaggio, o, per usare un termine più solenne, con la teoria del significato» (ivi, p. 101).

Sulla storia della filosofia gius-analitica italiana, cfr. M. JORI, *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987; M.A. BARRERE UNZUETA, *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica de inspiración analítica*, Madrid, 1990; A. PINTORE, *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. JORI, Torino, 1994, pp. 243 ss.; M. BARBERIS, *Vincoli e strumenti. Sulla filosofia analitica del diritto*, in *Analisi e diritto 1995. Ricerche di*

temi e ai problemi della «*sententia*»⁴. Queste fonti, infatti – dopo esser transitate nella compilazione giustiniana⁵ –, divennero le principali *sedes*

giurisprudenza analitica, a cura di P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, Torino, 1995, pp. 7 ss. L. FERRAJOLI, *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in Scritti per Uberto Scarpelli, a cura di L. GIANFORMAGGIO-M. JORI, Milano, 1997, pp. 353-372 (successivamente in ID., *La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive*, in *Filosofia analitica. 1996-1998. Prospettive teoriche e revisioni storiografiche*, a cura di M. DI FRANCESCO-D. MARCONI-P. PARRINI, Milano, 1998, pp. 336-348; e, in versione modificata e ampliata, anche in ID., *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., pp. 83-113); V. VILLA, *Storia della filosofia analitica del diritto*, Bologna, 2003; nonché, da ultimo, P. CHIASSONI, *Da Bhentam a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016.

⁴ Ogni indagine sulla *presenza* e (soprattutto) sulla *consistenza* della motivazione nel discorso giuridico romano, infatti, deve essere condotta sugli «*iura*» dei giurisperiti romani e sulle «*leges*» dell'epoca, i cui testi sono a noi pervenuti, in massima parte, grazie al *Codex* giustiniano (su cui si veda *infra*, nota seguente).

Ciò perché – come ha scritto Giovanni Pugliese: «testi di sentenze [...] non ce ne sono praticamente pervenuti» (G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Torino, 1991, p. 328).

⁵ Com'è noto, la compilazione giustiniana – in età intermedia denominata «*Corpus juris civilis*» – rappresenta un'opera di capitale importanza per la scienza e la cultura giuridiche occidentali. Infatti, si tratta di un'imponente lavoro di recupero della tradizione legislativa e giurisprudenziale romano-classica, finalizzato a un pieno riordino sia della prassi giudiziaria che dello studio universitario del diritto.

Ordinata dall'Imperatore Giustiniano (527-565 d.C.) alla fine del 530 d.C.,

l'opera fu diretta e coordinata da Triboniano, *Quaestor sacri Palatii* – figura equivalente all'attuale Ministro della giustizia – e conclusa nel 529 d.C., in un arco di tempo relativamente breve vista la mole di lavoro svolto e l'imponenza del risultato finale.

Essa è suddivisa in quattro parti fondamentali: le "*Institutiones*", il "*Codex*", i "*Digesta*" e le "*Novellae*".

Le *Institutiones* (abbreviazione d'uso comune ricavata dall'originale: "*Imperatoris Iustiniani Institutionum Libri*") costituiscono una sorta di manuale destinato all'insegnamento universitario. Si tratta di un'opera elementare, in cui la materia civilistica viene esposta in quattro libri, secondo la tradizionale sistematica tripartita propria delle *Gai Institutiones* (*personae*, *res* e *actiones*). È bene precisare che, ad onta della struttura e delle finalità didattiche delle *Institutiones*, l'imperatore accordò ad esse – come a tutta la compilazione – valore di legge, rendendo così anche i precetti ivi esposti suscettibili di applicazione giudiziaria.

Il *Codex* (abbreviazione d'uso comune ricavata dall'originale: "*Domini nostri Sacratissimi Principis Iustiniani Codex*"), diviso in 12 libri, raccoglie le *leges* all'epoca vigenti a partire da quelle emanate dall'imperatore Adriano (117-138 d.C.) e relative a varie materie, quali diritto ecclesiastico, privato, penale, amministrativo e finanziario.

I *Digesta* (abbreviazione d'uso comune ricavata dall'originale: "*Domini nostri Sacratissimi Principis Iustiniani iuris enucleati ex omni vetere iure collecti Digestorum seu Pandectarum*"), divisi in 50 libri, a loro volta ripartiti in titoli e frammenti, sono una raccolta sistematica di *iura* tratti dalle più varie opere della giurisprudenza classica, della quale costituiscono anzi la fonte di cognizione più preziosa. Tale raccolta risulta di particolare rilievo, perché nel diritto romano ogni decisione giudiziaria si basava su altre decisioni già precedentemente formulate. Pertanto, esse rappresentano una sorta di "*meta-fonte*" (una fonte della fonte). Nella ricostruzione operata nel XII secolo a Bologna, da Irnerio e dalla

materiae sulle quali si è sviluppato il discorso “*metagiurisprudenziale*”⁶ dei

sua Scuola – grazie alla quale l’intera compilazione giustiniana è potuta giungere integra sino ai giorni nostri –, il Digesto è diviso in *Digestum Vetus* (libri da I a XXIV, fino al titolo secondo del libro XXIV), *Digestum Infortiatum* (dal titolo 3 del libro XXIV al libro XXXVIII), *Digestum Novum* (libri da XXXIX a L). In questa forma fu studiato e commentato nel Medioevo e in età moderna.

Le *Novellae* (abbreviazione d’uso comune ricavata dall’originale: “*Imperatorii Iustiniani Novellae Constitutiones*”), infine, raccolgono le *leges* emanate da Giustiniano dopo il 529 d.C. e vertono per lo più su materie di diritto pubblico ed ecclesiastico.

Sul tema, *amplius*, si rinvia a M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, pp. 639 ss.

⁶ Sulla distinzione tra “*giurisprudenza*” e “*metagiurisprudenza*” – e sulle correlative distinzioni: “*discorsi di diritto*” vs. “*discorsi sul diritto*”, nonché “*linguaggio*” vs. “*metalinguaggio*” – si veda R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 210, nota 9; ID., *La sintassi del diritto*, cit., p. 1, nota 9, e pp. 5 e 424 s.; nonché C. LUZZATI, *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, Torino, 2010, p. 10 s. Per l’impiego di tali distinzioni al diritto penale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 9^a ed., Roma-Bari, 2008, p. 558.

La distinzione tra “*linguaggio*” e “*metalinguaggio*” (su cui cfr. G. PINO-A. SCHIAVELLO-V. VILLA [a cura di], *Filosofia del diritto*, cit., pp. 270 ss.; nonché L. GIANFORMAGGIO, *Scienza giuridica e metalinguaggio*, in *Ermeneutica e filosofia analitica*, cit., pp. 183 ss.) è stata adombrata per la prima volta da Bertrand Russell, nella sua *Introduzione al Tractatus logico-philosophicus* di Ludwig Wittgenstein (1921): «*every language has, as Mr. Wittgenstein says, a structure concerning which in the language, nothing can be said, but that there may be another language dealing with the structure of the first language, and having itself a new structure, and that to this hierarchy of languages there may be no limit*» (B. RUSSELL,

*doctores legum*⁷ d'età intermedia; discorso che, nell'economia del presente lavoro, assume particolare rilievo e importanza, come si avrà modo di comprendere in seguito.

Al riguardo, s'impongono da subito due precisazioni.

In primo luogo, si deve evidenziare il diverso *significato intensionale*⁸

Introduction, in L. WITTGENSTEIN, *Tractatus logico-philosophicus*, Londra, 1922, p. 7 <<http://people.umass.edu/klement/tlp/tlp.pdf>>).

Questa distinzione è poi divenuta abituale tra i matematici e i logici in seguito alla pubblicazione del saggio di David Hilbert *Die logischen Grundlagen der Mathematik*, in *Mathematische Annalen*, Berlino, 1923, pp. 151-165 (trad. it. a cura di V.M. ABRUSCI, *I fondamenti logici della matematica*, in *Dalla logica alla metalogica. Scritti fondamentali di logica matematica*, a cura di E. CASARI, Firenze, 1979, pp. 67-78; e anche in V.M. ABRUSCI, *Ricerche sui fondamenti della matematica*, Napoli, 1985, pp. 215-231).

⁷ Sui «*doctores legum*» d'età intermedia, e il loro ruolo di giudici "itineranti", si veda *infra*, § 3.5.

⁸ L'espressione *significato intensionale* (o *intensione* o *connotazione*) – al pari della correlativa espressione *significato estensionale* (o *estensione* o *denotazione*) – è stata dapprima introdotta da Gottlob Frege (*Über Sinn und Bedeutung* [1892], trad. it. a cura di L. GEYMONAT-C. MANGIONE, *Senso e significato*, in G. FREGE, *Logica e aritmetica*, Torino, 1965, pp. 374 ss.) e poi sviluppata dalla teoria referenziale del significato in uso nella logica moderna.

Secondo questa teoria si devono distinguere due diverse accezioni del termine "significato" (di un segno): a) il "significato intensionale" (o *connotazione*) di un segno, che consiste nell'*insieme delle proprietà* evocate dal segno e possedute dai singoli oggetti rientranti nella sua *estensione*; b) il "significato estensionale" (o *denotazione*) di un segno, che consiste nell'*insieme degli oggetti* cui il segno si

del termine «*sententia*» rispetto all'odierno lemma «sentenza»: diversamente dal secondo, infatti, il primo all'epoca designava la sola parte dispositiva della decisione giudiziaria, fosse stata questo di *condemnatio* o di *absolutio*⁹. In secondo luogo, dello stesso occorre poi rilevare la frequente ricorrenza nelle fonti classiche¹⁰; e ciò a conferma della particolare attenzione riservata dai giureconsulti romani ai numerosi problemi e alle complesse questioni connessi e legati alla «*sententia*».

Altrettanto non può invece dirsi del termine «*causa*» – con cui erano prevalentemente indicate le *ragioni*¹¹ poste a fondamento della

riferisce o si applica in proposizioni ritenute vere.

Sul punto, cfr. I.M. COPI-C. COHEN, *Introduction to Logic* (1994), trad. it. a cura di G. LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999, pp. 144-155; nonché L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 96, e ID., *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 5.

⁹ In questo senso cfr. M. MOLÈ, voce *Sentenza (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, 1956, pp. 1081 ss. Cfr. altresì G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., p. 202: «il termine “*sententia*” [...] era assunto nel senso tecnico che aveva: cioè quello di “dispositivo”». Sulla sentenza nel diritto romano si vedano inoltre i classici lavori di V. SCIALOJA, *Procedura civile romana*, Roma, 1936, p. 80; di P. CALAMANDREI, *La Cassazione civile*, in *Opere giuridiche*, cit.; e di G. PUGLIESE, *Cosa giudicata e sentenza ingiusta nel diritto romano*, ora in ID., *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *Diritto romano*, Camerino, 1985, pp. 5-26.

¹⁰ Sul punto, si veda *infra*, nota 13.

¹¹ Sul nesso tra *motivazione* e *ragioni* si veda R. GUASTINI, *Il diritto come linguaggio*, cit., p. 196; nonché ID., *La sintassi del diritto*, cit., p. 6 s., e in particolar

«*sententia*»¹² – e del correlativo problema della sua «*expressio*». Scarsamente ricorrente la prima, e del tutto ignorata la seconda, «*causa*» ed «*expressio causae*» rappresentavano, infatti, questioni decisamente meno interessanti e meritevoli di considerazione agli occhi degli *iuris prudentes*. In effetti, soltanto del termine «*sententia*», e non anche del termine «*causa*»,

modo, nota 14: «Questo vocabolo, “motivazione”, di uso comune per denotare una delle parti costitutive di qualunque sentenza (l’altra essendo il “dispositivo”, ossia la decisione in senso stretto), può risultare fuorviante. Si presti attenzione: “motivazione” significa esposizione non di “motivi” (come pure si usa dire), ma di “ragioni”. La motivazione è, cioè, un *ragionamento*» (corsivi aggiunti); e *ivi*, p. 433 nota 5: «Si ricordi che la “motivazione” di una decisione giurisdizionale non è, malgrado il nome, una esposizione dei *motivi* (psicologici) che hanno indotto il giudice a prendere quella decisione; è invece l’esposizione delle *ragioni* che sorreggono la decisione in questione» (corsivi originali).

La distinzione tra *motivi* e *ragioni* è un’acquisizione relativamente recente nella storia del pensiero giuridico, ancorché già al Settecento risalgono alcuni esempi contrari, com’è per la c.d. “Prammatica ferdinandea” (*Dispaccio 23 settembre 1774*, in G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche su l’ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell’amministrazione della giustizia* [1774], in ID., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruxelles, 1841, p. 317 s.) ove la “motivazione giudiziaria” viene identificata nella “ragion di decidere”. Sul punto, si veda anche *infra*, § 2.3., nota 40, nonché § 3.2.

¹² *Ibidem*: «il fenomeno in esame [*scil.* la motivazione] viene indicato dai giuristi [...] con il termine “*causa*” [...]. È un uso prevalente, [...] talvolta si trova infatti anche il termine “*motivum*”».

si contano numerose occorrenze negli «*iura*» e nelle «*leges*» romani¹³. E proprio alcune di queste occorrenze – quelle di maggiore interesse ai nostri fini – meritano d’esser qui segnalate e illustrate, giacché soltanto a partire dalla loro lettura è possibile:

a) per un verso, elaborare e ricostruire i requisiti di “*esistenza*”, “*rilevanza*” e “*validità*” della «*sententia*»;

b) per altro verso, riflettere sui problemi legati all’«*expressio causae in sententia*», che, per l’appunto, pre-suppongono – e quindi impongono – la previa disamina dei requisiti di “*esistenza*”, “*rilevanza*” e “*validità*” della «*sententia*».

Sicché, dapprima, nel § 1.2., si tratterà di quel particolare tipo di *decisione giudiziaria romana* che indicata con il termine «*sententia*», dando

¹³ Più precisamente, del termine «*sententia*» si possono rinvenire, nelle *Institutiones*, nel *Codex* e nei *Digesta*, ben 1242 occorrenze particolari, distribuite peraltro in misura fortemente differenziata: dalle sole 2 occorrenze presenti nel *Liber Sextus Decimus* dei *Digesta*, sino alle oltre 100 occorrenze presenti nel *Liber Septimus* del *Codex*.

Del termine «*causa*» non si dà invece alcuna occorrenza particolare all’interno delle opere testé citate. Ovviamente, si sta facendo riferimento ai soli impieghi linguistici del termine del termine «*causa*» qui rilevanti, ossia a contesti d’uso concettualmente riferibili al termine «*sententia*». Pertanto, delle altre occorrenze particolari del termine, non rilevanti ai fini del presente lavoro, non si è tenuto conto.

Ricerca condotta sul portale: <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian.html>>

allo stesso tempo conto di alcune *operazioni metalinguistiche* compiute, tanto da giuristi d'età classica quanto da quelli d'età intermedia, su alcuni testi in cui compare esso compare¹⁴.

In seguito, nel § 1.3., ci si soffermerà invece sull'analisi della «*causa in sententia*» quale *modulo giustificativo* delle sentenze romane, evidenziandone così il carattere di *prima e rudimentale forma di "motivazione" della sentenza*.

1.2. *I requisiti della «sententia»: discorso giurisprudenziale romano e discorso metagiurisprudenziale d'età intermedia*

Anche in età romana – si è dianzi accennato – l'identificazione della decisione giudiziaria avveniva mediante il ricorso a *regole* che consentivano di riconoscerne la natura di *atto giuridico* e, di conseguenza, la dignità e il rango necessari per entrare a far parte del *discorso giuridico* tanto dell'epoca quanto – e finanche – di età posteriori¹⁵.

¹⁴ Sul controllo razionale delle *operazioni metalinguistiche* compiute dagli operatori giuridici, quale programma della scuola di filosofia analitica del diritto, cfr. L. FERRAJOLI, *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, cit., p. 89.

¹⁵ I concetti di "atto giuridico" e "regole" (come anche di "esistenza" e "validità") sono qui impiegati nel significato ad essi rispettivamente attribuito

È ben noto, infatti, come il successivo *discorso giuridico* d'età intermedia rinvenne nelle fonti romane un oggetto di studio e di riflessione a dir poco privilegiato, se non anche – e forse più propriamente – esclusivo.

Del discorso giuridico d'età intermedia, allora, ben può parlarsi in termini di vero e proprio discorso metagiurisprudenziale, peraltro diffusamente inteso, dalla cultura giuridica dell'epoca, come discorso immediatamente normativo, ossia (anche) “*di*” diritto e non già (soltanto) “*sul*” diritto¹⁶.

Un tale intreccio tra *a)* discorso degli *iuris prudentes* romani e *b)* metadiscorso dei *doctores legum* d'età intermedia, risulta di particolare evidenza proprio in riferimento alle *regole* sulla *forma* della «*sententia*»: *regole* relative, per un verso, alle condizioni in forza delle quali si soleva affermare la sua “*piena validità*” e, per altro verso, ai presupposti estrinseci della sua stessa “*esistenza*” e “*rilevanza*” giuridica¹⁷.

Tra questi ultimi, un ruolo d'indubbio rilievo era ricoperto dalla *lingua* in cui la «*sententia*» veniva pronunciata. A tal proposito, le fonti

da L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., pp. 269 ss., 220 ss. e 523 ss.

¹⁶ Sulla distinzione tra discorsi *di* diritto e discorsi *sul* diritto, si veda *supra*, nota 6.

¹⁷ Per un'ampia e dettagliata trattazione dell'argomento, si rinvia a G. OBERTO, *La motivazione delle sentenze civili in Europa*, cit., § 1.

confermano che gli *iuris prudentes* non sempre consideravano l'idioma latino come unica ed esclusiva *lingua* del discorso giudiziario. Infatti, al mutare delle fasi in cui si è soliti dividere l'esperienza giuridica romana, si può registrare un mutamento della concezione sull'uso, esclusivo o meno, dell'idioma latino nella formazione della «*sententia*».

Così, mentre in epoca repubblicana era prescritto l'uso *esclusivo* della *lingua latina*¹⁸, già in età imperiale si giunse ad ammettere che:

iudices sententias tam latina quam graeca lingua proferre
possunt,

indifferente essendo l'uso dell'uno o dell'altro idioma¹⁹.

Dal discorso metagiurisprudenziale condotto in età intermedia dall'Accursio²⁰ emerge, poi, un chiarimento a tale ultima regola:

¹⁸ «*Decreta a praetoribus latine interponi debent*» (D. 42,1,48; in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest42.shtml>>).

¹⁹ Ciò è quanto si ricava dal *Codex*, in particolare, da una *Constitutio* degli imperatori Arcadio e Onorio (C. 7,45,12; in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex7.shtml>>).

²⁰ Accursio (*Accursius*) nacque a Impruneta nel 1184 e morì a Bologna nel 1263. Allievo di Azzone (su cui si veda *infra*, nota 45), fu insigne giurista ed esponente della c.d. Scuola di Bologna; il suo nome è legato alla *Magna Glossa*, una raccolta di circa 97.000 glosse al *Corpus juris civilis*, fondamento dello *ius commune* europeo. Su Accursio, *amplius*, si rinvia N. SARTI, voce *Accursio*, in

latina inter latinos, graeca inter graecos, ut intelligantur²¹.

Secondo Baldo degli Ubaldi²², invece, la *sententia* poteva essere pronunciata non solo in *greco* e in *latino*, ma persino in *ebraico*, a seconda della qualità delle parti. Qualora il giudice, poi, ignorasse l'idioma dei litiganti, poteva pur sempre avvalersi di un interprete,

qui sententiam iudicis partibus exponat²³.

Questo *favor* del discorso giuridico romano per l'uso di più lingue nelle decisioni giudiziarie fu in una certa qual misura conservato anche in età intermedia. Così, se Baldo ammetteva che tra contendenti analfabeti la

Enciclopedia italiana, VIII app., *Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012, pp. 47-51; nonché a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, *Il basso Medioevo*, Roma, 1995, *ad indicem*.

²¹ ACCURSIUS, *Glossa ad C. 7,45,12*, in *Codicis D.N. Iustiniani sacratissimi principis, Imperatoris Augusti, Libri IX Priores*, Venezia, 1592, c. 2120.

²² Baldo degli Ubaldi (*Baldus*) nacque a Perugia il 2 ottobre 1327 e morì a Pavia il 28 aprile 1400. Allievo di Bartolo da Sassoferrato (su cui si veda *infra*, § 2.2., nota 17), insegnò diritto presso le università di Bologna, Perugia, Pisa, Firenze, Padova e Pavia. Su Baldo, *amplius*, si rinvia a F. BAMBI, voce *Baldo degli Ubaldi*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 55-59, nonché a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

²³ Cfr. BALDUS, *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venezia, 1599, f. 280.

decisione potesse comunque rivestire la forma scritta, *inter literatos*, tuttavia, dichiarava legittimo anche l'uso della lingua *volgare*²⁴. Sarebbe poi spettato al *notarius*, nella veste di cancelliere, riportare per iscritto il testo della sentenza: in *latino* o in lingua *volgare*, secondo come fosse stata pronunciata²⁵, nel rispetto del principio secondo cui il «notarius» doveva trasporre in *latino* i «*sua verba*» e in *volgare* le dichiarazioni da altri ricevute

²⁴ *Ibidem*.

²⁵ Sul lavoro dei *notarii* nei Tribunali criminali italiani tra il XIII e il XIV secolo, di fondamentale importanza risultano gli studi, condotti da Hermann Ulrich Kantorowicz (1877-1940) all'inizio del XX secolo, sui metodi di verbalizzazione e archiviazione dei processi dell'epoca, specie in quelli cc.dd. «*in criminalibus*» (su cui si veda *infra*, §§ 2.6. e 2.7.). In essi l'affermazione della nuova procedura inquisitoria – nell'allora XIII secolo appena introdotta – produsse l'effetto di moltiplicare i flussi verbali dei soggetti processuali (imputato *in primis*). Nacque così l'idea che contassero i soli fatti raccolti a verbale, ove doveva quindi figurare ogni sillaba estorta dall'inquisitore all'inquisito, scrupolosamente fissata secondo un formalismo grafico via via sempre più sviluppato.

Dagli studi condotti dal Kantorowicz negli archivi italiani fra la primavera del 1904 e l'estate del 1906, emerge che l'alto consumo del materiale grafico prodotto dalla nuova procedura impose l'abbandono della pergamena (usata per formare i *quaterni* del rito accusatorio, ormai desueto) in favore della carta, materia meno costosa. Larghi 22-23 cm e alti 29-33 cm, i verbali processuali contenevano da 8 a 400 fogli, scritti e poi cuciti a redazione conclusa. Sul tema, *amplius*, si rinvia a H.U. KANTOROWICZ, *Il tractatus criminum*, vol. I, Città di castello, 1925, pp. 68 ss.

e così proferite²⁶.

Ma le prescrizioni sulla *lingua* non esaurivano il complesso di *regole formali* che della «*sententia*» consentivano l'identificazione, rappresentando soltanto i presupposti estrinseci e necessari perché la stessa potesse essere considerata “*rilevante*” nel discorso giuridico romano. Ad esse, infatti, si devono aggiungere altre e diverse *regole*, che corrispondono ad altrettante condizioni in forza delle quali si poteva affermare l'appartenenza “*piena*” e “*integrale*” dell'atto giuridico «*sententia*» all'universo giuridico dell'epoca.

Intorno a queste prescrizioni, il discorso metagiurisprudenziale d'età intermedia, tanto dei glossatori quanto dei commentatori²⁷, produsse una ricca costellazione di quelle che ben potremmo definire – con termine proprio dell'odierno lessico teorico-giuridico – “*questioni di validità*” della «*sententia*».

Ad esempio, pronunciata dal giudice in piedi, «*stando et non sedendo*», la decisione «*nulla est*», ossia «*non valet*»²⁸. E ciò in quanto:

²⁶ Cfr. BALDUS, *loc. ult. cit.*

²⁷ Su cui, si veda G. CHIODI, voce *Lo ius civile: glossatori e commentatori*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 7-14.

²⁸ Sul significato di «*nullitas*» nell'età romana e nell'età intermedia, si veda *infra*, § 2.4.

iudici est sedere, non stare, cum res de qua agitur desiderat cognitionem plenam, sed advocati est stare²⁹.

Infatti, il giudice:

magis quietum animum habet, quando sedet³⁰.

Inoltre, la sentenza poteva essere affetta da «*nullitas*» anche *ratione temporis*, per esempio se veniva resa «*tempore feriato*»³¹, oppure di notte³²; o *ratione loci*:

quia lata est in lupanari, vel propina, vel in loco minus honesto³³;

²⁹ Cfr. ad esempio HOSTIENSIS, *Summa aurea*, Augustae Taurinorum, 1579, f. 152; AZZONE, *In ius civile Summa*, Lugduni, 1564, f. 203. Il richiamo dei glossatori era effettuato a D. 38,15,2 (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest38.shtml>>).

³⁰ ROLANDINO DE' PASSEGGERI, *Summa Artis Notariae*, Torino, 1590, p. 610.

³¹ Cfr. AZZONE, *op. cit.*, f. 204.

³² Cfr. GIASON DEL MAINO, *In Iustiniani Codicem*, Londra, 1564, f. 90, che riferisce al riguardo l'opinione prevalente dei *doctores*, secondo cui «*sententia lata de nocte non valet, nisi in quattuor casibus*» (tra i quali rientrava l'ipotesi in cui «*iudex esset impeditus multitudine causarum*»).

³³ Cfr. AZZONE, *loc. ult. cit.*

ovvero – secondo Paolo de Castro³⁴ – a causa del modo in cui era stata resa, vuoi perché il giudice l’aveva emessa “di getto”³⁵, vuoi perché lo stesso non aveva preso integrale visione degli atti del processo³⁶.

Infine, altrettanto numerose sono le *questioni* sorte intorno alla *forma*,

³⁴ Paolo de Castro (*Paulus Castrensis*) nacque nell’omonima cittadina laziale (da cui prese il nome) tra il 1360 e il 1362 e morì a Padova il 20 luglio 1441; allievo di Baldo degli Ubaldi (su cui si veda *supra*, nota 22), fu insigne giurista e noto esponente della Scuola dei cc.dd. «*commentatori*» (su cui, cfr. G. CHIODI, voce *Lo ius civile*, cit., p. 11). Insegnò dapprima ad Avignone (dove nel 1385 si era addottorato), indi a Siena (1390), poi di nuovo ad Avignone (dal 1394 al 1412), in seguito a Firenze (dove nel 1415 collaborò alla riforma degli statuti comunali) e infine a Padova (dal 1429 al 1441). Nelle sue lezioni sulle tre parti dei *Digestum* (*Vetus*, *Infortiatum* e *Novum*) e sul *Codex* si rivela esegeta profondo e di grande equilibrio. I suoi *consilia*, dopo quelli di Bartolo e Baldo, sono il frutto più cospicuo della giurisprudenza consulente dell’epoca. Su Paolo de Castro, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*, nonché agli storici lavori di F.C. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1816), trad. it. a cura di E. BOLLATI, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, vol. II, Torino, 1854, pp. 695 ss.; e di E. BESTA, *Storia del diritto italiano*, vol. I, Milano, 1925, pp. 514, 629-630, 859-860 e 884.

³⁵ Cfr. PAULUS CASTRENSIS, *Clarissimi iuris utriusque doctoris Pauli Castrensis Commentariurum in codicem iustinianum Pars secunda*, Londra, 1544, f. 132: «*Non debent sententiae ferri subito, sed cum deliberatione [...]. Videtur etiam quod sententiae arbitrorum quae ferunt statim facto compromisso non valeant quasi latae sint causa non cognita*».

³⁶ *Ibidem*: «*si potest probari iudicem non vidisse acta: et sic non adhibuisse causae cognitionem sententia non valet*».

orale o scritta, in cui potevano essere pronunciate e pubblicate le «*sententiae*». Più in generale, dal discorso giurisprudenziale romano si apprende che la decisione doveva essere resa in *forma scritta*, sostenendosi che:

arbitri nulla sententia est, quam scriptam edidit
litigatoribus, si non ipse recitavit³⁷.

Oppure, che:

hac lege perpetuo credimus ordinandum, ut iudices, quos
cognoscendi et pronuntiandi necessitas tenet, non subitas,
sed deliberatione habita post negotium sententias
ponderatas sibi ante forment, et emendatas statim in
libellum secuta fidelitate conferant, scriptasque ex libello
partibus legant³⁸;

O, ancora, che:

huic adjicimus sanctioni, ut sententia, quae dicta fuerit,
cum scripta non esset, nec nomen quidem sententiae
habere mereatur³⁹.

³⁷ C. 7,44,1 (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex7.shtml>>).

³⁸ C. 7,44,2 (*ibidem*).

³⁹ C. 7,44,3 (*ibidem*).

E proprio a commento delle *leges* appena citate, Viviano Tosco⁴⁰, glossatore bolognese del XIII secolo, affermava che:

in scriptis debet iudex ferre sententiam [...], alioquin non valet⁴¹.

Della stessa idea era anche Enrico da Susa⁴², che peraltro disconosceva rilevanza alla consegna in forma scritta della sentenza:

si [sententiam iudex] edidit partibus in scriptis sedendo, sed non recitavit⁴³.

⁴⁰ Viviano Tosco nacque e morì a Bologna nel XIII secolo. Civilista, scrisse vari *casus* in margine al *Digestum Vetus*, al *Digestum Infortiatum* e al *Codex*. Sui «*casus*» si veda *infra*, § 2.3., nota 34. Su Viviano Tosco, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

⁴¹ Cfr. TUSCHUS, *Glossa ad C. 7,44,3*, in *Codicis D.N. Iustiniani sacratissimi principis Imperatoris Augusti Libri IX Priores*, Venezia, 1592, c. 2112.

⁴² Enrico Da Susa nacque nell'omonima cittadina piemontese (da cui prese il nome) nel 1210 e morì a Lione il 25 ottobre 1271. Cardinale italiano, fu uno dei più brillanti canonisti e glossatori europei del XIII secolo. È anche noto con il soprannome de «l'Ostiense» («*Hostiensis*»). Su Enrico da Susa, *amplius*, si rinvia a F. BAMBI, voce *Enrico da Susa, detto l'Ostiense*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 86-90, nonché a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

⁴³ Cfr. HOSTIENSIS, *op. cit.*, f. 148.

Va peraltro ricordato che alla regola della *forma scritta* il discorso giurisprudenziale romano ammetteva alcune deroghe:

nisi breves sint lites, et maxime vilium personarum, vel causarum (tunc enim sine scriptis, et sine aliqua expensa cognoscere praesidem oportet) et nisi episcopus cognoscat inter suos subditos⁴⁴.

Di queste eccezioni il discorso metagiurisprudenziale intermedio forniva poi ulteriori esemplificazioni.

Azzone⁴⁵, ad esempio, le riferiva alle cause di valore non superiore, un tempo, a 50 aurei e, alla sua epoca, a 300 aurei⁴⁶. Al contrario, altri ritenevano che le deroghe al principio della forma scritta fossero sempre rimesse *arbitrio iudicis*⁴⁷.

Che nel periodo intermedio – o, quantomeno, all’epoca dei glossatori – fosse invalsa la pratica di rendere le decisioni in *forma orale* sembra

⁴⁴ C. 7,44,3 (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex7.shtml>>).

⁴⁵ Azzone nacque nel 1150 ca. a Bologna, ove morì nel 1225 ca. Allievo di Giovanni Bassiano fu insigne giurista e noto esponente della c.d. Scuola di Bologna, ove insegnò diritto per oltre trent’anni. Su Azzone, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

⁴⁶ Cfr. AZZONE, *op. cit.*, f. 203.

⁴⁷ Cfr. TUSCHUS, *Glossa ad C. 7,44,3*, cit., c. 2113.

invece confermato da Enrico da Susa. Questi, dopo aver dichiarato che, secondo l'interpretazione letterale delle citate fonti romane, sarebbe stata nulla la sentenza:

si [iudex] recitavit in scriptis non per seipsum, sed per alium⁴⁸,

si affrettava ad aggiungere:

sed certe hoc non servatur de consuetudine. Imo tota die laici, et clerici iudices, et arbitri pronunciant sine scriptis, et tenet sententia alioquin sequeretur quod laicus non posset esse arbiter.⁴⁹

Tuttavia, già nei secoli immediatamente successivi, questa prassi prese a mutare, di nuovo in favore della *forma scritta*. Così, nel XVI secolo, Giovanni Battista Asinio⁵⁰, dopo aver osservato che:

⁴⁸ Sicché: «*litteras ignorans non potest ferre sententiam*» (HOSTIENSIS, *loc. ult. cit.*).

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Giovanni Battista Asinio (*Asinius*) nacque nella prima metà del XVI secolo a Firenze, ove morì nel 1585, dopo aver insegnato diritto a Pisa (dal 1543 al 1548) e a Firenze (dal 1549 al 1554). Tra le sue opere maggiori spicca la *Practica aurea seu processus iudiciarius ad Statutum florentinum de modo procedendi in civilibus interpretatio* (dal 1569 al 1571), riguardante il diritto processuale civile. Su Giovanni Battista Asinio, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia*

quaedam sunt acta, quae suapte natura scripturam
requiruntur, ut puta [...] sententia definitiva [...]. Alia
vero acta iudiciaria sunt, quae scripturam non requirunt,
ut puta [...] sententia interlocutoria, et similia, et illa
testibus probari possunt;

concludeva nel senso che:

usus et consuetudo invaluit, ut acta in scripturam
redigantur, quae non solum in Italia; sed extra quoque
Italiam communiter observantur,

con l'unica eccezione dell'ipotesi in cui si fosse trattato di una «parva
causa»⁵¹.

Sempre nello stesso periodo, d'altra parte, Giacomo Menochio⁵²

medievale, cit., ad indicem.

⁵¹ Cfr. ASINIUS, *Practica aurea seu processus iudiciarius ad Statutum florentinum de modo Procedendi in civilibus interpretatio*, Ticino, 1598, f. 109.

⁵² Giacomo Menochio (*Menochius*) nacque il 22 gennaio 1532 a Pavia, ove morì il 10 agosto 1607. Insigne giurista, prima presidente del Magistrato dei redditi e poi «*consiliator*» (*scil.* “senatore”; al riguardo, si veda *infra*, § 2.7.) in Milano, insegnò diritto comune e canonico in varie università, tra cui Pavia (dal 1556 al 1560), Mondovì (dal 1561 al 1566), Padova (dal 1566 al 1588) e infine di nuovo a Pavia (dal 1588 al 1607). Tra le sue opere principali merita di essere ricordata la *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo* (nel 1569), che, per l'attualità

individuava nei casi in cui il giudice dovesse decidere secondo equità, in materie rimesse al suo libero arbitrio, il perimetro in cui la decisione in *forma orale* era ancora ammessa e consentita. Egli però rilevava comunque l'esistenza, tra i *doctores legum*, di profonde *dissensiones* sulla questione⁵³.

1.3. *La sentenza come decisione parzialmente motivata. L'«expressio causae» come primo e parziale modulo di giustificazione della sentenza*

Le *regole formali* illustrate nel § 1.2., che come visto corrispondono ad altrettanti requisiti di “*esistenza*”, “*rilevanza*” e “*validità*” della «*sententia*», disegnano un *modello di sentenza* che, *prima facie*, può apparire assai distante da quello cui è abituato il moderno giurista dell'Europa continentale.

Infatti, il dovere per il giudice di *motivare* la propria decisione – o di «*exprimere causam in sententia*», secondo il lessico dell'epoca – non sembra

del tema e per l'ampiezza della sua disamina, ebbe un immediato e vastissimo successo, tanto da richiedere una rapida ristampa e da avere poi numerose altre edizioni. Su Giacomo Menochio, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

⁵³ Cfr. MENOCHIUS, *De arbitrariis iudicium quaestionibus et causis Libri duo*, Francoforte, 1576, p. 37.

in esso incluso, non figurando né tra i presupposti estrinseci di “esistenza” e “rilevanza” giuridica della «sententia», né tra le sue condizioni di piena “validità”. In altri termini, e almeno *prima facie*, il discorso giurisprudenziale romano – diversamente da quello moderno – sembra ignorare del tutto il problema della *giustificazione* della sentenza⁵⁴.

Tuttavia, si tratta di una conclusione affrettata e semplicistica, del cui carattere parzialmente erroneo – almeno se intendiamo il termine “*giustificazione*” in senso *ampio* (o *debole* o *lato*) – si proverà a dar conto nel presente paragrafo, iniziando proprio con l’illustrare l’opposta tesi di quanti, a partire dal discorso giurisprudenziale romano, hanno persino

⁵⁴ Sulla motivazione della sentenza nel diritto romano, si vedano i classici lavori di E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, vol. I, ristampa della 2^a ed., Padova, 1947, *ad indicem*; di G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, vol. I, «*Le legis actiones*», Roma, 1962, p. 435 ss.; nonché, più di recente, si veda N. SCAPINI, *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, XXXIII, 1983, p. 243 ss.; M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l’honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999, pp. 53 ss.; ID., *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano*, in *Bollettino dell’Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, C, 1997, pp. 41 ss. (successivamente in ID., *Lo stile delle sentenze e l’utilizzazione dei precedenti. Seminario Aristec-Perugia 1999*, Torino, 2000; e ora in ID., *Scritti giuridici*, vol. II, Palermo, 2003, pp. 803 ss.).

Sulla mancanza di testi di sentenze dell’epoca e la necessità di ricorrere alle fonti indirette, in massima parte contenute nel *Corpus juris* giustiniano, si veda *supra*, nota 4.

ricavato l'esistenza di un *generale "dovere"*, per il giudice, di *"motivare"* ogni sua decisione.

Una simile tesi, riportata da Tony Sauvel nel suo pionieristico lavoro sulla storia della motivazione in Francia⁵⁵, fu sostenuta agli inizi del XVII secolo da Bernard de La Roche-Flavin⁵⁶ nel suo *Trèze livres des Parlements de France* (1617)⁵⁷ e si fonda sul seguente passo di Ulpiano⁵⁸:

⁵⁵ T. SAUVEL, *Histoire de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l'étranger* (1955), trad. it. a cura di F.S. LOSITO, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, in *Frontiera d'Europa*, 1995, p. 71.

⁵⁶ Bernard de La Roche-Flavine nacque in Francia nel 1552 e morì nel 1627. *Docteur en droit civil* a 18 anni (nel 1570), a soli 22 anni (nel 1574) ricoprì il ruolo di *Conseiller au siège présidial*, per poi rivestire la carica, pochi anni dopo, di *Président à la Chambre des requêtes* del *Parlement* di Tolosa. La sua opera di maggior spessore – fondamentale per la comprensione del ruolo e delle funzioni dei *Parlements* nell'*ancien régime* – è *Trèze livres des Parlements de France*, del 1617.

⁵⁷ B. DE LA ROCHE-FLAVIN, *Trèze livres des Parlements de France, esquels est amplement tracité de leur origine et institution, et des Presidents, Conseillers, Gens du Roi, Greffiers, Secretaires, Huissiers et autres officiers*, Bourdeaux, 1617, p. 829 (citato da T. SAUVEL, *loc. ult. cit.*).

⁵⁸ Ulpiano (*Domitius Ulpianus*), nato a Tiro (in Fenicia), fu dapprima *assessor* di Papiniano e in seguito poi *praefectus praetorio* (dal 203 d.C. al 211 d.C.). Esiliato da Eliogabalo agli inizi del 222 d.C., fu richiamato da Alessandro Severo nello stesso anno e nominato *magister libellorum*, consigliere imperiale, *praefectus annonae*, e poi *praefectus praetorio* insieme con Paolo. Fido consigliere di Alessandro Severo, da cui era venerato, dovette, nonostante la protezione

'Ignominiae causa missum': hoc ideo adiectum est, quoniam multa sunt genera missionum. Est honesta, quae emeritis stipendiis vel ante ab imperatore indulgetur: est causaria, quae propter valitudinem laboribus militiae solvit: est ignominiosa. Ignominiosa autem missio totiens est, quotiens is qui mittit addit nominatim ignominiae causa se mittere. Semper enim debet addere, cur miles mittantur. Sed et si eum exauctoraverit, id est insignia militaria detraxerit, inter infames efficit, licet non addidisset ignominiae causa se eum exauctorasse⁵⁹.

dell'imperatore, soccombere all'ira dei pretoriani che l'uccisero nel 228 d.C.

Dalla dottrina romanistica Ulpiano è unanimemente considerato uno scrittore chiaro, colto, equilibrato e fecondo. La sua attività nei grandi *Commentarii ad Sabinum* e *ad edictum*, tuttavia, ha carattere prevalentemente compilatorio. Egli è infatti solito trascrivere largamente passi di opere di giuristi precedenti, specialmente di Giuliano. Le sue buone qualità di scrittore contribuirono alla straordinaria fama di cui godette negli ultimi secoli dell'Impero, e a far sì che le sue opere costituissero la base dei *Digesta seu Pandectae* giustiniane, oltre che un buon terzo dell'insieme. Le sue opere fondamentali sono gli 81 *Libri ad edictum praetoris urbani* e i 50 *Libri ad Sabinum* (quest'ultima, a noi giunta incompleta). Su Ulpiano, *amplius*, si rinvia a P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4^a ed., vol. I, Milano, 1934, p. 393 ss.; nonché a M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., pp. 467 ss.

⁵⁹ D. 3,2,2 (Ulpianus, libro sexto ad edictum, in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest3.shtml>>). Di seguito, si riporta la traduzione del passo, tratta da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, a cura di S. SCHIPANI, vol. I (1-4), Milano, 2005, p. 223 s.: «“Congedato

La Roche-Flavin ricava dunque l'esistenza di un *generale "dovere"* di "*motivare*" la «*sententia*» dalla necessità che l'atto di *missio*, là dove emesso «*ignominiae causa*», debba recarne espressa menzione⁶⁰; menzione che, pertanto, deve essere sempre aggiunta⁶¹, affinché il *miles* possa essere congedato⁶² con una decisione valida.

Ebbene, appare chiara la forzatura testuale compiuta da La Roche-Flavin nell'interpretazione di questo frammento⁶³. Egli non riesce infatti a fondare pienamente la propria conclusione in ordine all'esistenza di un *generale "dovere"* di "*motivare*" le sentenze predicato dal discorso giurisprudenziale romano. Ciò, per almeno due ordini di ragioni, le prime

a causa di ignominia": ciò è stato aggiunto perché molteplici sono i generi di congedi. Vi è quello onorevole, che è accordato dall'imperatore al termine del servizio militare o anche prima; vi è quello motivato, che esonera dagli oneri militari per ragioni di salute; vi è quello ignominioso. Il congedo, invero, è ignominioso tutte le volte che chi congeda aggiunge espressamente di congedare a causa di ignominia. Infatti [chi congeda] deve sempre aggiungere perché un soldato viene congedato. Ma anche se lo abbia destituito, cioè lo abbia privato delle insegne militari, lo pone tra i colpiti con nota di infami, nonostante abbia aggiunto di averlo destituito a causa di ignominia».

⁶⁰ «*nominatim*».

⁶¹ «*semper debet addere*».

⁶² «*cur miles mittantur*».

⁶³ Cfr. T. SAUVEL, *loc. ult. cit.*, per il quale: «La Roche Flavin ha forzato il senso delle parole».

relative all'*estensione* e le seconde al *significato* della formula «*exprimere causam in sententia*».

Innanzitutto, l'atto di *missio* non rappresenta affatto la conclusione di un procedimento giurisdizionale e, in questo senso, esso non è affatto assimilabile ad una «*sententia*». Esso, piuttosto, rappresenta un provvedimento di natura *lato sensu* "amministrativa", emesso dal comandante dell'esercito e, in ragione della sua natura particolarmente sfavorevole, doverosamente accompagnato dall'indicazione della *ratio decidendi*⁶⁴.

Ma quand'anche nell'atto di *missio* si volesse vedere una «*sententia*» per la quale sarebbe richiesta l'espressa indicazione della «*causa*», non si comprende come da ciò possa poi trarre un *generale* "dovere", per il giudice, di "motivare" le proprie decisioni, al più potendosi da ciò inferire, in via analogica, soltanto l'obbligo di *giustificare* le decisioni sfavorevoli, e precisamente soltanto quelli a carattere infamante⁶⁵.

Ad una più attenta analisi, allora, la tesi proposta da La Roche-Flavin sembra fondarsi non tanto sull'esegesi diretta del frammento di Ulpiano, quanto sulla glossa riportata in margine allo stesso, nella quale può infatti

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Sull'«*infamia*» nel diritto romano, cfr. A. MAZZACANE, voce *Infamia (storia)*, in *Enc. dir.*, 1971, pp. 382 ss.

leggersi che:

Ex hoc trahitur argumentum quod iudex in sententia
damnationis exprimere debeat causam

E proprio a partire da questa glossa, secondo gli storici databile attorno alla prima metà del XIII secolo ⁶⁶, La Roche-Flavin ha verosimilmente ricavato il “*dovere*” per lo *iudex* romano di “*motivare*”.

Pertanto, la tesi avanzata da La Roche-Flavin andrebbe ascritta non tanto al giureconsulto romano – e quindi al discorso giurisprudenziale romano –, bensì dell’anonimo glossatore duecentesco del passo ulpiano. In altri termini, si tratterebbe di un’*operazione metalinguistica* compiuta da giuristi intermedi “*sul*” discorso giurisprudenziale romano⁶⁷.

Peraltro, la stessa tesi contenuta nella glossa, tralatiziamente riportata da La Roche-Flavin e da questi ascritta al discorso giurisprudenziale romano, null’altro che un ragionamento analogico: dal provvedimento “*amministrativo*” di *missio* alla «*sententia damnationis*» – atto tipicamente giurisdizionale – il “*dovere*” di «*exprimere causam*» trapasserebbe, infatti, in ragione della medesima funzione dallo stesso assolta: di garanzia e tutela

⁶⁶ Così F. MANCUSO, *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell’età del diritto comune classico*, Milano, 1999, p. 29, nota 32.

⁶⁷ Sul punto, si veda *supra*, note 6 e 14.

della parte contro l'effetto infamante prodotto da entrambi gli atti.

E così, come il comandante dell'esercito che intenda "licenziare" il *miles* dovrà «*addere causam*», parimenti ad «*exprimere causam*» sarà tenuto lo *iudex* che intenda pronunciare una «*sententia damnationis*».

Eppure, l'idea che i provvedimenti che conferiscono lo stigma dell'*infamia* debbano indicare in via espressa la «*causa*» ricorre – ed anche con una certa frequenza – proprio nello stesso discorso giurisprudenziale romano.

In questo senso, un esempio può rinvenirsi nel seguente frammento, anch'esso di Ulpiano, ove al magistrato che procede alla rimozione del tutore viene imposto di enunciare⁶⁸, nel proprio provvedimento⁶⁹, la «*causa removendi*»:

Hae enim causae faciunt, ut integra existimatione tutela vel cura quis abeat. Decreto igitur debebit causam removendi significari, ut appareat de existimatione. Quid ergo si non significaverit causam remotionis decreto suo?⁷⁰

⁶⁸ «*significare*».

⁶⁹ «*decretum*».

⁷⁰ D., 26,10,4 (*Ulpianus, libro primo de omnibus tribunalibus*). Di seguito, si riporta la traduzione del passo, tratta da *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, a cura di S. SCHIPANI, vol. IV (1-4), Milano, 2011, p. 411:

Anche in questo caso la ragione dell'indicazione della «*causa*» sembra risiedere nella tutela della reputazione⁷¹ del soggetto colpito dal provvedimento, non lasciando così spazio a dubbi di sorta circa l'avvenuta irrogazione o meno dell'*infamia*.

Tuttavia – e qui risiederebbe la differenza rispetto al precedente frammento – questa volta il *decretum magistratus* non è affatto un semplice atto “*amministrativo*”. Esso, infatti, rappresenta una vera e propria *decisione giudiziaria*. In tal caso, allora, il dovere di «*exprimere causam in sententia*» potrebbe trarsi non già in via analogica, bensì in via immediata e diretta dallo stesso frammento.

Inoltre, esiste un altro frammento che potrebbe avvalorare la tesi del “*dovere*” in capo al giudice di «*exprimere causam in sententia*» nelle proprie decisioni, sebbene anche in tal caso – come nel precedente – si versi ancora una volta in un'ipotesi *specificata e determinata*. Il passo in questione, la cui paternità è ascrivibile a Macro⁷², è il seguente:

«Infatti, queste cause fanno sì che qualcuno lasci la tutela o la curatela mantenendo intatta la propria reputazione. Nel decreto, pertanto, si dovrà indicare la causa della rimozione, in modo che vi sia chiarezza riguardo alla reputazione. Che sarà dunque se [il pretore] non avrà indicato nel suo decreto la causa della rimozione?».

⁷¹ «*existimatione*».

⁷² Macro (*Aemilius Macer*) fu un giureconsulto romano che visse nel III secolo

Sciendum est, cum appellatio non recipitur, praecipi sacris constitutionibus omnia in eodem statu esse nec quicquam novari, etiamsi contra fiscum appellatum sit: eumque, qui appellationem non receperit, opinionem suam confestim per relationem manifestare et causam, pro qua non recepit appellationem, eiusquem exemplum litigatori edere debere mandatis cavetur⁷³.

Il testo è illuminante: nel momento in cui il giudice intenda dichiarare inammissibile l'appello per una delle cause previste⁷⁴, dovrà manifestare la «causa» ostativa e *giustificare* così la propria decisione sul punto⁷⁵.

È chiaro come, anche qui, ci si trovi di fronte ad un caso *specifico e determinato*, che riguarda peraltro l'«*appellatio*» e quindi, sicuramente, la *cognitio extra ordinem*⁷⁶. Come nelle precedenti, inoltre, anche in questa

d.C., tra gli imperatori Caracalla e Alessandro Severo. Scrisse prevalentemente opere di diritto pubblico e di diritto processuale civile. Le sue opere principale sono il *De officio praesidis* e il *de publicis iudiciis* (relative al diritto pubblico) e il *De appellationibus* (relativa al diritto processuale). Su Macro, *amplius*, si rinvia a P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, cit., p. 392; nonché a M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., p. 466.

⁷³ D. 49,5,6 (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest49.shtml>>).

⁷⁴ Ad esempio, per decorrenza dei termini.

⁷⁵ «*manifestare et causam*».

⁷⁶ Nell'esperienza giuridica romana la «*cognitio extra ordinem*» è il rito processuale tipico dell'età imperiale. Istituito nell'*ordo* della *Lex Iulia* del 17 a.C.,

esso inizialmente si affiancò al processo repubblicano «*per formulas*» (su cui si veda *infra*, nota 78) e, col tempo, finì quindi per soppiantarlo del tutto, sia nella prassi metropolitana che in quella delle *provinciae*. Invalso, fin dall'epoca di Augusto, in campo tanto civile quanto criminale, si connotò per il carattere di maggior ufficialità e diede luogo a notevoli differenze rispetto al processo «*per formulas*» con il quale pure coesistette a lungo. Nella «*cognitio extra ordinem*», infatti, manca del tutto la tradizionale distinzione in due fasi, «*in iure*» e «*apud iudicem*», tipica del processo «*per formulas*»; e ciò in perché il rito si celebrava, fino alla sua naturale conclusione della sentenza emessa dal funzionario, sotto l'esclusiva direzione di quest'ultimo, senza che la decisione fosse mai affidata a «*iudices privati*».

Oltre alla progressiva enucleazione di regole in materia di valutazione delle prove, la *cognitio extra ordinem* offrì al giudice la possibilità di pronunciare *sententiae* eseguibili in forma specifica; e ciò perché a decidere la controversia non era più uno «*iudex privatus*», seppur incaricato dal *magistratus* – come avveniva nel processo «*per formulas*» – bensì un soggetto munito di «*imperium*», in quanto delegato direttamente dall'imperatore o da un funzionario di grado a lui superiore. A questi poteva appellarsi la parte soccombente, in caso di sentenza ritenuta ingiusta; facoltà, questa, che non era invece data rispetto alle decisioni adottate dallo «*iudex privatus*» nel processo «*per formulas*».

Solo nella «*cognitio extra ordinem*», infatti, la sentenza divenne normalmente appellabile. La parte che voleva proporre appello doveva dichiararlo subito dopo la lettura della sentenza e doveva far pervenire entro brevissimo tempo (in soli 10 giorni all'epoca di Giustiniano) al giudice di primo grado il *libellus appellatorius*. Il giudice di primo grado trasmetteva il *libellus* con una relazione al giudice di appello davanti al quale si procedeva *ex novo*, potendosi raccogliere nuove prove, proporre nuove domande e nuove eccezioni, tanto per l'appellante quanto per la controparte. L'appello aveva inoltre effetti sospensivi della *sententia* di primo grado. Se l'appellante soccombeva, poteva essere condannato

ipotesi l'inserzione della «*causa*» è richiesta a tutela della parte; precisamente, di quella a cui il giudice, *per relationem*, deve inequivocabilmente render conto nella decisione di inammissibilità dell'appello. Infine, è utile notare che in tal caso la «*sententia*» non potrà che essere *soltanto parzialmente motivata in diritto*, in base quindi a una norma processuale che dimostri la fondatezza della decisione.

Si potrebbe allora affermare, almeno *prima facie*, che lo *iudex* romano, in *specifiche e determinate* ipotesi, fosse effettivamente “*tenuto a*” – e quindi “*dovesse*” – esprimere la «*causa*» nella propria «*sententia*».

Per giunta, non sono affatto infrequenti, all'infuori di queste ipotesi, i casi in cui i giudici erano comunque soliti aggiungere alle proprie decisioni l'indicazione della «*causa*». In proposito, di notevole interesse risulta il seguente passo tratto dal *De officiis* di Cicerone:

Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti[tum] Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrisit insulam, emit P[ublius] Calpurnius Lunarius. Huic, ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus

ad una pena pecuniaria e la sentenza poteva essere modificata «*in peius*».

Sul tema, *amplius*, si rinvia a G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., in particolare pp. 341 ss. e 766 ss.

esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, “quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona”. M[arcus] Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater. Ut enim caeteri ex patribus, sic hic, quid illud lumen progenuit, ex filio est nominandus. Is igitur iudex ita pronuntiavit, “cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere”.⁷⁷

Si tratta di un’*actio empti ex fide bona*⁷⁸, promossa da Calpurnio Lunaro

⁷⁷ CICERO, *De officiis*, 3, 66. Sul brano, si vedano le interessanti osservazioni di G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic., De off. 3.69-70*, in *Annali del seminario giuridico dell’Università degli studi di Palermo*, vol. LVI, Torino, 2013, p. 269.

⁷⁸ Le *actiones* (o *iudicia*) *bonae fidei* sono una caratteristica tipica del del diritto romano dell’età repubblicana. In questo periodo, i processi di cognizione erano distinti in due fasi: la prima, detta fase «*in iure*», si svolgeva innanzi al *magistratus* («*praetor urbanus*» o «*praetor peregrinus*», soggetti entrambi muniti di «*imperium*») ed era dedicata alla stesura e composizione della «*formula*»; la seconda, detta fase «*apud iudicem*», si svolgeva innanzi ad un giudice privato scelto dalle parti ed era esclusivamente dedicata all’accertamento dei fatti posti a fondamento della pretesa recata nella «*formula*». Il carattere preminente del processo «*per formulas*», dunque, era quello di deferire il giudizio, vertente su una data controversia, ad un organo giudicante privato («*iudex privatus*»), scelto specificamente per questa e accettato dalle parti, e di determinare il suo compito e il suo potere con proposizioni (le «*formulae*», appunto), le cui parole, pur seguendo di solito dati schemi, erano liberamente precisabili e combinabili dal

magistratus nella fase «*in iure*», su richiesta e con il concorso delle parti. La «*formula*», quindi, serviva a determinare il compito dello «*iudex privatus*», indicandogli che cosa, nella fase da svolgere innanzi a sé (fase, per l'appunto detta «*apud iudicem*») avrebbe dovuto accertare come vero o non-vero per potere (e dovere) condannare o assolvere il convenuto.

Il modello della «*formula*» era scomponibile in quattro parti, in ragione delle diverse funzioni da queste svolte: «*demonstratio*», «*intentio*», «*adiudicatio*», «*condemnatio*» (cfr. *Gai Inst.* 4, 39). Gli *iudicia* (o *actiones*) *bonae fidei* nascono proprio in ragione della peculiare conformazione che in essi assume l'«*intentio*». Questa parte della formula riproduce la pretesa dell'attore, spesso in forma ipotetica e sempre come oggetto dell'accertamento del giudice (cfr. *Gai Inst.* 4, 41: «*intentio est ea pars formulae, qua actor desiderium suum concludit: velut haec pars formulae: "Si paret N[umerium] Negidium A[ulo] Agerio sestertium x milia dare oportere"; item haec: "Quidquid paret N[umerium] Negidium A[ulo] Agerio dare facere oportere"; item haec: "Si paret hominem ex iure Quiritium A[uli] Agerii esse"»»). Nell'«*intentio*», quindi, la pretesa attrice era enunciata come condizione (spesso in senso letterale, sempre comunque in senso sostanziale) della condanna del convenuto. Laddove fosse indeterminata, la *formula* prescriveva al giudice, nell'accertare se e che cosa il convenuto fosse obbligato a dare o fare nei riguardi dell'attore («*Quidquid paret N[umerium] Negidium A[ulo] Agerio dare facere oportere*»), di attenersi a quel complesso di criteri etico-sociali vigenti fra persone per bene indicato con l'espressione «*fides bona*». Il *iudicium* (o l'*actio*) che da una *formula* comprendente una simile *intentio* derivava, venne chiamato «*iudicium bonae fidei*», in antitesi a quello fondato sullo «*strictum ius*» (cc.dd. «*iudicia stricti iuris*» o «*actiones stricti iuris*»).*

L'*actio empti*, in particolare, era un'*actio bonae fidei* concessa all'acquirente nel caso in cui il venditore non avesse provveduto a trasmettere il possesso della cosa venduta o, trattandosi di *res Mancipi*, non ne avesse effettuato la *mancipatio*. Stante l'obbligo per il venditore di trasmettere esclusivamente il possesso e non

contro Claudio Centumalo. Questi, sebbene gli àuguri avessero ingiunto di demolire parti del suo edificio che per la loro elevazione impedivano di prendere gli auspici⁷⁹, tuttavia lo vendette a Calpurnio⁸⁰. Gli àuguri riproposero allora l'ingiunzione contro il nuovo proprietario⁸¹, Calpurnio, che quindi dovette procedere alla demolizione. E così, il giudice affermò la responsabilità per danno del venditore,

cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset.

Marco Catone – *iudex* della controversia, nonché padre di Catone

anche la proprietà (cfr. D. 19,4,1: «*venditori sufficit [...] possessionem tradere*»; in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest19.shtml> >), questi era altresì obbligato a garantire l'acquirente contro il pericolo di evizione (*ibidem*: «*ob evictionem se obligare*»). Inoltre, essa era esperibile dall'acquirente ogni volta che la *res* oggetto di *emptio venditio* non corrispondeva ai requisiti dichiarati anche informalmente all'atto della compravendita, oppure presentava vizi dolosamente taciuti dal venditore. Quest'ultima ipotesi – oggetto del frammento riportato nel corpo del testo – costituiva l'obbligazione c.d. di «*purgari dolo malo*» (*ibidem*).

Sul tema, *amplius*, si rinvia a G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., in particolare pp. 230, 241, 289, 305, 319, 520, 529 s., 543, 546, 560 ss., 574, 588, 620 s., 629, 875.

⁷⁹ «*cum [...] augures iussissent Ti[tum] Claudium Centumalum [...] demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis*».

⁸⁰ «*Claudius proscripsit insulam, emit P[ublius] Calpurnius Lunarius*».

⁸¹ «*ab auguribus illud idem denuntiatum est*».

l'Uticense (e quindi avo dello stesso Cicerone⁸²) – espresse qui le *ragioni* della «sententia» di *condemnatio*.

Si potrebbe così arrivare alla conclusione che, effettivamente, il discorso giurisprudenziale romano ammettesse – e finanche prevedesse – la “motivazione” delle *sententiae*. Tuttavia, si tratta di una conclusione affrettata, e persino errata, per quanto subito si mostrerà.

Proprio l'esame di quest'ultimo caso, infatti, consente di pervenire ad una conclusione diversa e opposta: ossia, che la «causa» del discorso giurisprudenziale romano non rappresenta affatto una *giustificazione integrale* delle *ragioni di fatto e di diritto* della sentenza. Al contrario, è facile rilevare che, mentre le prime spesso restano del tutto inesprese, sono soltanto le seconde a trasparire appena – compendiate in un unico enunciato linguistico sintatticamente legato alla «sententia» e comprendente soltanto «poche parole essenziali»⁸³.

Possiamo allora affermare, in prima battuta, che nel discorso giurisprudenziale romano, a fianco di *specifiche e determinate* ipotesi in cui

⁸² «M[arcus] Cato [...] *huius nostri Catonis pater*».

⁸³ In questo senso, cfr. G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 328: «È da credere che, ricalcando la formula, essi [*scil.* i testi delle sentenze] fossero molto stringati e che la parte da essi riservata alla motivazione, pur non mancando, constasse di poche parole essenziali». Ciò che, peraltro, sembra un dato comune a tutte le decisioni giurisidizionali dell'epoca.

i giudici erano propriamente “*tenuti*” a indicare la «*causa*» del proprio provvedimento⁸⁴, molte altre ne esistevano nelle quali essi, pur in assenza di uno specifico dovere sul punto, pur sempre solevano includere, nelle proprie decisioni, quel *primo modulo di giustificazione parziale* che prende il nome di «*causa in sententia*». E che nelle pronunce giudiziarie romane tale *modulo giustificativo* fosse spesso presente, è conclusione di cui è convinta anche larga parte della dottrina romanistica.

In uno dei suoi studi in tema di motivazione risalente a più di trent’anni fa, infatti, Nicola Scapini – ad esempio – affermava che:

i giudici romani lasciavano trasparire spesso, sebbene in forma generica e sommaria, le *ragioni fondamentali* delle loro decisioni⁸⁵.

Pertanto, si può ben affermare che:

a) il discorso giurisprudenziale romano non prevedeva alcun *generale “dovere”*, per il giudice, di «*exprimere causam in sententia*» – se non in *alcune, specifiche e determinate* ipotesi;

b) a tali *specifiche e determinate* ipotesi, si aggiunge una *prassi giudiziaria*

⁸⁴ E ciò – come si è visto sopra – avveniva in special modo a tutela del soggetto colpito da un provvisoriamente infamante.

⁸⁵ In questi termini, N. SCAPINI, *Il problema della motivazione*, cit., p. 240 (corsivo redazionale).

improntata, nella gran parte dei casi – sebbene non in tutti⁸⁶ –, all'esternazione in forma concisa e lapidaria, di quel che abbiamo sopra definito come un *parziale modulo di giustificazione della sentenza*⁸⁷.

Questa duplice conclusione anticipa il secondo ordine di ragioni per cui non si ritiene possibile accogliere la tesi di La Roche-Flavin. Esso riguarda, più in particolare, il *significato* della formula «*exprimere causam in sententia*», e la sua differenza con l'odierno *significato* dell'espressione “*motivare una sentenza*”.

Ebbene, proprio l'esame dei frammenti di Ulpiano, Macro e Cicerone conferma come l'«*expressio causae in sententia*» sia ben lungi dall'identificarsi con una vera e propria “*motivazione della sentenza*”⁸⁸ – almeno se intendiamo quest'ultima espressione nel *significato* ad essa comunemente ascritto a partire dall'età moderna, ossia di “*integrale*”

⁸⁶ Sostiene la tesi che i giudici romani motivassero non già «usualmente», ma solo «talvolta», K. VISKI, *Urteilsbegründung im römischen Zivilprozess*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, vol. XVIII, 1971, p. 749 (citato da M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., p. 58, nota 41).

⁸⁷ Sulla nascita e sullo sviluppo di una diversa (e opposta) *prassi giudiziaria* in età intermedia, si veda *infra*, § 2.3.

⁸⁸ Sulla differenza tra il moderno concetto di “*motivazione della sentenza*” e quello antico di «*exprimere causam in sententia*», la dottrina romanistica appare concorde. Cfr., per tutti, M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione*, cit., pp. 53 ss.

giustificazione in fatto e in diritto di una sentenza.

Tuttavia, non si deve pensare che il concetto di «*causa in sententia*», in quanto non rispondente all'odierno significato dell'espressione "*motivazione della sentenza*", debba per ciò solo essere espulso dal discorso teorico sui *moduli di giustificazione delle sentenze*. Una tesi, quest'ultima, a suo tempo già autorevolmente espressa – sebbene in forme diverse – da Gino Gorla, per il quale nella «*causa in sententia expressa*»:

non vi sono argomentazioni o giustificazioni, ma semplicemente indicazioni o affermazioni⁸⁹.

Al contrario – e come già detto – la «*causa in sententia expressa*» rappresenta pur sempre un *primo e parziale modulo di giustificazione delle decisioni giudiziarie*, idealmente situato alle *origini* di un lungo percorso che, partendo così dal *modello di sentenza* come "*decisione parzialmente motivata*" e attraversando poi una *lunga fase involutiva* – protrattasi per quasi cinque secoli nel corso dell'età intermedia⁹⁰ – approderà infine a quella vera e propria *rivoluzione della modernità giuridica* in cui consistono, per un verso, il rifiuto della *sentenza* come "*decisione non motivata*" e, per

⁸⁹ Così G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., p. 209.

⁹⁰ Di tale fase involutiva saranno illustrate, nel prossimo capitolo, le principali *ragioni giustificative*, avendo altresì cura di ricostruire le *vicende storiche* alle prime pertinenti.

altro verso, l'accoglimento dell'opposto *modello di sentenza* come "*decisione necessariamente motivata*"⁹¹, passando prima per il *modello di sentenza* come "*decisione motivata*"⁹².

⁹¹ Di tale approdo si darà conto nel capitolo terzo, ove sarà elaborata e proposta una tipologia di *condizioni* che:

a) se (*anche soltanto in parte*) *assenti*, implicano l'esistenza di *un solo modello di sentenza* all'interno di un ordinamento giuridico: quello della *decisione non motivata*;

b) se (*rigorosamente tutte*) *presenti*, possono esser lette e comprese come altrettante *ragioni assiologiche* a sostegno di *uno solo modello di sentenza*: quello della *decisione necessariamente motivata*.

Sul punto, si veda *infra*, capitolo terzo, *passim* e in particolare § 3.1.

⁹² Nell'ambito del presente lavoro, distingueremo il "*modello di sentenza come decisione necessariamente motivata*" dal semplice "*modello di sentenza come decisione necessariamente motivata*" per il fatto che il primo, a differenza del secondo, è garantito dalla sanzione di nullità dell'atto sprovvisto di motivazione.

CAPITOLO SECONDO

LA SENTENZA COME DECISIONE NON MOTIVATA TRE RAGIONI PER NON MOTIVARE LA SENTENZA

SOMMARIO: 2.1. Premessa. Tre ragioni per non motivare la sentenza – 2.2. La regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*». – 2.3. A) Una prima ragione per non motivare la sentenza: il principio di autorità – 2.4. B) Una seconda ragione per non motivare la sentenza: il principio d'insindacabilità. – 2.5. Alcune deroghe alla regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*». – 2.6. La motivazione delle sentenze penali nelle corti francesi. – 2.7. La motivazione delle sentenze penali nelle corti italiane. – 2.8. C) Una terza ragione per non motivare la sentenza: il principio di concentrazione dei poteri.

2.1. Premessa. Tre ragioni per non motivare la sentenza

Nel capitolo precedente abbiamo visto come l'«*expressio causae in sententia*» fosse alquanto diffusa nella *prassi giudiziaria* romana, anche al di là delle *specifiche e determinate* ipotesi in cui lo *iudex* era propriamente “tenuto” ad anteporla alla propria decisione. Inoltre, abbiamo precisato che il *significato* della formula «*exprimere causam in sententia*» non coincide affatto con quello, tipicamente moderno, di “motivare una sentenza”. D'altra parte – abbiamo concluso – essa costituisce pur sempre un *primo* e

parziale modulo giustificativo delle sentenze, contraddistinto da un unico enunciato linguistico sintatticamente legato al dispositivo, recante – ancorché in forma incompleta e rudimentale – (almeno) alcune *ragioni fondamentali* della decisione adottata dal giudice¹.

Quel che dal discorso giurisprudenziale romano non sembra invece possibile inferire, è la *regola* – per certi versi incompatibile con (e opposta a) quanto dianzi ricordato – per cui il giudice *non fosse affatto tenuto a motivare le proprie sentenze*, nemmeno in forma parziale.

Tuttavia, a partire dalla metà del XIII secolo, fu proprio questa *l'opinio iuris* che iniziò a farsi strada nel discorso giurisprudenziale intermedio, dapprima – ma solo debolmente – nei glossatori, più tardi – e sempre più fermamente – anche nei commentatori quattrocenteschi²: ossia, la *regola* per cui «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*».

Secondo questa concezione dei rapporti tra «*sententia*» (o «*declaratio*» o «*decisio*» o «*iuris-dictio*»³) ed «*expressio causae*», quest'ultima sarebbe stata

¹ Su questa conclusione, argomentata *supra*, § 1.3., si rammenti ancora una volta quanto affermato da Nicola Scapini, per il quale: «i giudici romani lasciavano trasparire spesso, sebbene in forma generica e sommaria, le *ragioni fondamentali* delle loro decisioni» (N. SCAPINI, *Il problema della motivazione*, cit., p. 240; corsivo redazionale).

² Sulla nascita, sugli autori e sui lavori delle Scuole dei cc.dd. «*glossatori*» e «*commentatori*» si rinvia a G. CHIODI, voce *Lo ius civile*, cit. pp. 7-14.

³ Diversamente dall'unico termine in uso nell'età romana (su cui si veda

non solo *non doverosa*, ma anche *pericolosa*. E ciò perché l'indicazione di una *ragione errata* avrebbe reso «*nulla*» una *sententia* altrimenti *valida*⁴.

Si tratta di un *mutamento di paradigma* radicale, atteso che fino alla metà del XIII secolo nella *sententia* era di norma inserita la «*causa*», seppur in forma concisa e incisiva, in ossequio al canone stilistico secondo cui:

in sententia nullum verbum debet esse superfluum et sine
virtute operandi apponi debeat⁵.

Pertanto, questo *primo mutamento di paradigma* sollecita un delicato ordine di riflessioni, in cui s'intersecano livelli e universi di discorso diversi, che è quindi opportuno riconoscere e distinguere.

Per un verso, infatti, esso impone, sul piano dell'*analisi gius-filosofica*, un'*indagine* relativa alle *principali ragioni* che hanno consentito la lunga e duratura sopravvivenza, entro il discorso giuridico d'età intermedia, di una simile *regola*, e che rappresentano altrettante *ragioni per non motivare la*

supra, § 1.1., nota 13), in età intermedia le pronunce giudiziarie erano indicate con almeno quattro diversi lemmi: «*sententia*», «*declaratio*», «*decisio*» o «*iuris dictio*». Sul punto, cfr. G.P. MASSETTO, voce *Sentenza*, cit., p. 1217.

⁴ Sul punto, si veda *infra*, § 2.4.

⁵ In tal senso, S. STRYKIUS, *Disertatione Iuridicae*, vol. III, *Disput.* III, cap. IV, *De sententia*, § 12 (citato da F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981, p. 267).

*sentenza*⁶. Per altro verso, e al contempo, esso implica una consapevolezza delle *vicende storiche* che hanno rappresentato le espressioni principali di tali *ragioni*. All'analisi congiunta di questi profili è dedicato il presente capitolo.

Innanzitutto, nel § 2.2., ci si soffermerà sulla lenta e progressiva formazione della *regola* «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*», iniziata verso la metà del XIII secolo e conclusasi nella seconda metà XVI secolo.

In seguito saranno identificate e illustrate – rispettivamente nei §§ 2.3., 2.4. e 2.8. – *tre ragioni* che hanno *giustificato* la perdurante sopravvivenza di questa *regola* lungo tutta l'età intermedia, sebbene essa fosse ritenuta non applicabile in un limitato numero di *casi* o *materie* – tra le quali, particolare importanza assume la *materia penale* – di cui si tratterà nel § 2.5.

E proprio alla materia penale sono dedicati i §§ 2.6., 2.7 e 2.8., ove si cercherà di mostrare come il *modulo giustificativo* della «*causa in sententia*» abbia seguito un percorso a fasi alterne: da necessario requisito delle «*sententiae in criminalibus*» emesse dalle corti francesi (§ 2.6.) e italiane (§ 2.7.), a operazione costantemente ripudiata dai Grandi Tribunali dell'epoca (§ 2.8.), l'attività decisoria dei quali (la c.d. «*iuris-dictio*») era

⁶ Sul punto, si veda *infra*, § 3.1.

intesa come manifestazione di una funzione sovrana loro “*delegata*” dall’imperatore (c.d. «*princeps*») o dal papa, potendosi così svolgere nella più illimitata e arbitraria dimensione potestativa⁷.

Peraltro, non è difficile notare come tale percorso disegni una vera e propria *parabola involutiva*, ove l’iniziale concezione della sentenza come “*decisione parzialmente motivata*” finisce per declinare nell’opposto *modello di sentenza* come “*decisione non motivata*”.

2.2. La regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*»

È un fatto che, nella seconda metà del XVI secolo, l’autorevole raccolta di consolidate «*communes opinioniones*» formata da Francesco Vivio, tra le molte, includeva anche quella, allora pacifica e unanime, secondo cui «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*»⁸.

⁷ Sul tema, cfr. N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, in *Rivista di diritto processuale*, 1985, pp. 758 ss., nonché *infra*, § 2.8.

⁸ Cfr. VIVIUS, *Communium opinionum doctorum utriusque censurae liber primus*, Venezia, 1566, *ad verbum Iudex*, 162 s. Di seguito, Vivio prosegue affermando che «*ratio istius communis [opinionis] videtur haec, quia iudex relevatur a iure ab expressione causae in sententia illud est propter praesumptionem iuris quae est pro iudice*». A fondamento di tale *praesumptio* a favore dello *iudex* venivano richiamate le *Constitutiones* C. 6,10,1 (in

Poco tempo prima, d'altronde, anche lo spagnolo Girolamo De Caevallos⁹ riteneva «*notissima*» la «*in iure conclusio*» secondo cui:

<<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex6.shtml>>) e C.1,45,2 (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex1.shtml>>).

Sul punto, cfr. altresì F. CORDERO, *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2011, p. 1017, il quale afferma che, ancora nel Settecento, «è regola europea che “*non tene[a]tur iudex causam in sententia exprimere*”, tanto meno se giudica al vertice; a Tolosa, il parlamento ha inflitto “*non levem mulctam*” all’impudente che osa chiedere i motivi». L’affermazione di Cordero rievoca il passo «*non tenetur iudex causam in sententia exprimer, maxime si sit supremus magistratus [...] temerarium est causam repscere [...]*», citato da R. AJELLO, *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976, p. 348, nota 108.

⁹ Sul giurista spagnolo Girolamo De Caevallos, si veda quanto scritto da Ludovico Antonio Muratori nella metà del Settecento. Questi considera lo *Speculum aureum* come la più chiara manifestazione del carattere caotico, confuso e contraddittorio dell’esperienza giuridica dell’età intermedia – e, conseguentemente, di quella della sua epoca –, costituita da una moltitudine di «commenti alle leggi», da nuvoli di «di allegazioni e consigli» e da «una sterminata abbondanza di trattati di particolari argomenti e di decisioni emanate da varie Ruote e Senati».

Si domanda perciò il Muratori «qual giovamento sì sterminata mole di volumi abbia recato alla giurisprudenza», rispondendosi che «ad altro non ha servito né serve questo diluvio d’opere legali [...] che a rendere la giurisprudenza più difficile, imbrogliata e spinosa e più incerti e dubbiosi i giudizi di chi deve amministrare la giustizia. Volgete e rivolgete questi libri: troverete un’infinità di sentenze e conclusioni tutte in guerra fra loro, cioè contrarie o contraddittorie. Allorché avrete osservato in dieci autori come s’ha a stabilire una massima, a decidere una controversia, passate innanzi, e venti o

in sententia non est causa inserenda¹⁰.

La comparsa di questo principio, sebbene espresso in forma ancora vaga e indeterminata, tuttavia è di gran lunga precedente rispetto all'epoca in cui vissero il De Caevallos e il Vivio. Infatti, alcune prime e rudimentali elaborazioni di questa, per certi versi, nuova concezione dei

trenta altri ne incontrerete, che spacciano e assodano, con ragioni diverse, un differente parere. In quel vasto emporio de' libri legali tanto l'attore quanto il reo scuoprono quell'armi, con cui, nel medesimo tempo, si ha da difendere la stessa pretensione e causa. Né io condurrò qui il lettore in un lungo viaggio. A me basta ch'egli meco venga per dare un'occhiata all'opera di un famoso scrittore spagnuolo, intendo io dello *Speculum aureum* di Girolamo Zevallos o sia Caevallos o Zevaglios, come dicono gli Spagnuoli, il quale coll'aver solamente radunato le *opinioni comuni contro le comuni*, ne formò quattro tomi in folio. Né già contrasto io a lui l'aver chiamata *aurea* quella sua opera, quantunque in fine poco o niun profitto se ne ricavi, ma dico bene che niuna più d'essa è bastevole a sommamente discreditar la giurisprudenza d'oggi, da che egli ce la fa veder così discorde ed inesatta nelle sue sentenze e ce la rappresenta come un campo di battaglia di chi sempre combatte, senza che mai apparisca chi abbia da esser vincitore o vinto» (L.A. MURATORI, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1742, p. 20 s.).

Sulla vita e le opere di Ludovico Antonio Muratori, si veda E. TAVILLA, voce *Ludovico Antonio Muratori*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 237-241.

¹⁰ H. DE CAEVALLOS, *Speculum aureum omnium communium contra communes*, Venezia, 1604, q. DCCXVIII.

rapporti tra a) *decisione del giudice* e b) *parziale giustificazione della stessa* risalgono ad alcuni lavori dei giuristi appartenenti alla c.d. Scuola dei glossatori, tra i quali, in particolare, emerge una glossa al passo D. 27, 1, 37 del giurista romano Scevola¹¹.

In questo frammento, l'autorevole giureconsulto negava che, pur avendo il pretore così statuito¹², un tutore potesse ritenersi esonerato dal

¹¹ Quinto Mucio Scevola nacque nel 140 a.C. ca. a Roma, ove morì nell'82 a.C. Figlio del giureconsulto Publio, ricoprì le cariche di pontefice (nel 115 a.C.), *Quaestor* (nel 110 a.C.), *Tribunus militum* (nel 106 a.C.), *Consul* (nel 95 a.C.), poi *Asiae Proconsul* (nel 94 a.C.), fino a divenire *Pontifex maximus* (nell'89 a.C.). Fu il maggiore dei giureconsulti dell'età repubblicana, il primo che ridusse a sistema lo «*ius civile*», definendo e classificando i diversi negozi e i rapporti giuridici che ne derivavano e ordinando sistematicamente tutto il complesso degli istituti giuridici. Il suo trattato in 18 *Libres iuris civilis* ebbe tanta rilevanza scientifica e pratica che era commentato ancora nel II secolo d.C. Notevole anche il suo contributo all'interpretazione giurisprudenziale, come in tema di legato sottoposto a condizione potestativa negativa, del quale rese possibile l'esazione con la *cautio* detta «*muciana*», e in tema di appartenenza al marito di cose in possesso della moglie, di cui non si potesse stabilire la provenienza, con la «*praesumptio muciana*».

Su Mucio Scevola, *amplius*, si rinvia a P. BONFANTE, *Storia del diritto romano*, 4^a ed., vol. I, Milano, 1934, p. 390; M. TALAMANCA (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., pp. 461 s.; nonché a G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., in particolare pp. 243 e 786.

¹² «*Praetor ita decrevit: "si legitimum tutorem habenti tutor datus est, non est tibi necessaria excusatio"*» (D. 27,1,37; in

proprio ufficio, se la pronuncia pretoria fosse stata *giustificata* in base ad una causa d'esonero insussistente. Peraltro, la decisione sarebbe rimasta pur sempre *viziata* anche se, nel caso concreto, vi fossero state altre valide cause d'esonero:

quamvis justas excusationis causas haberet, [tutorem] non
tamen esse excusatum, propter vitium pronunciationis.

Ed è proprio in una glossa a tale frammento, risalente alla metà del XIII secolo, che il nostro principio fa la propria comparsa. Suo autore è l'ecclesiastico e canonista italiano Enrico da Susa, per il quale:

non est tutum adsignare causam in sententia [...] nisi in
casibus in quibus tenetur causam exprimere¹³.

Nello stesso torno d'anni, anche l'ecclesiastico e canonista francese *Guillaume Durand*¹⁴, autore dell'opera *Speculum iuris*, pervenne a identica

<<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/digest27.shtml> >).

¹³ HOSTIENSIS, *op. cit.*, f. 199.

¹⁴ *Guillaume Durand* (o Guglielmo Durante o Durando o *Durandus*) nacque a *Puimisson* in Linguadoca, nel 1230 ca. e morì a Roma nel 1296. Ecclesiastico francese e giureconsulto civilista, trascorse gran parte della sua vita in Italia, studiando prima e insegnando poi alla c.d. Scuola di Bologna. Ben presto lasciò l'insegnamento per assumere le alte cariche offertegli dalla Curia pontificia. Il suo nome è legato allo *Speculum iuris*, opera suddivisa in quattro parti e dedicata

conclusione:

si rationes, vel allegationes partium, quae ipsum
[iudicem] ad pronunciandum movent, in sententiam non
ferantur, nihilominus sententia valet¹⁵.

Come si vede, all'epoca dei glossatori la *regola* ancora non aveva né la fisionomia, né la formulazione stilistica che assumerà poi nei secoli successivi, tanto da essere infine inclusa nei *Communium opinionum doctorum Libri* del Vivio. Al contrario, sia l'Ostiense che il Durante lasciano trasparire *deroghe* alla regola così ampie da far seriamente dubitare che di vera e propria "*regola*", per quell'epoca, possa davvero parlarsi.

Ma già un secolo più tardi, ad opera dei commentatori trecenteschi della Scuola Bolognese, essa iniziò ad assumere una forma sempre più nitida, limpida e precisa. Esemplare, al riguardo, quanto affermato da Baldo degli Ubaldi:

in sententia non est exprimenda causa¹⁶

alla materia processuale. Proprio da tale opera nacque il soprannome con cui sovente veniva citato nelle fonti: «*Speculator*». Su Guglielmo Durante, *amplius*, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., ad indicem.

¹⁵ Cfr. DURANDUS, *Speculum iuris Guglielmi Durandi*, Venezia, 1585, p. 758.

¹⁶ BALDUS, *op. cit.*, f. 276.

D'altronde, anche Bartolo ¹⁷, poco tempo prima, chiosando il medesimo frammento del *Digesto* sopra citato, aveva sostenuto che proprio da quest'ultimo si poteva arguire che il giudice non fosse affatto tenuto ad «exprimere causam in sententia»:

ex isto texto potest optime colligi quod in sententia iudex
non tenetur exprimere causam.¹⁸

Infine, nel XV secolo, il principio assunse le sembianze proprie della consolidata *regola* di cui si è parlato a inizio paragrafo, al punto che il celebre giurista quattrocentesco Vitale de Cambanis, protonotaro di Sicilia al seguito di Renato d'Angiò, giunse persino a sostenere che:

¹⁷ Bartolo da Sassoferrato (*Bartolus*) nacque a Sassoferrato nel 1314 e morì a Perugia il 13 luglio 1357. Allievo di Raniero Arsendi da Forlì e di Cino da Pistoia, fu uno dei più insigni giuristi dell'Europa continentale del XIV secolo. Maggiore esponente della Scuola giuridica dei cc.dd. «commentatori» (su cui, cfr. G. CHIODI, voce *Lo ius civile*, cit., p. 11), fu oggetto di aperta venerazione da parte delle successive generazioni di studenti del diritto, come dimostra l'adagio – largamente in voga nei secoli seguenti – «*nemo iurista nisi bartolista*». Su Bartolo da Sassoferrato, *amplius*, si rinvia a G. ROSSI, voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 51-54, nonché a E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., *ad indicem*.

¹⁸ Cfr. BARTOLUS, *In Primam Infortiati Partem Commentarii*, Venezia, 1585, f. 72. Uno dei passi delle fonti romane citate da Bartolo come quelli in cui la motivazione sarebbe stata espressamente richiesta è C. 3,1,13, § *Illo procul dubio* (in <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex3.shtml>>).

iudex “fatuus” reputatur, qui in sententiam causam exprimit, in quo tamen communiter tenetur, quod non sit necessaria talis expressio¹⁹.

Per vero – e come poc’ anzi visto – già lo stesso Baldo aveva ammonito il giudice a non «*exprimere causam in sententia*», definendolo:

cautius [...] si simpliciter condemnat, vel absolvit.²⁰

E prima di lui, anche il Durante aveva svolto una considerazione pressoché identica, affermando:

cautius autem faciet iudex si eas [*scil. causas*] non inserat²¹

Orbene, la comparsa, prima, e la lenta e progressiva affermazione, poi, della regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*», sono solo in parte il risultato di *operazioni metalinguistiche* condotte dai giuristi intermedi sul discorso giurisprudenziale romano.

In effetti, in quest’ultimo non è dato rilevare – se non nelle *specifiche* e

¹⁹ DE CAMBANIS, *Aureus clausularum omnigenarum tractatus*, Parigi, 1515, f. 123 s.

²⁰ BALDUS, *loc. ult. cit.* In argomento, cfr. G. ROSSI, *Consilium sapientis iudiciale*, cit., pp. 189 ss. e 263 ss.

²¹ DURANDUS, *loc. ult. cit.*

determinate ipotesi descritte nel § 1.3. – né che il giudice “*debba*” (e sia quindi “*tenuto a*”) «*exprimere causam in sententia*»; né che, al contrario, “*non debba*” (e sia quindi “*non tenuto a*”) farlo. In altri termini, dalle fonti romane non è dato trarre né un generale “*dovere*”, per il giudice, di giustificare (neppure) parzialmente ogni sua decisione²²; né, tantomeno, un’opposta regola in forza della quale egli non sarebbe affatto tenuto a giustificare ogni sua decisione²³.

Allora, le ragioni che sorreggono questa regola – e, più in generale, l’intero fenomeno del «*non exprimere causam in sententia*» – risiedono altrove, nulla avendo a che vedere con la scoperta delle fonti romane e la loro successiva esegesi.

Più precisamente, esse possono essere identificate nei tre seguenti principi:

- A) il principio di autorità²⁴;
- B) il principio d’insindacabilità della sentenza²⁵;
- C) il principio di concentrazione dei poteri²⁶.

In altri termini, i principi di autorità, d’insindacabilità e di concentrazione

²² Sul punto, si veda *supra*, § 1.3.

²³ Sul punto, si veda *supra*, § 1.1.

²⁴ Su cui, si veda *infra*, § 2.3.

²⁵ Su cui, si veda *infra*, § 2.4.

²⁶ Su cui, si veda *infra*, § 2.8.

dei poteri compongono una tipologia di ragioni per non motivare (o non giustificare) la sentenza²⁷; e di queste – com'è facile rilevare – la regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*» rappresenta, per un verso, un mero corollario teorico, per altro verso, una concreta applicazione storica.

2.3. A) Una prima ragione per non motivare la sentenza: il principio di autorità

Innanzitutto – e come già anticipato nel paragrafo precedente – occorre rilevare che la regola secondo cui «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*» costituisce un'ovvia applicazione del c.d. principio di autorità, ossia di quella regola in forza della quale una decisione prescrittiva è ritenuta valida e produttiva di effetti:

a) indipendentemente dal suo concreto contenuto prescrittivo;

b) soltanto se emessa dall'autorità cui è riconosciuto il compito di adottarla²⁸.

²⁷ Sui presupposti metateorici sottesi a questa tesi, si veda *infra*, § 1.1., nota 1, nonché *infra*, § 3.1.

²⁸ In argomento, cfr. U. SCARPELLI, *Auctoritas, non veritas facit legem*, in *Rivista di Filosofia*, 1984, pp. 34 ss.; M. TARUFFO, *Aspetti della giustificazione delle decisioni giudiziarie*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, a cura di L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO, pp. 271-275; nonché A. SCHIAVELLO, *Perché*

Nell'ambito delle *decisioni giudiziarie* – *species* del più ampio *genus* delle *decisioni prescrittive* – la somma logica dei requisiti *a)* e *b)* può essere compendiata nella massima latina «*auctoritas, non veritas facit iudicium*»²⁹, che ben riassume il carattere *decisionistico* e/o *volontaristico* della concreta scelta prescrittiva in esse espressa; la quale scelta, peraltro, in nulla incidendo sul regime di validità/invalidità della singola decisione, esclude a monte la necessità di qualsiasi forma di *giustificazione razionale*, ossia di *motivazione*.

Ebbene, proprio al *principio di autorità* fa espresso riferimento la decretale “*Sicut nobis*”, emanata da Innocenzo III nel 1199³⁰ – entrata prima nella *Compilatio tertia*³¹ e poi confluita nel *Liber Extra*³², il cui esame

obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti, Pisa, 2010, *passim*.

²⁹ L'espressione rappresenta una variante della massima: «*auctoritas, non veritas facit legem*», coniata da Uberto Scarpelli (U. SCARPELLI, *Auctoritas, non veritas facit legem*, cit.) e a sua volta riformulazione di quella hobbesiana: «Non è la sapienza, ma l'autorità che crea la legge» (T. HOBBS, *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, 1665, tr. it. a cura di N. BOBBIO, *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in *Opere politiche*, Torino, 1959, vol. I, p. 397).

³⁰ Sulla decretale *Sicut nobis* cfr. G.P. MASSETTO, voce *Sentenza*, cit., p. 1224 s., nonché G. GORLA, *Introduzione allo studio dei Tribunali italiani*, cit., pp. 445 ss.

³¹ Con il termine «*Compilationes*» [*«antiquae»*] sono indicate alcune raccolte, quasi esclusivamente, di *decretales*. Dopo il *Decretum (magistri) Gratiani* (collezione sistematica e completa delle leggi ecclesiastiche prodotta nel 1142

circa, nota anche col nome di «*Concordia discordantium canonum*») seguì a manifestarsi un'intensa fioritura di norme canoniche, sia per gli importanti concili ecumenici allora celebrati (il Lateranense III del 1179, il Lateranense IV del 1215), sia per l'attività spiegata in questo campo dai papi, soprattutto da Alessandro III e da Innocenzo III. Non essendo possibile inserirlo nel *Decretum*, tale nuovo materiale fu raccolto a parte, mediante numerose *appendices ad Decretum*, o – come furono anche dette – «*compilationes*», a cui si univano le leggi canoniche più recenti, cc.dd. «*extravagantes*», in quanto erano «*extra Decretum Gratiani*» (in particolare, le «*extravagantia capita*», le «*extravagantes litterae*» e le «*Decretales*»); e se ne fecero più di venti.

Un accenno a queste raccolte si trova nella *Summa* di Simone di Bisiniano (anteriore al 1179). Le più antiche a noi note vanno dal 1179 al 1190, e sono: l'*Appendix Concilii Lateranensis* (del 1179), in varie recensioni; la *Collectio Bambergensis*, compilata sotto Lucio III; le *Collectiones Lipsiensis* e *Casselana*, che rappresentano un ampliamento della precedente *Collectio Bambergensis*. Ma, fra tutte queste *compilationes*, cinque hanno maggiore importanza: sia perché alcune di esse sono autentiche, essendo state pubblicate ufficialmente dai papi; sia per l'ordine migliore della materia; sia, infine, perché tutte furono studiate e glossate nelle università. Esse vanno sotto il nome di «*Quinque Compilationes antiquae*» o, più semplicemente, «*Compilationes antiquae*»: chiamate «*antiquae*» più tardi, allorché fu promulgata la raccolta delle Decretali di Gregorio IX che fu detta «*Nova*».

Tutte queste collezioni erano opera privata di studiosi, e acquistavano autorità in quanto commentate nelle scuole, da qui poi rifluendo nella pratica. Il primo esempio di una *collectio* ufficiale, in cui un papa riunisce le proprie leggi, è quello di Innocenzo III, il quale nel 1210 fece fare dal suo notaro, l'arcidiacono Pietro Collevacino, una compilazione delle proprie decretali di indole generale, e con la bolla *Devotionis vestrae* la mandò all'università di Bologna, perché fosse usata «*absque quolibet dubitationis scrupulo [...] tam in iudiciis quam in scholis*». La

risulta decisivo per convalidare la tesi proposta del presente lavoro. È bene dunque prendere le mosse dal suo testo integrale:

Sicut nobis vestris literis intimatis, cum causa, quae inter

compilazione è, per ordine di tempo, la seconda; tuttavia fu nominata «*Compilatio tertia*», perché quella che la seguì in ordine cronologico conteneva materiale più antico. Essa contiene in tutto 123 titoli e 491 capitoli; di essi, 300 si trovano anche nelle raccolte sopra menzionate (*l'Appendix Concilii Lateranensis*, la *Collectio Bambergensis*, la *Collectio Lipsiensis* e la *Collectio Casselana*).

Sul tema, *amplius*, si rinvia a P. ERDÖ, *Die Quellen des Kirchenrechts. Eine geschichtliche Einführung* (2002), trad. it. a cura di S.T. BAPPENHEIM, *Storia delle fonti del diritto canonico*, Venezia, 2008, pp. 28 ss.; e a D. QUAGLIANI, voce *Il nuovo ordinamento della Chiesa: decretisti e decretalisti*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 59-67; nonché, per la letteratura inglese, a K. PENNINGTON, *The Making of a decretal collection: the Genesis of Compilatio III*, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law, 21-25 september 1976*, a cura di S. KUTTNER-K. PENNINGTON, Città del Vaticano, 1980, pp. 67-92.

³² Il «*Liber Extra*» (altrimenti noto con il nome di *Decretales Gregorii IX*) è una collezione di decretali, di canoni conciliari, di estratti da opere dei Padri della Chiesa e di scrittori ecclesiastici, dai libri penitenziali e da leggi secolari, voluta da Gregorio IX nel 1234 per riordinare la produzione normativa posteriore al *Decretum (magistri) Gratiani*. In quanto posteriore nel tempo, essa era dunque al di fuori («*extra*») del *Decretum Gratiani*. Da qui nacque il nome «*Liber Extra*». I testi ivi compresi ebbero forza di legge a partire dal 1234 d.C. e furono quindi inclusi nel *Corpus juris canonici*.

Sul tema, *amplius*, si rinvia a P. ERDÖ, *Storia delle fonti del diritto canonico*, cit., pp. 41 ss.

H. subdiaconum et B. presbyterum sancti Clementis super quinque frumenti modiis vertebatur, ipsi subdiacono per annos singulos exsolvendis, ex delegatione nostra vobis commissa fuisset, et partibus in vestra praesentia constitutis restitutionem sibi fieri postularet subdiaconus supradictus, adversarius se ad hoc non teneri respondit, cum alia vice super hoc coram iudice conventus fuerit, et sententialiter absolutus, quod ostendere voluit duorum testimonio sacerdotum, ex quorum depositione vobis constitit, quod magister A. auctoritate venerabilis fratris nostri episcopi Lundunensis ipsum per iudicium absolvit ab impetitione subdiaconi memorati. Verum quia testimonium ipsorum quasi nude prolatum fuerat, cum de causis, quae iudicem movere solent ad sententiam proferendam, nihil se scire dixerint, variatum fuit inter iuris peritos, a quibus consilium postulastis, aliis asserentibus tale testimonium non valere, aliis sentientibus, quod valeret. Unde in hac ambiguitate quid tenendum sit, sedem duxistis apostolicam consulendam. Cum autem in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, id moris existat, quod omnia, quae iudicem movent, non exprimatur in sententiis proferendis, vobis taliter respondemus, quod, cum ex depositionibus testium praedictorum constiterit vobis, sententiam a iudice suo fuisse prolatam, propter auctoritatem iudicariam presumi debet, omnia legitime

processisse.³³

Inoltre, e per poter meglio comprendere il contenuto della decretale, è utile dar conto del *casus*³⁴ redatto in margine alla stessa e inserito nella *Glossa ordinaria al Liber Extra*³⁵, la cui concreta vicenda può essere

³³ Dapprima, in *Compilatio III*, 2, 18, 6; poi, in *Liber Extra*, X, 2, 27, 16.

³⁴ Il termine «*casus*» contraddistingue una forma letteraria in uso presso i glossatori, sia civilisti che canonisti. In origine essi consistevano nell'esemplificazione di fattispecie concrete, riportate allo scopo di rendere il testo normativo più intellegibile. Col tempo, si tramutarono in veri e propri commenti interpretativi in margine a frammenti del *Corpus juris civilis* o del *Corpus juris canonici*.

³⁵ Il testo integrale del *casus* riportato in margine alla decretale *Sicut nobis* era il seguente: «*Inter H. Subdiaconum, et B. presbyterum vertebatur quaestio super quinque modiis frumenti, quos dictus presbyter annuatim eidem subdiacono, ut dicebat, solvere tenebatur. Commissa fuit causa super hoc quibusdam iudicibus, coram quibus H subdiaconus petebat a dicto B. presbytero quinque modios frumenti sibi per annos singulos persolvendos. Sacerdos se non teneri respondit, cum alia vice super hoc convenutus fuerit, et sententialiter absolutus: ad quid probandum duos testes induxit, per quos constitit quod magister A. auctoritate episcopi Lundunen. Ipsum absolvit ab impetitione subdiaconi supradicti. Sed quia testimonium ipsorum quasi nude prolatum fuerat, cum nihil dixerint de causis, quae iudicem movere solent ad sententiam proferendam, consuluerunt Papam, quid super hoc sit servandum: cum in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, observetur de consuetudine, quod omnia, quae movent iudicem ad sententiam proferendam, non exprimantur in sententia. Respondebat Papa, quod cum ita sit, quod ex dictis ipsorum testium constet sententiam a iudice suo prolatam, praesumi debet omnia solemniter processisse, propter iudiciariam potestatem. Nota, quod licet testis non reddat causam sui dicti, nihilominus valet dictum eius, ubi*

riassunta nei termini seguenti: l'attore aveva chiesto giudizialmente il pagamento di una rendita, ma il convenuto era riuscito a provare, con due testimoni, che l'attore stesso aveva già agito contro di lui, per la medesima rendita, e che la prima domanda era stata a suo tempo respinta.

Tuttavia – si legge poco dopo – la testimonianza appariva:

quasi nude prolatum [...], cum de causis, quae iudicem
movere solent ad sententiam proferendam, nihil se scire
dixerint.

I testimoni, infatti, avevano riferito della precedente sentenza, ma non conoscevano – né erano quindi in grado di provare – le «*causae*» che avevano “*mosso*” il giudice verso la decisione finale³⁶. Di qui, e nel dubbio

non fuit interrogatus de causa. Item omnia, quae movent iudicem, necesse non est exprimere in sententia. Item sententia lata probatur per testes. Item praesumendum est pro iudiciaria potestate, quod omnia legitime fecerit in causis» (Glossa ad Liber Extra, X, 2, 27, 16).

Come sarà precisato *infra*, nel corpo del testo, il punto saliente del «*casus*» – come della decretale – testè riportato si trova nella parte finale dello stesso. In particolare, rileva il seguente passo: «*omnia, quae movent iudicem, necesse non est exprimere in sententia. [...] Item praesumendum est pro iudiciaria potestate, quod omnia legitime fecerit [iudex] in causis*».

Sul *casus* dianzi citato, si rinvia a G.P. MASSETTO, *loc. ult. cit.*; nonché a G. GORLA, *loc. ult. cit.*

³⁶ Cfr. altresì *Glossa ad Liber Extra*, cit.: «*nihil dixerint [testes] de causis, quae*

circa la validità o meno di detta testimonianza, il ricorso alla sede apostolica.

Ma – ed è la premessa della decisione contenuta nella decretale – si aggiunge che, in molti luoghi, ove «*copia prudentum habetur*», si è ormai consolidata una nuova *prassi giudiziaria*: quella di *non* inserire nelle sentenze «*omnia quae iudicent movent*»³⁷.

In altri termini, la decretale riferisce che da molte parti si è formata e consolidata una *prassi giudiziaria*³⁸ in forza del quale i giudici non ignorano completamente l'onere di giustificare le proprie decisioni, ma, al più, ricorrono ad essa in maniera *quantitativamente* arbitraria³⁹. Tanto, infatti, sembra potersi desumere dal passo:

in plerisque locis, [...] id moris existat, quod omnia, quae
iudicem movent, non exprimatur in sententiis

iudicem movere solent ad sententiam proferendam».

³⁷ *Ibidem*: «*in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, observetur de consuetudine, quod omnia, quae movent iudicem ad sententiam proferendam, non exprimantur in sententia*». È bene notare sin d'ora che la prassi giudiziaria di cui parla la decretale è opposta a quella, diffusa in epoca romana, di cui si è dato conto *supra*, § 1.3. Sul punto, *amplius*, si veda *infra*, in questo stesso paragrafo.

³⁸ «*id moris existat*».

³⁹ L'osservazione, riferita al passo «*in plerisque locis, in quibus copia prudentum habetur, id moris existat, quod omnia, quae iudicem movent, non exprimatur in sententiis proferendis*» è di J. LLOBELL TUSET, *Historia de la motivación*, cit., p. 117 s.

proferendis.

Dunque – si afferma nella decretale – non *tutte* le *ragioni* che hanno condotto il giudice a quella determinata pronuncia⁴⁰ devono essere espresse. Di talché, se la *prassi* era nel senso di *non* indicare *tutte* le *ragioni*, è ragionevole pensare che *almeno alcune* di esse i giudici fossero soliti esprimere a corredo delle loro *sententiae*. Peraltro, si capisce che qui si sta trattando di una conclusione non già propriamente *razionale* – e quindi *logica* –, ma al più semplicemente *ragionevole*⁴¹, per giunta anche in

⁴⁰ «*omnia, quae iudicem movent*».

Si noti che come l'odierna distinzione tra *motivi* e *motivazione* non fosse affatto percepita dal pensiero giuridico dell'epoca. Il giurista Toschi, ad esempio, definiva la *motivazione* come quel complesso di "*rationes*" dalle quali il giudice viene "*mosso*" alla sentenza e che, proprio per questo, permettono di cogliere la sua "*intentio*" (cfr. TUSCHUS, *Practicarum conclusionum tomus quintus*, Londra, 1634, litt. M, concl. 403).

⁴¹ Che la proposizione «*alcune ragioni sono indicate*» non sia implicata dalla proposizione «*non tutte le ragioni sono indicate*» è tesi dimostrabile in forza delle relazioni logiche che intercorrono tra proposizioni di forma soggetto-predicato, aventi il medesimo termine come soggetto e il medesimo termine come predicato e differenti tra loro solo per l'affermazione o la negazione dell'uno o dell'altro. Queste relazioni, com'è noto, possono essere raffigurate per mezzo di un diagramma importante e ampiamente usato: il c.d. "*quadrato delle opposizioni*", una cui interpretazione può essere proprio data in termini di relazioni tra modi "*ontici*", ossia con soggetti del tipo «*qualcuno*», «*tutti*», «*non tutti*» e «*nessuno*».

accordo con quella già evidenziata riportata nel § 1.3. del presente lavoro, ove è stato infatti mostrato come la *prassi giudiziaria* dell'epoca fosse improntata, nella gran parte dei casi, all'esternazione, ancorché in forma incompleta e rudimentale, di (almeno) alcune *ragioni* della decisione.

Ciò posto, il papa rispose quindi che, una volta accertata, sulla base della testimonianza, l'esistenza di una precedente sentenza resa sulla medesima questione da parte di un giudice "competente"⁴², tanto bastava

Se si assume la funzione proposizionale «(esistono) alcune x (che) sono P » (o quella equivalente «non tutte le x sono non P ») – interpretata, nel nostro caso, dalla proposizione «(esistono) alcune ragioni (che) sono indicate» (e da quella equivalente «non tutte le ragioni sono non indicate») –, si ottengono, a seconda che si affermi o si neghi il quantificatore e/o il predicato, le quattro seguenti combinazioni:

- a) «alcune ragioni sono indicate» \leftrightarrow «non tutte le ragioni sono non indicate»;
- b) «alcune ragioni sono non indicate» \leftrightarrow «non tutte le ragioni sono indicate»;
- c) «non esiste alcuna ragione che sia indicata» \leftrightarrow «tutte le ragioni sono non indicate»;
- d) «non esiste alcuna ragione che sia non indicata» \leftrightarrow «tutte le ragioni sono indicate».

Di queste combinazioni, le uniche implicazioni che possono darsi sono:

- α) «tutte le ragioni sono indicate» \rightarrow «alcune ragioni sono indicate»;
- β) «non esiste alcuna ragione che sia indicata» \rightarrow «non tutte le ragioni sono indicate».

Sul quadrato delle opposizioni, cfr. I.M. COPI-C. COHEN, *Introduzione alla logica*, cit., p. 230 s.

⁴² La competenza del giudice è indicata con l'espressione «a iudice suo», che

per far presumere la validità e legittimità del primo processo:

[...] propter auctoritatem iudiciariam presumi debet,
omnia legitime processisse.

Come appare subito evidente, la decretale include allora un chiaro argomento solidale al *principio di autorità* e quindi contrario all'impiego, da parte dei giudici, di quel *primo e parziale modulo giustificativo* che prende il nome di «*expressio causae in sententia*». Infatti, poiché all'epoca l'«*auctoritas iudiciaria*» faceva sempre e comunque presumere l'assenza di *vizi* nella sentenza⁴³, di questa, allora, non occorre che i giudici adducessero alcuna *giustificazione*⁴⁴.

Peraltro, se in forza del *principio di autorità* l'assenza di *vizi* seguiva all'assenza di *giustificazione*, non altrettanto poteva dirsi per il caso inverso.

ricorre in forma pressoché identica anche nel *casus* riportato in margine alla decretale. Per un diverso significato dell'espressione "giudice competente", si veda *infra*, § 3.6., nota 45.

⁴³ Il concetto, già chiaro nella decretale – ove si afferma che «*propter auctoritatem iudiciariam presumi debet*» – è ribadito nel «*casus*» riportato in margine alla stessa, ove si afferma che: «*praesumendum est pro iudiciaria potestate, quod omnia legitime fecerit in causis*».

Sul tema dei *vizi* della sentenza – all'epoca vero timore di tutti i giudici – e del rilievo, in punto di «*nullitas*» della «*sententia*», degli «*errores in facto et in iure*», si veda *infra*, § 2.4.

⁴⁴ Sul punto, si veda anche *supra*, § 2.2.

Infatti, la *presenza di una giustificazione errata* – ossia, nel lessico dell'epoca, di una *«falsa causa in sententia»* – avrebbe condotto alla *«nullitas»* della decisione, con la conseguente e integrale sua caducazione. Il punto è decisivo, perché evidenzia il legame che esiste tra A) *principio di autorità* e B) *principio d'insindacabilità della sentenza*, ossia tra la *prima* e la *seconda* delle *tre ragioni* che, secondo la tipologia proposta nel presente lavoro, sono alla base dell'*ideologia*⁴⁵ della sentenza come *decisione non motivata*.

Per meglio comprendere quanto si è appena affermato, è necessario svolgere un'*indagine* sul problema della *«falsa causa in sententia»* nell'età intermedia, innanzitutto definendone il *significato*, in secondo luogo evocandone i *presupposti* e infine descrivendone gli *effetti*, specie in punto di *«nullitas sententiae»*.

2.4. B) *Una seconda ragione per non motivare la sentenza: il principio d'insindacabilità*

⁴⁵ Il termine «ideologia» è qui impiegato per designare un discorso *non meramente descrittivo* ma (anche) *valutativo* e *normativo*, perché diretto a *giustificare* attività pratiche. Il termine d'uso comune nella letteratura filosofico-giuridica, specie di indirizzo analitico. L'impiego più risalenti del termine si rinviene in N. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965, pp. 110, 113 s. e *passim*.

Ebbene, che fosse definito «*fatuus*» il giudice che avesse *giustificato* la propria decisione, oppure – e all’opposto – «*cautus*» quello che avesse optato per l’«*omissio causae*»⁴⁶, la preoccupazione principale dei *doctores legum* d’età intermedia rimaneva sempre la stessa: favorire l’*insindacabilità delle sentenze* e con essa la loro *stabilità*, costantemente messa in pericolo dall’inserzione «*in sententia*» di una «*causa*» che in seguito si sarebbe potuta rivelare «*falsa*». In effetti, che la presenza di una «*falsa causa*» potesse produrre la «*nullitas*» della «*sententia*» era opinione pressoché pacifica nel discorso giurisprudenziale dell’epoca.

Nella *Practica aurea*, opera fondamentale del XIV secolo, Giovanni Pietro De Ferraris, dichiarava infatti che:

sententia est nulla, si lata sit ex falsa causa expressa in
ipsa sententia⁴⁷

Non dissimile era poi l’*opinione* dell’Ostiense, risalente a circa un secolo prima di quella del De Ferraris:

si malam exprimat pronuncians, quamvis habeat bonam,

⁴⁶ Al riguardo, si rinvia a quanto detto *supra*, § 2.3.

⁴⁷ DE FERRARIIS, *Aurea practica*, Torino, 1587, rubr. *De falsitate causae in sententiis*, p. 246.

quam exprimere posset, non valet sententia⁴⁸

Nello stesso periodo anche Bartolo da Sassoferrato riferiva, con lessico peraltro limpido e chiaro, il suo convincimento sulla questione:

Si [iudex] exprimat falsam [causam], sententia est nulla⁴⁹

Proprio quest'ultima *opinio* del celebre commentatore trecentesco consente di isolare i *due punti* fondamentali di quella che abbiamo individuato come *seconda ragione per non motivare la sentenza*: per un verso, l'individuazione del *significato* dell'espressione «*falsa causa*» e della tipologia di *presupposti* in base ai quali una «*causa*» poteva essere ritenuta «*falsa*»; per altro verso, l'identificazione degli *effetti* che la scoperta di una «*falsa causa*» era in grado di generare nella singola *decisio*, specie in punto di «*nullitas*».

Di preliminare importanza è dunque individuare il *significato* dell'espressione «*falsa causa in sententia*». Al riguardo, conviene prendere le mosse dalla definizione offerta dal canonista Felino⁵⁰ nei suoi

⁴⁸ HOSTIENSIS, *loc. ult. cit.*

⁴⁹ BARTOLUS, *loc. ult. cit.*

⁵⁰ Sandeo Felino (*Felinus Sandaeus*) nacque nel 1444 a Roma, ove morì nel 1503. Dopo aver insegnato diritto canonico a Ferrara e a Pisa, ricoprì la carica di uditore di Rota, di referendario delle due Segnature e di viceuditore della

Commentarii alle decretali:

Dicitur autem falsa causa, quando remotum est a veritate
ut funditus falsum, vel simulatum⁵¹

Pertanto, la «*causa*» risulta «*falsa*» quando ciò che in essa viene
indicato è:

remotum [...] a veritate,

ossia quando essa, rappresentando falsamente la realtà, contiene quindi
uno o più vizi, che nel lessico dell'epoca venivano indicati con il termine
«*errores*»⁵².

Camera apostolica. Il suo nome é legato all'opera *Ad quinque librum Decretalium
commentaria* (3 voll., 1497-1499). Su Felino, si rinvia a E. CORTESE, *Il diritto nella
storia medievale*, cit., ad indicem.

⁵¹ FELINUS, *Tertia in quinque decretalium libros Pars*, Londra, 1547, *comm. in c. 16
Sicut nobis*, X, II, 27, *De sententia et re iudicata*, n. 19.

⁵² Sull'argomento, peraltro così complesso e intricato da risultare a tratti come
un vero e proprio ginepraio, si è abilmente districato Piero Calamandrei, nel
saggio *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista
critica di scienze sociali*, 1914, (successivamente in ID., *Studi di diritto processuale*,
vol. I, Padova, 1930, pp. 53 ss.; e ora anche in ID., *La Cassazione civile*, cit., pp. 190
ss.). Ma si vedano anche le considerazioni di U. NICOLINI, *Il principio di legalità
nelle democrazie italiane. Legislazione e dottrina politico-giuridica dell'età comunale*,
Padova, 1955, pp. 337-367.

Questi «errores» – che in tanto rendevano «nulla» la sentenza in quanto fosse rilevabili «*ex actis*» – potevano essere di *tre tipi*⁵³:

a) «*in facto et non iure*»;

b) «*in facto et in iure*»;

c) «*iure tantum*».

Precisamente, nel caso a) di «*error in facto et non in iure*» la sentenza era «nulla» se la falsità della «*causa*» era «*notoria*», ossia manifesta. Se dunque «*error notorius non e[rat]*», pur essendo «*falsa in facto*» la «*causa*», la sentenza restava comunque valida.

D'altronde, anche nel caso c) di «*error iure tantum*» la validità della sentenza era legata all'assenza di una «*falsa causa*». Peraltro, se il giudice indicava non una bensì due «*causae*», di cui l'una «*falsa*» e l'altra vera, la sentenza rimaneva comunque valida,

quia sustinetur ex vera⁵⁴.

In entrambi i casi a) e c) era poi richiesto il carattere *manifesto* della falsità ai fini della nullità. In questo senso, i *doctores* parlavano di «*error expressus*»:

⁵³ P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., p. 61 s.

⁵⁴ ALTIMARUS, *Tractatus de nullitatibus sententiarum*, rubr. XII, q. XIX, nn. 35 ss. (citato da P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., p. 68).

ubi expressus est error iuris in sententia, est nulla⁵⁵

Ed «*expressus*» era poi soltanto quell'errore che:

ex verbis infertur,

ovvero che:

oculo corporali in dicta sententia [...] cerni possit, non autem, quod oculo mentis, et per subauditos intellectus, percipiatur⁵⁶

In altri termini, era considerato «*expressus*» soltanto l'errore che apparisse manifesto *icto oculi*, ossia in base alla semplice lettura della motivazione della sentenza.

Così ricostruito il *significato* dell'espressione «*falsa causa in sententia*», è ora necessario svolgere alcune brevi riflessioni in ordine agli *effetti*, in punto di validità, che la «*falsa causa*» produceva sulla sentenza.

Con De Ferraris⁵⁷ e Bartolo⁵⁸ abbiamo appreso che il principale effetto

⁵⁵ *Ibidem.*

⁵⁶ ALTIMARUS, *op. cit.*, n. 34.

⁵⁷ DE FERRARIIS, *loc. ult. cit.*: «*sententia est nulla, si lata sit ex falsa causa expressa in ipsa sententia*».

della «*falsa causa in sententia expressa*» veniva indicato con il termine «*nullitas*». Di questo termine, ora, occorre elucidare il *significato intensionale*⁵⁹.

Innanzitutto, è bene rilevare che la «*nullitas*» processuale d'età intermedia differisce sensibilmente dalla «*nullità*» prevista dai moderni codici di rito. Infatti, secondo il lessico dei *doctores* dell'età intermedia:

actus nullus [...] tamquam non est⁶⁰.

Nella concezione dell'epoca, dunque, l'atto processuale “*nullus*” era un atto giuridicamente sterile, del tutto irrilevante e radicalmente insanabile⁶¹. In proposito, di notevole interesse risultano i rilievi svolti da Sebastiano Vanzio, *practicus* e specialista dell'argomento, nel suo *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum causarum*:

⁵⁸ BARTOLUS, *loc. ult. cit.*: «*si [iudex] exprimat falsam [causam], sententia est nulla*».

⁵⁹ Sull'espressione “*significato intensionale*” si veda *supra*, § 1.1., nota 8.

⁶⁰ cfr. P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., p. 61.

⁶¹ Sulla differenza tra il concetto processualistico di «*nullitas*» in età intermedia e quello di «*nullità*» in età moderna (per il quale ultimo, i processualisti moderni parlano di «*inesistenza*»), cfr. P. CALAMANDREI, *La teoria dell'«error in iudicando»*, cit., pp. 53 ss.; nonché F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1194 ss. (ove si evidenzia l'affinità tra la «*nullitas*» d'età intermedia e la moderna «*nullità*» intesa in senso civilistico).

“nullus” [...] descendit a “non”, dictione tamen corrupta⁶²

Peraltro, – aggiunge Vanzio – il termine «*nullitas*» è tipicamente “*moderno*”, e dunque ignoto al discorso giurisprudenziale romano, ove infatti:

per alia verba et elocutiones, quod actus non valeret
exprimebant⁶³.

E proprio a queste «*elocutiones*», che designano i casi in cui «*actus non valet*», Vanzio dedica l'immediato seguito della sua trattazione, premurandosi di fornire al lettore un elenco delle stesse quanto più completo ed esaustivo possibile:

irritum, inane, inutile, vel nullius roboris aut momenti
existere, non valere, non tenere, nullas habere vires,
viribusque non subsistere, non iure, non rite vel recte, aut
male vel perperam et inefficaciter factum [...] pro non
iudicato, infecto, casso, irrito, nullo et non rato haberi⁶⁴

Pertanto, la sentenza in cui è riportata una «*falsa causa*», ossia una

⁶² VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum causarum*, Venezia, 1559, 3v, n. 11.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ivi*, 4r, n. 12.

motivazione con «*errores in facto*» o «*errores in iure*» manifesti, è «*nulla*» nel significato civilistico del termine. In altri termini, nel discorso giuridico in cui è inserita, essa «*non valet*».

Un tale *regime d'invalidità* degli atti processuali rappresenta allora una vera e propria *ragione "di secondo grado"* (ossia: una *meta-ragione*) della *seconda ragione* che abbiamo qui chiamato "*principio d'insindacabilità*"; principio che, assieme agli altri due dianzi enumerati, ha permesso la lunga e duratura sopravvivenza – dalla metà del XIII secolo fino alla seconda metà del XVIII secolo – della *regola* secondo cui «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*». Infatti, soltanto l'*insindacabilità della sentenza*, concretamente perseguita mediante l'«*omissio causae*», rappresenta una soluzione efficace al problema della «*falsa causa*» e, soprattutto, agli effetti "*demolitori*" che a quest'ultima seguivano.

Tuttavia, il *principio d'insindacabilità della sentenza* in taluni casi cedeva il passo all'*obbligo*, per il giudice, di «*exprimere causam in sententia*». Si tratta delle ipotesi note con il nome di «*fallentiae*»⁶⁵, vere e proprie

⁶⁵ Il termine «*fallentiae*» fu coniato da Bartolomeo Sozzini, che nella sua *Tabula regularum cum fallentiis* (Lione, 1532, regula 244), proponeva ben sedici eccezioni al principio «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*», così superando di gran lunga Baldo degli Ubaldi, che nei suoi *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria* (Venezia, 1567, comm in c. 16 *Sicut nobis*, X, II, 27, *De sententia, et re iudicata*, n. 2 ss.) ne contava solo dieci.

eccezioni alla regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*». Ricavate dai *doctores legum* in base ai criteri più disparati, le «*fallentiae*» costituiscono un limitato numero di *casi* o *materie* in cui il giudice doveva ricorrere al *modulo giustificativo* della «*causa in sententia*».

Di esse, e in special modo delle ipotesi in cui si verteva in «*criminalibus sententiis*», si darà brevemente conto nel paragrafo seguente.

2.5. Alcune deroghe alla regola «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*»

La regola secondo cui «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*» – si è dianzi anticipato – non trovava applicazione in alcuni *casi* o *materie*⁶⁶, nei quali il giudice era perciò tenuto a *giustificare* la propria decisione.

Si tratta, più in particolare, di alcuni *casi* di decisioni *assolutorie*, come quelle di:

a) «*absolutio ab instantia propter ineptam petitionem*» per il convenuto, con permanenza dello «*ius agendi*» in capo all'attore. In tale evenienza, infatti, senza la motivazione della decisione in suo favore, il convenuto avrebbe poi potuto opporre, alla futura e diversa – oltre che, stavolta,

⁶⁶ In argomento, cfr. G.P. MASSETTO, voce *Sentenza*, cit., p. 1226.

congruamente esperita – azione dell'attore, l'«*exceptio rei iudicatae*»⁶⁷;

b) «*absolutio*» per il convenuto in un'azione di rivendica, essendo stata respinta la domanda perché questi, al tempo della pronuncia, non era più in possesso della *res*. Come nel precedente caso b), anche in questo la motivazione della decisione aveva lo scopo di far salvo il diritto dell'attore di agire nuovamente senza vedersi opporre l'«*exceptio rei iudicatae*» dal convenuto⁶⁸;

c) «*absolutio ab observatione iudicii*», essendo spirato invano il tempo utile per la conclusione del giudizio, a causa dell'inerzia dell'avvocato-*patronus* ovvero delle dilazioni da questi scientemente poste in essere.

A questi, vanno poi aggiunti i *casi* in cui la sentenza fosse:

d) in evidente contrasto con lo *ius commune* – come, ad esempio, nel caso di mancata condanna alle spese della parte soccombente⁶⁹;

e) resa in grado d'appello, ove:

causae sunt exprimendae quia per hoc consulitur honori
et famae [...] prioris iudicis⁷⁰.

⁶⁷ In questo senso, cfr. G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., p. 230.

⁶⁸ «*ne forte postea ex nova possessione agere volenti obstet exceptio*» (*ibidem*).

⁶⁹ Si tratta del caso in cui: «*sententia recedit a ius commune*» (*ibidem*).

⁷⁰ *Ibidem*.

In altri termini, la *giustificazione*, in questo *caso*, s'imponeva affinché nulla potesse essere imputato ai giudici di prime cure, i quali:

bene secundum acta coram se habita processerunt⁷¹.

Oltre a questi limitati *casi*, esisteva poi un'intera classe di decisioni per le quali, in ragione della peculiarità della *materia*, il giudice doveva ricorrere al *modulo giustificativo* dell'«*expressio causae in sententia*». Si tratta delle sentenze pronunciate «*in causa criminali*», ove:

maius periculum vertitur⁷²,

specialmente là dove il giudice abbia esercitato il suo “*arbitrium*” sulla *quantità* della pena, aggravandola o diminuendola a suo piacimento, e recedendo così dalla misura edittale pre-fissata⁷³.

⁷¹ DE FERRARIIS, *op. cit.*, rubr. *Forma sententiae diffinitivae*, cpv. *Relaxandum, et restituendum*, n. 5.

⁷² Così ALBERICUS DE ROSATE, *In primam Codicis partem Commentarij*, Venezia, 1586, comm. in C. 3,1 *De iudicijs*, 1. 11 (13) *Properandum*, n. 33.

⁷³ Sul problema storico della motivazione delle sentenze penali, si vedano, per la Francia: A. ESMEIN, *Historie de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusq'à nos jours*, Parigi, 1882, e T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit.; e per l'Italia: A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975, *passim*; F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., *passim*; ID., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*,

L'impiego dell'«*expressio causae*» in tale classe di decisioni era predicato spesso ad opera del discorso giurisprudenziale intermedio, piuttosto incline, peraltro, a segnalare la differenza tra ricorso all'«*expressio causae*» in *materia penale* e ricorso all'«*expressio causae*» nei limitati *casi* in materia civile sopra enumerati. A tal proposito, eloquente è l'*opinio* di Girolamo Buccaroni, il quale evidenzia che:

in negociis criminalibus magis vertitur periculum quam
in civilibus et pecuniariis⁷⁴

D'altra parte, anche nelle decisioni giudiziarie in *materia penale* il *modulo giustificativo* rimaneva quello ormai noto: *parziale* e *incompleto*, e tuttavia pur sempre esistente. Esso, infatti, si risolveva nella sola indicazione del fatto giuridicamente qualificato, tramite l'ormai nota inserzione, all'interno della frase sintatticamente unica del dispositivo, di un «*quia*», un «*quoniam*», un «*attento quod*» o di altra verbo declinato in

Roma-Bari, 1986, *passim*; ID., *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986, pp. 315 ss.; ID., *Procedura penale*, cit., pp. 17-104 e 1015-1029; G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., pp. 226 ss.; M. PISANI, *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *L'indice penale*, 1970, pp. 317 ss.; G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambigliani*, Padova, 1976, pp. 354 ss.

⁷⁴ G. BUCCARONI, *De differentiis inter iudicia civilia et criminalia Tractatus Hieronymi Buccaronii*, Roma, 1624, *Differentia* 188, §. 5.

ablativo assoluto («*viso*», etc.)⁷⁵.

Ed è proprio nella *materia penale* che può cogliersi con maggiore evidenza le *alterne fasi* del percorso compiuto dal *modulo giustificativo* dell'«*expressio causae in sententia*». Prima di declinare verso la sua scomparsa, infatti, esso era un requisito *necessario e indefettibile* delle decisioni dei tribunali d'età intermedia, specie di quelli francesi e italiani, almeno prima della metà del XIII secolo.

2.6. La motivazione delle sentenze penali nelle corti francesi

Fino alla metà del XIII secolo la *Chambre des Enquêtes* parigina – così come accadeva in tutte le altre corti giudiziarie⁷⁶ – emetteva regolarmente decisioni munite di «*expressio causae*», come dimostrano i registri di questa corte⁷⁷, ove possono leggersi sentenze corredate dei cc.dd. «*motifs*»⁷⁸. E pur

⁷⁵ In questo senso, G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., p. 232.

⁷⁶ In questo senso, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1016.

⁷⁷ Si tratta dei cc.dd. «*Olim*», raccolte di decisioni delle alte corti francese, sovente con annessi commenti del *Président* dell'epoca. Il nome completo di tali raccolte era: «*Decisionum Aurearum, in Sacro* [segue il nome della città sede della Corte, in genitivo] *Senatu olim discussarum ac promulgatarum Pars* [segue il numero della *pars*: *prima, secunda* etc.]. Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1015 s.

trattandosi soltanto di singoli enunciati linguistici sintatticamente legati ai dispositivi delle sentenze⁷⁹, tuttavia queste ultime, secondo i canoni dell'epoca, ben potevano dirsi (almeno) *parzialmente motivate*⁸⁰.

In genere, la formula d'uso corrente era:

Iudicatum est [...] quod [...] quia [...]⁸¹

Già nel secolo successivo, tuttavia – e per effetto del rinnovato significato che la decretale *Sicut nobis*, e i *consilia sapientium*⁸² su di essa

⁷⁸ È opportuno rilevare sin d'ora l'ambiguità del termine «*motifs*». Infatti, per un verso esso sembra corrispondere al significato del termine latino «*motivum*» (a sua volta sinonimo di «*causa*»); per altro verso, esso indica «talora il testo di legge utilizzato nella decisione, talora il fatto accertato in giudizio e posto a base della sentenza» (così E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Rivista di diritto processuale*, 1970, p. 449). In argomento, si veda anche *supra*, § 1.1., note 11 e 12, nonché § 2.3., nota 40.

⁷⁹ Su questa *prassi giudiziaria*, già invalsa in epoca precedente, si veda *supra*, § 1.3.

⁸⁰ Sul punto, Tony Sauvel (*La motivazione delle sentenze*, cit., p. 77) ritiene che si tratti «di giudizi motivati, nel vero senso della parola».

⁸¹ Cfr. T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 75 s.

⁸² Sul significato di «*consilium sapientis*» e sui rapporti tra questo, la «*communis opinio*» e la «*decisio*», oltre che alla evoluzione loro e dei reciproci rapporti, cfr. A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979, pp. 156 e 166 s.

composti, assegnarono al *principio di autorità* – lo «*stylus iudicandi*»⁸³ della

⁸³ Le espressioni «*stylus iudicandi*», (o «*stylus Curiae*» o «*usus fori*») in origine designavano semplicemente una formula di redazione abitualmente praticata presso una curia. A partire dal XIII secolo esse assunsero tuttavia una denotazione più estesa e finirono per «*désigner l'habitude de résoudre d'une manière déterminée le cas litigieux*» (in questi termini, LE BRAS-LEFEBURE-RAMBAUD, *L'âge classique, 1140-1378. Source et théorie du droit*, in *Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en l'Occident*, vol. VII, Paris, 1965, p. 404). In altri termini, sono «*stylus*» gli orientamenti, i costumi e le generali tendenze processuali emerse nella *prassi giudiziaria* quotidiana dei Grandi Tribunali nell'età del diritto comune europeo.

Se costanti e continuativi, questi orientamenti erano in grado di influenzare e guidare la prassi degli organi giudicanti inferiori e di tutti gli operatori giuridici. Così, si era soliti sostenere che: «*stylus Curiae [...] est regula et institutio qua iudices utuntur in iudicio super instructionibus et deductionibus processum*» (ANTONIUS AB ECCLESIA, *Observationes forenses Sacri Senatus Pedemontani*, Aosta, 1668, *observatio* I, n. 10); oppure, che: «*stylus Senatus nostri facit legem et servandus est sive ordinem sive decisionem causarum concernat*» (*ibidem*); o che esso «*facit ius*» (BELLUGA, *Speculum principum*, Venezia, 1580, rubr. XLI, in § *Leges regni*, n. 44), e «*obtinere vim legis*» (CARAVITA, *Commentaria super ritibus Magnae Curiae Vicariae Regni Neapolis*, Venezia, 1586, *ritus* I, n. 23).

Dallo «*stylus*», che attiene all'«*ordo procedendi*», ossia alla materia processuale (Cfr. DAMHOUDERIUS, *Praxis rerum civilium*, Antuerpiae, 1596, caput CL, *De Stylo*, n. 5: «*stylus habet locum in illis quae spectant ad modum ordinandi acta et sententias*»), si differenziava la «*consuetudo*», relativa al merito della decisione. Inoltre, e diversamente dallo «*stylus*», perché si potesse ritenere formata una «*consuetudo*» la Glossa ordinaria riteneva sufficienti due sentenze identiche rese dallo stesso tribunale supremo nell'arco di dieci anni (cfr. *Glossa inveterata ad D. 1,3,2*).

Da notare poi il peculiare rilievo assunto, nella formazione del diritto processuale dell'epoca, dalla diffusione degli «*stylus*» delle varie corti europee.

Chambre iniziò a mutare radicalmente: al posto degli ermetici e lapidari «*motifs*», sino ad allora correntemente in uso, s'impose rapidamente un nuovo «*stylus*», fatto di formule vuote e prive di significato, come le espressioni:

pour ces causes, [...] pour la punition et réparation des cas dont il est trouvé atteint et convaincu par le procès, [...] pour le cas résultant du procès⁸⁴.

Ciò avveniva mediante imponenti raccolte di decisioni – tra le quali, nella Francia della prima età intermedia, particolare rilievo assumevano proprio gli «*Olim*» (su cui si veda *supra*, nota 77) – e di materiale casistico il più vario. Tali raccolte circolavano in tutta Europa, producendo così, fra le varie corti statuali, una rete di reciproche influenze e una forma, seppur tendenziale ed elementare, di «unificazione» *ante litteram* del diritto europeo.

Sulla formazione, gli effetti, il valore e le modalità di circolazione degli «*stylus iudicandi*» nel diritto comune europeo si rinvia ad A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa*, cit., pp. 74-76, 155-171, nonché ad ID., *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983, pp. 76-93. Sul tema dell'«unificazione» del diritto comune europeo, di fondamentale importanza restano i lavori di G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani*, cit., pp. 447-532; ID., *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, 1977, pp. 91-120. Con particolare riferimento al diritto processuale penale, si vedano le belle pagine di F. CORDERO, *Stylus curiae*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1986, pp. 30 ss.

⁸⁴ Formule tratte da A. ESMEIN, *Historie de la procédure criminelle en France*, cit., p. 151. Secondo F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1016, il nuovo «*stylus*»

O quelle latine:

Lite mota inter tales, [...] facta igitur inquesta, [...] auditis partibus, [...] ad iudicandum, [...] per curiam admissa, [...] ipsa visa diligenter, [...] per iudicium curiae fuit dictum quod [...]⁸⁵

Inoltre, sempre dopo il XIII secolo, gli autori degli «*stylus*» della *Chambre* così mettevano in guardia i giudici:

Cavere etiam habet reportator quod in conclusione arresti non ponat aliquam causam [...] Nec debet reportator ponere ista verba videlicet: “quia probatum est hoc vel hoc, etc.”⁸⁶

Questo nuovo «*stylus*» si diffuse rapidamente anche presso tutti gli

rispose anche alla necessità «per i titolari degli uffici venali, ricchi borghesi nobilitati dalla toga», di evitare qualsiasi forma di controllo da parte di poteri esterni, in primo luogo del Re.

⁸⁵ Formule risalenti al 1336 e tratte da GUILHIERMOZ, *Style de la Chambre des Enquêts*, n. 162, in *Enquêts et procès. Étude sur la procédure et le fonctionnement du Parlement au XIV siècle*, Parigi, 1892, p. 219 s. (citato da F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 238).

⁸⁶ *Ibidem*. Cfr. altresì T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 85 s.

altri *Parlements* di Francia.⁸⁷ Solo i tribunali inferiori, invece, continuarono ad indicare i «motifs» nelle proprie sentenze, secondo l'antica *prassi giudiziaria*⁸⁸. E così, trascorsi quasi due secoli, gli *Étates Généraux*, convocati a Orléans nel 1560, si rivolsero al Re chiedendo che nei giudizi presso le alte corti si smettesse di fare uso di formule vuote e prive di significato, e si reintrodusse il dovere di indicare i «*motifs*» nelle sentenze. Più precisamente, secondo la richiesta (c.d. «*cahier*») formulata agli Stati generali, i *Parlements* francesi si sarebbero dovuti limitare a:

exprimer et déclarer les motifs de leurs jugements contenant les points péremptoires de la décision des causes, soit par titre, temoins ou confessions des parties, articles des coutumes et lois par lesquels il jugeront. Ces faisant les juges s'étudieront à juger de mieux en mieux et lesdits arrests et jugements serviront d'instruction à tous en semblables causes et il y aura moins d'appellations⁸⁹

Pertanto, gli Stati generali non si spinsero fino chiedere che i giudici fornissero una *giustificazione integrale, in fatto e in diritto*, delle loro decisioni, ma soltanto la soppressione delle decisioni non motivate, e la

⁸⁷ Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 235, 497 e 514.

⁸⁸ In questo senso, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1016.

⁸⁹ T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 93.

conseguente riaffermazione della *prassi giudiziaria* precedente, che – come si è visto – corrispondeva a quella correntemente in uso in età romana e nel primo periodo basso-medievale⁹⁰.

Tuttavia, il *cahier* non ricevette alcuna soddisfazione. Ed esito non dissimile ebbe poi un'analogha petizione avanzata qualche decennio più tardi, durante *les États Généraux* del 1614⁹¹. In entrambi i casi, in sostanza nemmeno fu loro risposto, essendosi il *Conseil du Roi* limitato a dire:

qu'il ne se pouvait rien ordonner sur cet article et qu'il
fallait le laisser à la religion de juges⁹²

Così rimase la situazione in Francia, almeno sino alla seconda metà del XVIII secolo, al termine dell'età intermedia e al levarsi di quella moderna: con gli organi giudicanti superiori che pronunciavano regolarmente decisioni non motivate, omettendo quel *parziale* – e un tempo diffuso – *modulo giustificativo* rappresentato dall'«*expressio causae in*

⁹⁰ Si veda *supra*, §§ 1.3. e 2.3.

⁹¹ T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 94, rimarca tuttavia le differenze tra la petizione avanzata agli Stati Generali del 1560 e quella del 1614, la prima essendo «di minor portata» rispetto alla seconda, dato che in essa il Terzo Stato si limitò a chiedere che fossero motivate almeno le decisioni «date sull'interpretazione delle consuetudini e dei punti di diritto», dato che in tal caso «le motivazioni avrebbero fatto esse stesse da legge».

⁹² Cfr. T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 93.

sententia».

2.7. La motivazione delle sentenze penali nelle corti italiane

Nemmeno l'Italia dell'epoca versava in una situazione diversa da quella francese. Anche qui, infatti, la *prassi* dell'«*exprimere causam in criminalibus sententiis*» era largamente diffusa presso i tribunali inferiori⁹³. E sebbene questa *prassi* si fosse presto tradotta, nel discorso dei *doctores legum*, in numerose posizioni “*garantiste*” e *pro «causa»*, tuttavia non mancavano posizioni di segno opposto, specie riguardo le sentenze pronunciate dai Grandi Tribunali. A dire il vero, il discorso giurisprudenziale sul punto è estremamente ricco di *dissensiones*. Tante, infatti, sono le *opiniones* espresse dai *doctores* e, per giunta, non irrilevanti sono i contrasti che in esse possono essere rinvenuti.

Non è tuttavia questa la sede adatta per enumerarle tutte. Piuttosto, sembra più utile limitarsi a illustrare soltanto *due tesi*, diametralmente opposte e sostenute entrambe da famosi criminalisti italiani, attivi

⁹³ Sul punto, cfr. G. BUCCARONI, *op. cit.*, p. 360 s.; nonché M.A. SAVELLI, *Pratica del modo di fabbricare e risolvere li Processi Criminali nelli Stati del Serenissimo Granducato di Toscana*, in *Pratica universale del dottor Marc'Antonio Savelli, Prefazione*, Firenze, 1665, §§ 216-219.

rispettivamente nel Quattrocento e nel Cinquecento.

La *prima tesi* risale alla metà del XV secolo ed è sostenuta da Angelo Gambiglioni, autore del celebre *Tractatus in materia maleficiorum*⁹⁴. Secondo il noto criminalista aretino, a differenza della pronuncia emessa «*in civilibus*», per quella «*in criminalibus*»:

videtur quod causa sit inserenda, quia de gravi
praeiudicio tractetur.

Di talché – sempre a suo parere – prima del dispositivo il giudice sarebbe sempre tenuto a «*exprimere causam*», giustificando così la propria decisione. D'altronde, anche gli «*stylus*» dei tribunali inferiori, sul punto,

⁹⁴ Angelo Gambiglioni, (*Angelus de Gambilionibus*, detto «*Aretinus*») nacque ad Arezzo agli inizi del 1400 e morì a Bologna il 23 ottobre 1461. Allievo di Paolo di Castro, di Raffaele Fulgosio e di Giovanni da Imola, studiò diritto a Bologna, ove fu promosso «*doctor in iuris*» il 15 gennaio 1442. Ricoprì l'ufficio di podestà a Volterra, Città di Castello, Roma e Norcia. Il suo nome è legato al *Tractatus de maleficiis* (o *Tractatus in materia maleficiorum*, del 1438), la più popolare e diffusa trattazione di diritto e procedura penale, apparsa circa un secolo e mezzo dopo l'omonimo e altrettanto celebre trattato composto da Alberto da Gandino (su cui si veda F. CORDERO, *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, cit., pp. 69-84; nonché ID. *Procedura penale*, cit., pp. 125-128 e 404 s.). Su Angelo Gambiglioni, *amplius*, si rinvia a P. MAFFEI, voce *Gambiglioni, Angelo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vo. LII, 1999; sulla criminalistica nell'età intermedia, cfr. M. PIFFERI, voce *La criminalistica*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 141-149.

davano ampia ragione all'Aretino⁹⁵. In questi termini, infatti, essi erano soliti pronunciare le proprie decisioni:

[...] Et quia constat nobis [et coetera] vel per confessionem inquisiti, vel per testes, vel per eius contumaciam et sic propter fictam confessionem [et coetera] ac si diceretur visa eius confessione vel visis attestationibus; vel visa eius contumacia ex forma statutorum ex qua habetur pro confesso [et coetera] quae omnia constant ex actis unde ad talem pervenimus condemnatoriam vel absolutoriam [sententiam]⁹⁶

⁹⁵ In proposito, si veda la letteratura citata alla precedente nota 73.

⁹⁶ Così ANGELUS ARETINUS, *Tractatus in materia maleficiorum*, Venezia, 1518, versiculo *Et quia nobis constat*. Altri modelli o formule di motivazione della sentenza sono offerti da FARINACCIUS, *Praxis et theoricæ criminalis partis primæ, tomus primus de delictis et poenis*, Londra, 1613, q. XVII, n. 65. TUSCHUS, *Practicarum conclusionum tomus quartus*, Londra, 1634, Litt. I, concl. 401. Sul punto, cfr. G. ZORDAN, *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus del maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976, pp. 367 ss.

Sulla forma generale e sugli elementi costitutivi della sentenza penale, cfr. ANGELUS ARETINUS, *Tractatus*, cit., versiculi *Haec est quaedam sententia paecuniaria et corporalis lata per D.T. potestatem e De consensu et deliberatione omnium iudicum*, oltre al già citato *Et quia nobis constat*; IACOBUS DE NOVELLO, *Practica et theorica causarum criminalium*, Londra, 1556, versiculo *Forma condemnationis contra fures*, (inoltre, nella stessa opera, si veda il versiculo *Forma condemnationis contra delinquentem Stephanum Plazone grammaticæ professorem*, ove viene riportata una sentenza emessa nel XIII secolo da un tribunale lucchese a carico di un

Di tenore opposto è, invece, la *seconda tesi*, espressa un secolo più tardi dal più celebre criminalista dell'età intermedia, Giulio Claro⁹⁷. Quanto

insegnante di lettere classiche); MILLEUS, *Practica criminalis*, Venezia, 1549, *versiculo Sententia criminalis, et poenalis diffinitiva, folii 151-153*. LANCIOTTUS CONRADUS, *Praetorium, et curiale breviarium*, Venezia, 1563, lb. I, cap. IX (*de praetore*), § 3 (*de officio praetoris in causis criminalibus*), rubr. *De sententia diffinitiva criminalis*, pp. 309-315.

⁹⁷ Giulio Claro (*Iulius Clarus*), nacque ad Alessandria nel 1525 e morì a Saragozza nel 1575, in un viaggio di ritorno dalla Spagna all'Italia. Allievo di Alciato, di Niccolò Belloni e di Iacopo Alba, studiò diritto a Bologna e Pavia, ove fu promosso «*doctor in iure*» nel 1550. Dal 1559 al 1561 ricoprì a Cremona l'ufficio di podestà, ottenendo la cittadinanza di quella città allo scadere della carica. Da Filippo II fu nominato membro, indi reggente del Supremo Consiglio d'Italia in Madrid, nonché «*consiliator*» del Senato di Milano. Il suo nome è legato all'opera *Receptae sententiae*, divisa in cinque *Libri*, di cui i primi quattro dedicati al diritto civile e feudale, e il quinto al diritto criminale. Editò a Venezia da Gryphius nel 1568, con una dedica a Filippo II, il *Sententiarum receptarum Liber quintus, in quo diversorum criminum XX [parr.] materia diligenter explicatur* (altresì noto come «*Volumen*») è tra le più famose opere della giurisprudenza d'*ancien régime*, destinata a ottenere numerose ristampe e ad accrescersi con svariate addizioni di altri giuristi. Essa, inoltre, fondò per secoli l'altissima autorità di Claro tra i pratici e gli studiosi di diritto criminale di tutta l'Europa continentale.

Dopo un paragrafo iniziale, che costituiva uno dei primi tentativi di proporre una sorta di *Parte generale* alla trattazione dei vari istituti penalistici, ne seguivano altri venti, dedicati a vari delitti e tutti disposti in ordine alfabetico. Infine, il § XXII, molto esteso e intitolato «*Finalis. Practica criminalis*», affrontava prevalentemente la materia processual-penalistica. Va inoltre evidenziato come

egli afferma al riguardo, nel suo celebre *Liber Quintus*, ci permette di conoscere la *prassi giudiziaria* di uno dei più importanti Tribunali supremi d'Italia nell'età intermedia: il *Senatus Mediolani*, supremo organo

il *Liber Quintus* fornisce un fedele specchio del reale funzionamento della macchina giudiziaria, della dinamica che investiva i rapporti Stato-società, della dialettica intercorrente tra dibattiti dottrinali e tradizione romanistica, da un lato, e i rimedi della pratica, dall'altro. Claro, inoltre, esprimeva una delle posizioni culturali più significative della criminalistica europea, impersonando con grande efficacia atteggiamenti scientifici e schemi espositivi propri della criminalistica italiana, molto legata ai metodi del tardo commento, che le consentirono di esercitare un lungo predominio in Europa dal XVI secolo sino alla fine del XVIII secolo.

In questa luce, acquistano particolare rilievo: a) la sua continua insistenza sul valore della «*practica*», da lui considerata «*optima legum interpretis*» (così CLARUS, *Volumen, alias Sententiarum receptorum Liber quintus, in quo diversorum criminum XX [parr.] materia diligenter explicatur*, Venezia, 1583, § *Finalis*, q. LIV, versiculo *practica est*); b) il riferimento costante all'«*arbitrium iudicis*», limitato però ai soli Grandi Tribunali (su cui si veda *infra*, § 2.8.); c) la diffidenza per le definizioni e le classificazioni puramente teoriche, giacché ogni «*disputatio super diffinitionibus in practica visa est semper inutilis*» (ivi, § *Finalis*, q. XII, versiculo *Mihi, ut saepius dixi*). Per Claro era dunque la pratica a dover essere chiamata in causa per risolvere, con la forza decisiva dei fatti, questioni che non potevano trovare soluzione sul piano meramente logico-giuridico.

Su Claro, *amplius*, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 26 s., 92, 308, 403 s., 453 s., 468 e 614 s.; A. MAZZACANE, voce *Claro, Giulio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, vol. XXVI, 1982; nonché G.P. MASSETTO, *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro*, in *Confluences de droits savants et des pratiques juridiques*, Milano, 1979, pp. 511 ss.

giudicante del Ducato milanese⁹⁸, del quale Claro fu autorevole componente («*consiliator*»).

Secondo Claro, lo stato dell'arte circa la «*causa in criminalibus sententiis*» non è affatto pacifico, come invece sembra sostenere l'Aretino:

Fuit aliquando dubitatum, nunquid in sententiis
criminalibus iudex tenetur exprimere causam⁹⁹;

e questo dubbio di cui parla Claro¹⁰⁰ è ingenerato proprio dall'*opinio* che Angelo Gambaglioni da Arezzo aveva espresso più di un secolo prima. L'*Aretinus*, infatti, nell'evidenziare la necessità della *giustificazione* «*in criminalibus sententiis*» si limitava a riportare correttamente la *prassi giudiziaria* dei tribunali criminali minori, ove le *sententiae* erano di regola adottate premettendovi la «*causa*».

Tuttavia, a tale prassi replicava convintamente Claro, affermando, con particolare riguardo al Senato milanese, che:

apud nos certe non observatur talis practica¹⁰¹

⁹⁸ Su cui si veda U. PETRONIO, *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, 1972.

⁹⁹ CLARUS, *op. cit.*, § *Finalis*, q. XCIII, versiculo *Fuit aliquando*.

¹⁰⁰ E per il quale, a suo dire: «*magna est inter doctores altercatio*» (*ibidem*).

¹⁰¹ *Ibidem*.

Si può dunque rilevare che nel XVI secolo il *Senatus Mediolani* disattendeva la *prassi giudiziaria* dei tribunali inferiori rilevata un secolo prima dall’Aretino. La suprema corte milanese, infatti, pronunciava regolarmente condanne penali omettendo ogni riferimento alla «*causa*»¹⁰². Stessa conclusione vale – come si è già visto – anche, in un primo momento, per la *Chambre des Enquêtes* di Parigi, e, successivamente, per tutti gli altri *Parlements* francesi. Con l’aggravante, però, che nelle alte corti francesi si ha la certezza che l’«*omissio causae*» fosse già praticata almeno dalla fine del XIII secolo; mentre riguardo ai Grandi Tribunali italiani non si hanno dati certi per i secoli XIV e XV, essendo la descritta pratica del Senato milanese con certezza ad esso riferibile soltanto a partire dal XVI secolo, nulla potendosi affermare invece per il periodo precedente¹⁰³.

Peraltro, gli «*stylus*» dei Grandi Tribunali del Ducato di Milano e del Regno di Francia, non era affatto isolati nel panorama dell’Europa

¹⁰² Al riguardo, cfr. altresì quanto affermato da B. BRUNATIUS, *Agon*, Venezia, 1535, p. 48: «*Quero igitur ex praedictis: an iudex teneatur ponere in sententia, quare condemnat; dici quod non, quia sufficit satis si dicat: condemno, vel absolvo; [...] sed si iudex vult, potest apponere*» (citato da V. MANZINI, *Trattato di diritto processuale italiano*, Torino, 1931, p. 48).

¹⁰³ In tal senso, cfr. F. CORDERO, *Guida alla procedura penale*, cit., p. 318.

continentale. Anzi, a partire dalla seconda metà del XIII secolo la tendenza ad omettere ogni riferimento alla «*causa*» nelle sentenze penali si rivelò prassi comune dei maggiori Tribunali supremi dell'Europa continentale.

La *terza* e ultima *ragione* di questo comune «*stylus*» europeo – come a breve si avrà modo di vedere – risiede nella peculiare posizione ricoperta dai c.c.dd. “Grandi Tribunali” dell'epoca all'interno del sistema politico d'*ancien régime*, e nella conseguente *confusione* e *concentrazione*, presso di essi, *di funzioni e poteri tra loro diversi*.

Una breve trattazione sul ruolo e sulle prerogative di tali istituzioni rappresenta dunque un passaggio ineludibile nell'economia del presente capitolo.

2.8. C) *Una terza ragione per non motivare la sentenza: il principio di concentrazione dei poteri*

La *ragione* per cui i Grandi Tribunali – in ispecie i *Senatus* in Italia e i *Parlements* in Francia – non erano soliti giustificare le proprie decisioni discende in massima parte dalla particolare posizione istituzionale che essi ricoprivano all'interno del complesso e stratificato sistema di pubblici poteri dell'età intermedia. Tale posizione, infatti, produceva una vera e

propria *concentrazione di funzioni e poteri diversi*, apparendo essi così più simili a delle vere e proprie *istituzioni politiche*, che non a organi meramente “*gius-dicenti*”¹⁰⁴.

Da questo punto di vista, allora, si può ben dire che il potere di cui godevano i Grandi Tribunali era pressoché assoluto¹⁰⁵. Più precisamente, il carattere assoluto di tale potere consisteva in *due aspetti*:

a) per un verso – come si è visto – essi potevano emettere sentenze “*oracolari*”¹⁰⁶, prive del benché minimo riferimento alla «*causa*», e soltanto precedute da affermazioni vuote e stereotipate, quali:

facta inquesta, auditis partibus, pour ces causes, pour le
cas résultant du procès;

b) per altro verso, essi potevano dar vita a continui e repentini *revirements*, specie in relazione a casi simili ad altri già precedentemente

¹⁰⁴ Sul tema, è d’obbligo il rinvio a G. GORLA, *I tribunali supremi degli Stati italiani*, cit., pp. 447-532, nonché a ID., *Introduzione allo studio dei Tribunali*, cit., pp. 401-470; si veda altresì M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni*, cit., pp. 85-183 e ID., voce *I grandi Tribunali*, in *Enciclopedia italiana*, VIII app., *Il contributo italiano*, cit., pp. 121-129.

¹⁰⁵ Sul punto, cfr. M. TARUFFO, *L’obbligo di motivazione*, cit., pp. 279 ss.; nonché ID., *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 319-325.

¹⁰⁶ Così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1017 s., nonché R. AJELLO, *Arcana iuris*, cit., pp. 339 ss.

giudicati. Peraltro, l'assenza di *giustificazioni* alle loro decisioni agevolava e al contempo incentivava una simile prassi¹⁰⁷.

Le (*meta-*)ragioni di tale *concentrazione di poteri* sono state individuate e ampiamente trattate nel discorso giuridico dell'epoca. Secondo i *doctores*, infatti, queste corti giudicavano «*nomine regis*» o «*nomine principis*»; e derivando le loro attribuzioni direttamente dal potere assoluto del «*princeps*» – per definizione «*legibus solutus*» – esse potevano non solo (e non tanto) «*ius-dicere*», ma (anche e) soprattutto «*ius-dare*»¹⁰⁸. In altri

¹⁰⁷ Per il giurista Antonino Tesauro i *revirements* dei Grandi Tribunali – e, in specie, del Senato piemontese – derivavano dalla difficoltà che le fattispecie oggetto di giudizio presentassero caratteristiche a tal punto simili da permettere che i «*praeiudicia*» venissero davvero in rilievo come «*exempla*». Al riguardo, egli scriveva che: «*quamvis idem videatur casus, plerumque tamen evenit, ut aliqua etiam levis circumstantia factum mutet*»; e pertanto «*nec mirandum est, quod idem Senatus diversimode quandoque iudicet*» (TESSAURUS, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Aosta, 1590, *praefatio*, n. 32 s.).

Altra giustificazione del fenomeno dei continui e repentini *revirements* era inoltre rinvenuta nel mutamento dei componenti del collegio, cui lo stesso Tesauro aveva assistito ben quattro volte: «*tempore meo vidi quarter totum hunc Senatum mutatum, et qui succedunt in demortuorum locum, iudicatorum memoriam non habent, et prout est hominum diversa opinio praesertim in causis dubiis, aliud censuerunt ab eo, quod a praedecessoribus in eodem Senatu iudicatum fuerat*» (*ibidem*).

¹⁰⁸ La distinzione tra «*ius dicere*» e «*ius dare*», come noto, è stata formulata per la prima volta – perlomeno in questi termini – da F. BACON, *Of Judicature*, in *Works of Francis Bacon*, a cura di J. SPEDDING, Londra, 1861, p. 506: «*Judges ought to remember that their office is "ius*

dicere” and not “*ius dare*”: to interpret Law, and not to make Law, or give Law». Un secolo più tardi, la distinzione tra «*ius dicere*» e «*ius dare*» diverrà un’acquisizione pacifica del pensiero illuminista; in proposito, si veda quanto affermato da L. DE JAUCOURT, voce *Juge*, in *Encyclopédie des sciences*, Livorno, 1773, vol. IX, p. 5, secondo cui: «*les juges doivent dire droit, et non pas faire droit*».

Sul tema, cfr. altresì L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 9, secondo cui: «La giuris-dizione [...] è – o almeno aspira ad essere – *ius dicere* e non *ius dare*: è cioè un’attività normativa che si distingue da ogni altra – non solo dalla legis-lazione, ma anche dall’amministrazione e dall’attività negoziale – in quanto è motivata da asserzioni supposte vere e non solo da prescrizioni, e non è quindi meramente potestativa e neppure discrezionale, ma è vincolata all’applicazione della legge ai fatti giudicati, tramite ricognizione della prima e cognizione dei secondi».

Con specifico riferimento alla giurisidizione penale, Ferrajoli ritiene inoltre doverosa una deviazione dal modello tipico dell’attività di «*iuris-dictio*», (consistente nel mero giudizio di cognizione e accertamento dei presupposti della decisione) in favore di una più complessa attività di valutazione, che abbia ad oggetto gli irripetibili connotati del concreto fatto storico sottoposto a giudizio (attività che Ferrajoli denomina «*iuris-prudentia*»); in proposito, cfr. *ivi*, p. 145: «L’applicazione della legge al fatto concreto è [...] un’attività conoscitiva che richiede insieme, come condizioni ambedue necessarie e ciascuna insufficiente, sia la *verificazione* che la *comprensione*. Essa è al tempo stesso *iuris-dictio*, ossia verificazione della corrispondenza alla legge del fatto provato e compreso, e *iuris-prudentia*, ossia comprensione dei connotati specifici del caso denotato e verificato. È precisamente nella “*prudentia*”, o “*comprensione*”, o «discernimento» delle differenze che Aristotele identificava la virtù dell’equità. Ancor più della *dictio* o denotazione degli elementi costitutivi in base ai quali un dato fatto è un reato, che in ogni caso è presupposta, è anzi la *prudentia* o *comprensione dei suoi connotati singolari che caratterizza la funzione giudiziaria*

termini, la «*iuris-dictio*» costituiva una manifestazione della funzione sovrana, loro “*delegata*” dall’Imperatore¹⁰⁹.

Peraltro, il potere riconosciuto a tali corti, con fenomeno tipicamente circolare, rappresentava, ad un tempo, *causa* ed *effetto* dei vari «*consilia*», «*responsa*» e «*decisiones*» dapprima formulati dai *doctores* nei loro scritti e poi convalidati dai *practici* nella quotidiana *prassi giudiziaria*. Esemplare, a tal proposito, risulta la diffusa *opinio* secondo cui i tribunali superiori avrebbero sempre:

prae oculis nudum factum et puram veritatem¹¹⁰

potendo quindi legittimamente procedere e sentenziare «*non obstante*

distinguendola da qualunque altra funzione burocratica o meramente esecutiva» (corsivo redazionale).

Ad ogni modo, nel caso delle decisioni emesse dai Grandi Tribunali dell’età intermedia non si è affatto di fronte ad un fenomeno di «*iuris-dictio*» – almeno, se intendiamo il termine nell’odierno significato di «*giurisdizione*». In questi casi, infatti, si tratta di un semplice «*dictum*», mero esercizio di potere, ammantato e rivestito delle forme giurisdizionali. Ciò deriva – come si è visto e si vedrà nel corso di questo paragrafo – dalla natura propriamente «politica» di tali istituzioni.

¹⁰⁹ Sul punto, si veda *infra*, § 3.7.

¹¹⁰ GARONUS, *Commentaria in tit. De Senatoribus Nostri Constitutionis Status Mediolani*, lb. I, tit. IV, Milano, 1643, *De Senatoribus, praeludia*, cap. VII, n. 2.

*processus errore*¹¹¹, ovvero «*inobservatis solemnitatibus iuris positivi*»¹¹².

Ammantate sotto le vesti di «*consilia*», «*responsa*», «*decisiones*» – ovvero di semplici «*opiniones*» – fiorirono poi numerose metafore sui «*consilarii*», ossia i componenti dei collegi giudicanti superiori, per consolidata opinione ritenuti:

*partes corporis principis*¹¹³.

Inoltre, dato che il *princeps* era per definizione ritenuto *infallibile*¹¹⁴, tanto da esser considerato:

*tamquam Deus in terris*¹¹⁵

¹¹¹ CANCERIUS, *Variae resolutiones iuris caesaris et pontificii*, Londra, 1618, *De actionibus et obligationibus*, cap. I, n. 240.

¹¹² GARONUS, *op. cit.*, *praeludia*, cap. VIII, n. 11.

¹¹³ MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum Liber septimus*, Francoforte, 1604, cons. 666, n. 14.

¹¹⁴ MUSCATELLUS, *Practica tum civilis Sacri Regii Consilii et Magna Curiae Vicariae, tum criminalis*, Napoli, 1773, *pars I, libellus* n. 60. Il «*princeps*», per alcuni, era addirittura considerato «*causa causarum*», con la conseguenza che «*omnia quae supra ius et contra ius sunt, efficere potest. Nec ulterius potest de eius factis, ac promissionibus quaeri, nec de eius potestate potest dubitari*» (VASQUIUS MENCHACENSIS, *Controversiarum libri tres*, Venezia, 1595, lb. I, cap XV, n.ri 2-4). Al riguardo, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 247, note 112 e 114.

¹¹⁵ Per cui «*omnia per ipsum gesta praesumenda sunt recte, rite, legitime et sanctissime gesta*» (*ibidem*).

gli stessi «*consilarii*», che procedevano «*nomine regis*» o «*nomine principis*», non potevano non giovare anch'essi di tale *infallibilità*. Essi, infatti, secondo una suggestiva metafora:

*inhaerent principi sicut stellae firmamento coeli*¹¹⁶.

L'*infallibilità dei giudizi* rappresentava dunque un postulato irrinunciabile dei processi celebrati innanzi alle alte corti europee, oltre che una virtù intrinseca degli stessi «*consilarii*».

Tutto ciò testimonia il carattere strettamente "*creativo*", e non semplicemente "*applicativo*"¹¹⁷, delle pronunce di alcuni dei più importanti

¹¹⁶ BOERIUS, *Tractatus de autoritate magni Consilij, et Parliamentorum Galliae*, Londra, 1566, n. 129. Il passo completo è il seguente: «*Quorum consiliatores sunt pars corporis [...] et inhaerent principi sicut stellae firmamento coeli secundum Bald. in l. multa C. de bonis et velut splendor fulgens firmamenti*».

¹¹⁷ La coppia dei termini «applicativo»/«innovativo» ha un significato parzialmente diverso da quella, tipicamente kelseniana, «applicazione»/«creazione». Kelsen è infatti solito attribuire ad un atto, e al contempo, sia carattere «creativo» sia carattere «applicativo», in base alla diversa norma, a "valle" o a "monte", rispetto a cui l'atto viene raffrontato. Cfr. H. KELSEN, *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. a cura di S. COTTA-G. TREVES, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1959, p. 135: «Una decisione giudiziaria [...] è un atto mediante cui è *applicata* una norma generale, una legge formale, ma è al tempo stesso *creata* una norma individuale che obbliga una o entrambe

Grandi Tribunali d'Europa, come il *Parlament* parigino e il *Senatus* milanese¹¹⁸. Si tratta, infatti, di pronunce rivolte, non solo a decidere i casi passati, bensì a fissare anche la regolamentazione di quelli futuri¹¹⁹. Si

le parti della controversia. La legislazione è *creazione* del diritto, ma se si tien conto della costituzione, noi si vedaamo che essa sia anche *applicazione* del diritto» (corsivo redazionale). Nel presente lavoro, invece, la coppia «applicativo»/«innovativo» è impiegata per designare la portata degli effetti delle decisioni giuridiche, evocando più la coppia «generale»/«inter partes» che non quella «applicativo»/«creativo» di stampo kelseniana. Peraltro, ciò corrisponde all'uso corrente dei termini nella dottrina costituzionalista; cfr., al riguardo, F. MODUGNO, *Diritto pubblico*, Torino, 2012, pp. 23 s. Per un significato del termine «applicazione» diverso sia da quello kelseniano che da quello costituzionalistico, cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., pp. 556-560.

¹¹⁸ Per vero, se è ampiamente documentata la natura «normativo/creativa» delle sentenze del Parlamento di Parigi (i cui giudizi, secondo PAPON, *Recuil d'arrests notables des cours souveraines de France*, Lyon, 1569, *Prologue*, 8: «sont consacré en perpetuité, et allegués pour loy, et pour être suyuis sans contredit») e del Senato Milanese (su cui, per tutti, si veda MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum Liber septimus*, cit., cons. 676, n. 2), discussa era la natura delle pronunce degli altri Grandi Tribunali europei. Sulla questione, si rinvia a M. ASCHERI, *Tribunali, giuristi e istituzioni*, cit., pp. 118 ss.

¹¹⁹ Al riguardo, una sentenza del Senato milanese riportata da MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum Liber undecimus*, cit., cons. 1096, potrà essere utile per chiarire quanto sostenuto nel corpo del testo.

In questa pronuncia, risalente al 1555, immediatamente dopo il dispositivo (chiamato «*ordinatio*») segue la frase: «*et così per l'avvenire osservoareti in simili casi*». Ed è evidente la somiglianza con l'odierna formula: «È fatto obbligo a

tratta, in altri termini, di *atti di esercizio di un potere "normativo", confuso e frammisto ad un potere propriamente "giudiziario", e quindi concentrato in un solo organo.*

Conclusione, quest'ultima, ampiamente suffragata nelle stesse opere dei *doctore legum* dell'epoca. È infatti proprio lo stretto legame che esiste tra Grandi Tribunali e «*princeps*», assieme al fatto che:

sententia Principis facit ius et tenet vim legis inter omnes¹²⁰,

ad ascrivere anche alle decisioni dei Grandi Tribunali il "*valore di legge*". Così, consolidata era l'*opinio iuris* secondo cui:

sententia [...] Principis facit ius et habet vim legis [...] eodem modo sententia Senatus ipsius Principi facit ius

chiunque spetti di osservarla e di farla osservare», posta a conclusione di tutti i decreti del Presidente della Repubblica – siano essi: a) di *promulgazione* di leggi; oppure: b) di *emanazione* di altri atti avente valore di legge o comunque *lato sensu* "normativi" – e prevista dal D.P.R. 28 dicembre 1985, n. 1092, intitolato «*Approvazione del testo unico delle disposizioni sulla promulgazione delle leggi, sulla emanazione dei decreti del Presidente della Repubblica e sulle pubblicazioni ufficiali della Repubblica italiana*».

¹²⁰ BARBOSA, *Collectanea Doctorum in jus pontificium universum*, Londra, 1688, t. 1, collectanea in c. 19, *In causis*, X, II, 27, *De sententia, et re iudicata*.

quod omnes similes causas¹²¹

Peraltro, a tali *opiniones*, provenienti da *doctores* e non «consiliatores», ben presto si affiancarono esplicite prese di posizione da parte degli stessi tribunali superiori, oppure di singoli «*consiliatores*». In proposito, si pensi a quanto affermato da Giulio Claro, nel *Liber Quintus*:

nota est quia cum sit decisio senatus, servanda esset pro lege in hac provincia¹²²;

confermato, sempre nella stessa opera, da analogo rilievo:

Senatus declaravit [...]. Et talis declaratio in hoc Ducatu servanda esset pro lege¹²³

Infine, si rammenti come l'intero Senato Milanese, in una consulta datata 27 settembre 1581, rispose agli Ordini di Tomar con i quali Filippo II denunciava abusi e disfunzioni nella giustizia lombarda dell'epoca¹²⁴:

plures Italiae principes, et Gallorum reges in provinciis

¹²¹ *Ibidem*.

¹²² CLARUS, *Volumen*, cit., § *Finalis*, q. XXXVIII, versiculo *Vidi aliquando*.

¹²³ *Ivi*, § *Sodomia*, q. XXXVIII, versiculo *Item sodomita*.

¹²⁴ Sul punto, cfr. A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, cit., p. 203 e nota 460; nonché U. PETRONIO, *op cit.*, p. 164 e nota 226.

fecere, quorum tribunalia in his, quae ad iustitiam pertinent, et ad definiendas lites, et crimina punienda ipsum principem representant, et secundum puram veritatem, et aequitatem iudicare possunt, reiectis subtilitatibus, ut testantur doctores nostri; qui etiam de Sacro Neapolis Consilio idem dicunt.

Come si è appena visto, vigeva quindi il generale principio per cui:

quidquid [Senatus] faciet vel decernet, parem vim habeat
ac si a Principe factum fuisset;

principio che, specie in ambito penale, non poteva che rafforzare i poteri dei Grandi Tribunali. In proposito, si pensi alla questione della *quantità* e *qualità* di pena che questi erano in grado di infliggere¹²⁵: avendo infatti il *princeps* – che, «*quia movetur metu Dei, habet coeleste arbitrium*» – il potere di fissare arbitrariamente una punizione, è chiaro che il medesimo potere spettasse:

etiam ad Supremas Curias et Parliamenta.

¹²⁵ In proposito, si rinvia alle interessanti e ampiamente documentate riflessioni di G.P. MASSETTO, *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese, in Sudia et documenta historiae et ius*, 1981, pp. 141 ss.

In altri termini, lo stretto rapporto che legava *princeps* e *Senatus* si esprimeva nella trasposizione in capo al secondo dei poteri di cui in origine era titolare soltanto il primo: all'assolutezza dei poteri di questo corrispondeva l'assolutezza dei poteri di quello.

In definitiva, i Grandi Tribunali dell'età intermedia, essendo inseriti in un complesso e delicato circuito di *poteri*, non si limitavano affatto soltanto a «*ius-dicere*», ma contribuivano a pieno titolo anche a «*ius-dare*»¹²⁶. E ciò facevano, pur nel contesto (e a conclusione) di un *unico giudizio* a carico di uno o più individui *singoli e determinati*.

È dunque ormai chiaro che la *terza* (ed ultima) *ragione per non motivare la sentenza* può essere identificata nel *principio di concentrazione dei poteri*. Una conclusione, questa, che non sfuggì al pensiero illuminista italiano. È questo il caso di Pietro Verri, che colse appieno il nesso tra *a) modello di sentenza come decisione non motivata* e *b) principio di concentrazione dei poteri*, ove il primo è chiaramente implicato dal secondo:

in questo senso può chiamarsi illegittimo [...] un tribunale
il quale *riunendo in sé le due persone del legislatore e del*

¹²⁶ In argomento, è d'obbligo il rinvio all'ottimo studio di P. COSTA, *Iurisdiction. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 2002, (in particolare, cfr. p. 109, ove Costa individua nel plesso «*Iudicare-iudicari*» [...] la cellula germinale del linguaggio del potere»).

giudice fa vedere la fallacia del cancelliere Francesco Bacone e del presidente Montesquieu, i quali osarono asserire che *dovunque queste due persone trovinsi riunite ivi è il vero dispotismo*. E qui di nuovo esclamare mi è forza: oh gran Senato [...] che giudica *ex informata conscientia!* [...] Oh gran Senato che non giudica come i Senati bensì come Dio [...] *non dando mai ragione delle proprie sentenze; poiché se desse ragione gliene resterebbe tantomeno per lui, e non è mai soverchia la ragione in un tribunale di giustizia.*¹²⁷

Come si è visto, la differenza di ruoli, poteri e funzioni propri delle corti d'età intermedia rispetto a quelle d'età moderna è lampante: mentre le prime, in forza del *principio di concentrazione dei poteri*, "creano nuovo diritto", le seconde, in ossequio al *principio di divisione dei poteri*, "non creano (nuovo) diritto", bensì "applicano un diritto (da altri creato e quindi) pre-esistente".

Si tratta allora di *moduli di organizzazione e distribuzione dei poteri* tra loro distinti, e che incidono diversamente sui *modelli di sentenza* come *decisione non motivata* o come *decisione non motivata*, rappresentando quindi altrettante *ragioni*, rispettivamente, *per non motivare* o *per motivare la*

¹²⁷ P. VERRI, *Orazione panegirica sulla giurisprudenza milanese* (1763), in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. VENTURI, Torino, 1994, p. 137 (corsivo redazionale).

*sentenza.*¹²⁸

¹²⁸ In argomento, si veda *infra*, § 3.7.

CAPITOLO TERZO

LA SENTENZA COME DECISIONE MOTIVATA TRE RAGIONI PER MOTIVARE LA SENTENZA

3.1. *Premessa. Tre ragioni per motivare la sentenza*

Nel precedente capitolo abbiamo identificato e illustrato ben *tre ragioni per non motivare* (o *giustificare*) *la sentenza*, che sono state esposte seguendo un ordine di tipo *storico-diacronico*. Tali *ragioni* – aggiungiamo ora – corrispondono ad altrettante risposte alla domanda: “*perché non motivare la sentenza?*”, opposta e speculare a quella: “*perché motivare la sentenza?*”, cui si tenterà di rispondere nel corso del presente capitolo. Al riguardo, occorre innanzitutto chiarire che sia la domanda: a) “*perché non motivare la sentenza?*”, sia quella speculare: b) “*perché motivare la sentenza?*” possono essere entrambe intese in *due sensi diversi*, corrispondenti ai due diversi *livelli e universi di discorso* cui appartengono le risposte che alle stesse possono essere date¹.

¹ L'impostazione dei problemi di seguito proposta s'inscrive a pieno titolo nell'orizzonte *metateorico* e *metodologico* richiamato sin dall'esordio del presente lavoro (si veda *supra*, § 1.1. p. 1, nota 1). Per un'impostazione analoga, ma relativa agli *scopi* del diritto penale, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 195

Più in particolare, se intesa nel *primo senso*, questa coppia di domande può essere riformulata in quella:

aa) “*perché non esiste la motivazione della sentenza?*”

ba) “*perché esiste la motivazione della sentenza?*”

Intesa nel *secondo senso*, invece, la stessa coppia di domande può essere riformulata in quella:

ab) “*perché non si deve motivare la sentenza?*”

bb) “*perché si deve motivare la sentenza?*”

Nel *primo senso* le questioni implicate dalla domanda: “*perché motivare?*” costituiscono altrettanti problemi di ordine *storico*, che come tali ammettono risposte di carattere *empirico* – ri-formulabili in forma di proposizioni *assertive* – a loro volta corrispondenti ad altrettante *spiegazioni* che a tali questioni possono esser date. Nel *secondo senso*, invece, le questioni implicate dalla domanda: “*perché motivare?*” costituiscono altrettanti problemi di ordine *filosofico*, che come tali ammettono tante risposte di carattere *assiologico* quante sono le *giustificazioni* o *ragioni* che la riflessione *gius-filosofica* è in grado di individuare.

Dal punto di vista delle *risposte* ammesse dai *due sensi* in cui possono essere intese le nostre domande, dobbiamo invece distinguere le

spiegazioni dalle ragioni o giustificazioni. Mentre le spiegazioni rappresentano risposte di tipo storico alla coppia di domande “perché non esiste (o non è esistita) la motivazione della sentenza?”, ovvero: “perché esiste (o esistita) la motivazione della sentenza?”, le ragioni o giustificazioni rappresentano invece risposte di tipo assiologico alla coppia di domande “perché non si deve motivare la sentenza?”, ovvero: “perché si deve motivare la sentenza?”.

Si capisce, allora, come l'indagine condotta nel presente lavoro sia rivolta alla coppia di domande: *ab) “perché non si deve motivare la sentenza?”, ovvero: bb) “perché si deve motivare la sentenza?”, a loro volta corrispondenti, rispettivamente, alle domande:*

ab₁) “quali sono le ragioni per non motivare la sentenza?” – ossia, e in altri termini: ab₂) “quali sono le giustificazioni del modello di sentenza come decisione non motivata?”;

bb₁) “quali sono le ragioni per motivare la sentenza?” – ossia, e in altri termini: bb₂) “quali sono le giustificazioni del modello di sentenza come decisione motivata?”

Ebbene, mentre nel precedente capitolo sono state illustrate le *ragioni per non motivare la sentenza*, nel presente capitolo si procederà ad individuare, illustrare e analizzare le *ragioni per motivare la sentenza*, che – come visto – corrispondono ad altrettante risposte alla domanda: *“quali sono le giustificazioni del modello di sentenza come decisione motivata?”.*

Tuttavia, mentre nell'*indagine* condotta in precedenza è stato operato un richiamo costante alle *vicende storiche* che hanno rappresentato le principali espressioni delle *ragioni per non motivare la sentenza*², nell'*indagine* che seguirà di qui in avanti si avrà cura di tenere distinta l'*analisi teorica e filosofica* dalle riflessioni *storiche e gius-politiche*, che alla prima saranno tuttavia anteposte; e ciò sarà fatto non solo (e non tanto) sul versante *concettuale* – com'è ovvio e necessario fare –, ma anche (e soprattutto) sul piano *espositivo*, dividendo l'intero capitolo in complessive *due sezioni*.

In particolare, nella *prima sezione* sarà ricostruito il contesto *storico e gius-politico* che ha portato a quel *rivoluzionario mutamento di paradigma* in forza del quale la sentenza è transitata dal *modello* della "*decisione non motivata*" a quello della "*decisione necessariamente motivata*", passando prima tramite il *modello* della "*decisione motivata*"³. Tale *mutamento* – il *secondo*, dopo quello *involutivo* avvenuto nel XIII secolo⁴ – sarà elucidato soffermandosi su due tipi diversi di *discorso*: da un lato, il *discorso giuridico*, presente in alcuni singoli Stati dell'Italia preunitaria (§ 3.2.)

² Sul punto, si veda *supra*, § 2.1.

³ Sulla distinzione tra a) *modello di sentenza come decisione necessariamente motivata* e b) *modello di sentenza come decisione motivata* si veda *supra*, § 1.3., nota 91.

⁴ Su cui si veda *supra*, § 2.1.

nonché nella Francia rivoluzionaria e post-rivoluzionaria (§ 3.3.) e formato da una nutrita serie di *riforme di diritto positivo*, tutte succedutesi in un arco di tempo piuttosto breve – precisamente, tra la fine del Settecento e l’inizio dell’Ottocento; dall’altro, il *discorso illuminista francese* (§ 3.4.), con il suo carico di *riflessioni critiche* e di *dottrine* che così grande *influenza* hanno avuto sulla *legislazione europea*, consentendo così che il *modello di sentenza come decisione motivata* fosse dapprima *introdotto*, poi *implementato* e infine definitivamente *consolidato* negli ordinamenti dell’Europa continentale.

Nella *seconda sezione* – costituita dai §§ 3.5., 3.6. e 3.7. – si procederà invece a illustrare e ad analizzare *tre ragioni per motivare la sentenza*, che saranno identificate nei *tre* seguenti *principi*:

- A) il *principio di legittimazione “tecnica” del giudice*⁵ – in evidente *contrasto* rispetto al *principio di autorità* (di cui già si è trattato nel § 2.3.);
- B) il *principio di sindacabilità*⁶ – in *aperta contraddizione* rispetto al *principio d’insindacabilità* (di cui già si è trattato nel § 2.4.);
- C) il *principio di divisione dei poteri*⁷ – in *aperta contraddizione*

⁵ Su cui si veda *infra*, § 3.5.

⁶ Su cui si veda *infra*, § 3.6.

⁷ Su cui si veda *infra*, § 3.7.

rispetto al *principio di concentrazione dei poteri* (di cui già si è trattato nel § 2.8.).

Peraltro, mentre *ciascuna* di queste *tre ragioni giustificative della sentenza* risulta in evidente *contrasto* – o, persino, in aperta *contraddizione* – rispetto ai *tre principi* illustrati nel capitolo precedente, *l'insieme* delle stesse corrisponde invece ad una serie di *principi* che, *se accolti integralmente*, esclude la praticabilità di qualsiasi altro *modello di sentenza* all'infuori di quello della *decisione necessariamente motivata*.⁸

⁸ Al contrario, là dove anche *uno solo* di questi *principi non fosse presente*, resterebbero indifferentemente praticabili sia il *modello di sentenza come decisione motivata*, sia il *modello di sentenza come decisione non motivata*.

SEZIONE PRIMA

LA SENTENZA COME DECISIONE NECESSARIAMENTE MOTIVATA

SOMMARIO: 3.2. La sentenza come decisione motivata: il discorso giuridico italiano. – 3.3. La sentenza come decisione necessariamente motivata: il discorso giuridico francese. – 3.4. L'influenza del discorso illuminista sui discorsi giuridici italiano e francese.

3.2. *La sentenza come decisione motivata: il discorso giuridico italiano*

Le *riflessioni critiche e gius-politiche* in tema di *motivazione giudiziaria* non sono tutte concentrate nel periodo immediatamente precedente a quello in cui è stato accolto il *modello di sentenza come decisione motivata*¹ – e si è iniziato, di conseguenza, a rifiutare l'opposto *modello di sentenza*

¹ Che le *riflessioni critiche e gius-politiche* in tema di *motivazione giudiziaria* non siano solo antecedenti ma anche successive al XIX secolo, è tesi intuibile senza bisogno d'argomentazione. Tra gli innumerevoli autori che anche spese le proprie *riflessioni* sui temi e problemi della motivazione, cfr. J. BENTHAM, *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice* (1827), in *Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. BOWRING, New York, 1962, vol. VI, p. 356., che riteneva la motivazione «*altogether desirable*», ancorché oggetto non già di un obbligo «*of the legal kind*» (ivi, p. 357) ma soltanto di un *dovere* «*of the moral kind*» (*ibidem*).

come *decisione non motivata*. Di esse, al contrario, se ne possono rintracciare alcune risalenti persino a quasi due secoli prima. È questo il caso, ad esempio, del filosofo inglese Francis Bacon, che già nella prima metà del Seicento respingeva il *modello della sentenza come decisione non motivata*, esortando i giudici ad «*adducere sententiae suae rationes*»:

Nec decreta exeant cum silentio; sed iudices sententiae
suae rationes adducant idque palam atque astante corona,
ut quod ipsa potestate sit liberum, fama tamen et
exstimatione sit circumscriptum²

Ma, per il Seicento, si tratta ancora (e pur sempre) di *riflessioni critiche isolate*, incapaci di stimolare e produrre vasti cambiamenti sul piano del diritto positivo. Tuttavia è già in questo secolo che si può riscontrare la *prima riforma* che introdusse espressamente l'obbligo di motivazione della sentenza in un paese dell'Europa continentale³.

² F. BACON, *De dignitate et augmentis scientiarum Libri IX* (1623), in *Works of Francis Bacon*, cit., p. 812.

³ In ordine cronologico, infatti, la seconda riforma che introdusse in un altro paese dell'Europa continentale l'obbligo di motivazione risale al 1748, Federico II di Prussia emanò il *Codex Fridericianus Marchicus* del 1748, redatto da Samuel von Coccej. Tuttavia, si trattò di un obbligo relativo soltanto a *singoli procedimenti* e non generale. Sul punto, cfr. M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione*, cit., pp. 276 ss.; nonché ID., *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 329 ss.

Il teatro principale di questa riforma fu l'Italia – *rectius*: uno degli *Stati preunitari italiani* – ove il *modello di sentenza come decisione motivata*, benché non anche *necessariamente motivata*⁴, entrò per la prima volta a far parte del *discorso giuridico* dell'epoca. È quel che avvenne in Piemonte, ove una *Regia Costituzione* emanata da Carlo Emanuele I introdusse, già nel 1615, l'obbligo di motivazione delle *decisioni giudiziarie*, sebbene a) *soltanto se espressamente richiesta delle parti* e b) *nei soli casi di particolare importanza*⁵.

Tuttavia, per l'avvento del *nuovo modello di sentenza*, non il Seicento, ma il Settecento fu il secolo decisivo. In questo periodo, infatti, prima l'Italia – *rectius*: alcuni singoli *stati italiani preunitari* – e poi la Francia furono i principali palcoscenici degli *eventi storici* che portarono ad un *nuovo mutamento di paradigma* nei rapporti tra a) *decisione del giudice* e b)

⁴ Sulla distinzione tra a) *modello di sentenza come decisione necessariamente motivata* e b) *modello di sentenza come decisione motivata* si veda *supra*, § 1.3., nota 91.

⁵ Cfr. *Regia Costituzione* dell'anno 1615: «Non saranno i Relatori tenuti a compilare le Decisioni, se non a richiesta delle Parti, o per ordine di chi regge il Magistrato ne' casi, in cui così stimi bene, per trattarsi o d'Articoli di momento, e non ancora decisi, oppure di giudicati in circostanze, che possano fare stato, e conseguenza». Essa fu poi confermata da analoga *Regia Costituzione* del 1723, che imponeva di motivare le decisioni entro un mese, con l'eccezione di quelle emanate «in pubblica udienza», ossia di scarso valore. Sul punto, cfr. M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione*, cit., pp. 276 ss.; nonché ID., *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 329 ss.

necessaria giustificazione della stessa – e alla cui esposizione sono rispettivamente dedicati il paragrafo presente e quello successivo.

Orbene, nell'Italia preunitaria settecentesca, due sono in particolare le *riforme di diritto positivo* – tra di loro distanziate di appena un decennio – che con maggior forza hanno marcato il segno nei rapporti tra a) *decisione del giudice* e b) *necessaria giustificazione della stessa*: la prima avviata nel Regno di Napoli, la seconda intervenuta nel Granducato di Toscana. Ma è certamente la riforma napoletana – la prima in ordine di tempo – quella che più rileva ai fini di un'indagine sulle *ragioni della motivazione giudiziaria* – come si avrà modo di comprendere nella seconda sezione del capitolo. Tale riforma è contenuta nel *Dispaccio reale* (c.d. "*Prammatica*") del 27 settembre 1774, con cui Ferdinando IV, su pressione del suo ministro Bernardo Tanucci⁶, dispose che:

⁶ Sul Marchese Tanucci quale vero ispiratore della riforma, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1018, nonché i contributi di P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983, pp. 363 ss. e ID., *Recenti studi filangieriani*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, p. 196, ove le *Riflessioni politiche su l'ultima legge del sovrano, che riguarda la riforma dell'amministrazione della giustizia* (1774) di Filangieri, pubblicate nell'autunno 1774, vengono definite «un'aperta e sincera apologia dei dispacci di Tanucci che, per tentare di arginare l'arbitrio dei giudici, avevano introdotto [...] l'obbligo di motivare le sentenze».

in qualunque decisione [...] si spieghi la ragion di decidere, o sieno i motivi su' quali la decisione è appoggiata⁷.

Ulteriore requisito di "esistenza"⁸ delle sentenze, oltre alla *motivazione*, fu poi indicato nella *forma scritta*⁹, condizione necessaria della loro *diffusione*¹⁰

⁷ Così, testualmente, *Dispaccio 23 settembre 1774*, in G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 317 s. La "ragion di decidere" doveva inoltre essere fondata «sulle leggi espresse del regno, o comune: e quando non vi sia legge espressa pel caso di cui si tratta, e si abbia da ricorrere all'interpretazione o estensione della legge, vuole il re che questo si faccia dal giudice, in maniera che le due premesse dell'argomento sieno sempre fondate nelle leggi espresse e letterali. [...] Quando il caso sia tutto nuovo o totalmente dubbio, che non possa decidersi né colla legge né coll'argomento della legge, allora vuole il re che si riferisca alla Maestà Sua per attendere il sovrano oracolo». (ivi, p. 318).

⁸ Inteso il termine "esistenza" nel significato ad esso attribuito da L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., pp. 220 ss. Sul punto, si veda anche *supra*, § 1.1., nota 15.

⁹ Sul requisito della forma scritta nelle *sententiae* romane, si veda anche *supra*, § 1.1.

¹⁰ Peraltro, il *Dispaccio* dispose anche che tutte le sentenze fossero pubblicate a cura della stamperia reale, date gratuitamente al richiedente in caso di povertà, e negli altri casi vendute: «[...] col pagamento di un carlino per ogni dieci copie stampate quando la decisione non passi il mezzo foglio» (*Dispaccio 23 settembre 1774*, cit., p. 318), ossia, ad un prezzo davvero basso per l'epoca. Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1018.

e, quindi, del *controllo o sindacato sul(l'attività del) giudice*¹¹.

Ma contro questa *rivoluzionaria* riforma si abatterono in breve tempo le proteste del Sacro Regio Consiglio Napoletano, i cui componenti ritenevano offensiva, disdicevole e irrispettosa questa imposizione¹², che tra l'altro avrebbe loro impedito di pronunciarsi come da sempre erano soliti fare, ossia:

con formule brevi, maestose ed imperative come ad un
Supremo magistrato conviensi¹³.

Alla protesta, tuttavia, fece seguito la reazione di Ferdinando IV: con un altro *Dispaccio* del 26 novembre 1774, il sovrano illuminato così rispose ai togati in rivolta:

¹¹ Sul punto, cfr. N. NICOLINI, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Livorno, 1843, p. 960: «la motivazione è un conto renduto da' magistrati al governo e *al pubblico*» (corsivo redazionale). La possibilità di esercitare un *controllo o sindacato sul(l'attività del) giudice* rappresenta, secondo la tipologia qui proposta, la *seconda ragione per motivare una sentenza*. Il tema verrà affrontato analiticamente *infra*, § 3.6.

¹² Cfr. F. CORDERO, *loc. ult. cit.*; ID., *Riti e sapienza del diritto*, cit., pp. 663 ss; ID., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, cit., p. 526 s.; nonché G.P. MASSETTO, voce *Sentenza*, cit., p. 1236 e P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, cit., p. 365, nota 7.

¹³ cfr. R. AJELLO, *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1968, p. 150 s.

Vuole S. Maestà che il Sacro Consiglio abbia per massima che la legislazione è tutta nella sovranità; *che il Consiglio non è che giudice, e che i giudici sono esecutori delle leggi e non legislatori*; che il diritto ha da essere certo e definito, non arbitrario; *che la verità e la giustizia che i popoli conoscono e vedono nelle decisioni dei giudici, è il decoro dei magistrati, non quello stile di oracolo che non dubita di attribuirsi nella sua rappresentanza il Consiglio*: essendo il genere umano purtroppo portato a sospettare e maledire quello che non intende facilmente¹⁴

Nonostante questa reazione, l'intera riforma ebbe vita breve, restando in vita soltanto poco più di tre lustri, trascorsi i quali, nel 1791, fu infine definitivamente revocata e abrogata¹⁵.

Alla prima riforma napoletana, nel giro di pochi anni, seguì una seconda riforma toscana "*sulla legislazione criminale*", che dal sovrano che la promosse (Pietro Leopoldo) mutuò il nome con cui passò alla storia ("*Leopoldina*"). Essa, tuttavia, non può esser posta sullo stesso piano della

¹⁴ *Dispaccio 26 novembre 1774*, in G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 322 s. La durezza della reazione traspare chiaramente dalla frase di chiusura del *Dispaccio*: «Sua Maestà perdona [...] gli escogitati sofismi alla fragilità umana dell'assuefazione» (*ibidem*).

¹⁵ Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1019, nonché P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, cit., p. 365.

Prammatica ferdinanda, almeno quanto a valenza riformatrice nello specifico settore di cui qui ci stiamo occupando – ossia l’obbligo di motivazione delle sentenze¹⁶. E ciò giacché questa, diversamente da quella, limitò il proprio campo d’intervento alle sole *condanne a pene arbitrarie*:

obblighiamo [...] tutti i nostri giudici i quali si muoveranno a condannare alcun reo in una determinata pena arbitraria, a spiegarne la ragione, ed affinché apparisca per chiunque vi abbia interesse ad esprimerla succintamente nella stessa sentenza¹⁷

¹⁶ Quest’ultima puntualizzazione è quanto mai necessaria, atteso che, in altri ambiti, la *Leopoldina* introdusse veri e propri cambiamenti “epocali”. Così è per la pena di morte, che proprio da essa, per la prima volta nella storia dell’Europa occidentale, venne abolita.

¹⁷ *Riforma della legislazione criminale toscana*, 30 novembre 1786, § CXVI, in C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 298 (corsivo redazionale). Secondo Franco Venturi, il testo della *Riforma* rappresenta «il più importante documento dell’influenza di Beccaria e delle idee illuministe sulla legislazione italiana del Settecento. Si tratta, tra l’altro, del codice in cui per la prima volta in Europa veniva soppressa la pena di morte» (ivi, p. 258, nota 1).

Peraltro, dell’influenza di Beccaria (non solo sulla legislazione italiana, ma anche) sull’intera cultura europea dell’epoca dà ampiamente conto lo stesso Franco Venturi, attraverso una poderosa raccolta di fonti e documenti (pp. 164-660) inseriti nella corposa appendice all’edizione del *Delitti e delle pene* da lui curata, e che testimoniano la dimensione del dibattito sorto intorno al piccolo

Peraltro, entrambe queste *riforme* intervennero sul diritto positivo ben prima di quelle francesi – che delle prime furono però più imporanti per l'*influenza* che ebbero poi sulla legislazione europea. Al riguardo, basti pensare che nello stesso torno d'anni in cui Ferdinando IV interveniva con il suo *Dispaccio reale*, il *discorso francese "sul" diritto* era ancora dominato dalla *regola* «*iudex non tenetur exprimere causam in sententia*».

Ancora nel 1771, infatti, l'autorevole penalista francese Daniel Jousse predicava con fermezza la *primauté* del *modello di sentenza* come *decisione non motivata*:

*Il n'est pas nécessaire que le Juges expriment les motifs de leurs jugements. Mais s'ils le veulent faire, cela dépend d'eux. Néanmoins, il vaut mieux ne point exprimer ces motifs, afin de ne pas donner lieu à des chicanes de la part de celui qui aurait perdu sa cause*¹⁸.

pamphlet, estesa in ben 10 paesi (Italia, Francia, Inghilterra, Spagna, Svizzera, Austria, Germania, Danimarca, Svezia e Russia).

¹⁸ Così D. JOUSSE, *Traité de l'administration de la justice*, vol. II, Parigi, 1771, p. 34 (citato da P. GODDING, *Jurisprudence et motivation des sentences*, cit., p. 59, nota 64; corsivo redazionale). Su Daniel Jousse cfr. A. ESMEIN, *Historie de la procédure criminelle en France*, cit., pp. 234 ss. Sul punto, cfr. altresì F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1016.

Tuttavia, trascorsi poco più di *tre* lustri dall'affermazione di Jousse, e nel giro di soli *tre* anni, *tre* distinti provvedimenti normativi dapprima *introdussero* e poi *implementarono* anche in Francia il *modello di sentenza* come *decisione motivata*. E proprio questi provvedimenti rappresentano – come già detto – il vero *incipit* di quel *secondo e rivoluzionario mutamento di paradigma* poi diffusosi in gran parte dell'Europa continentale. Negli anni a seguire, infatti, grazie all'*influenza* francese, un segno indelebile prima apparve e poi restò indelebilmente impresso sul volto degli ordinamenti processuali europei: quello dell'*obbligo di motivazione delle sentenze*.

3.3. *La sentenza come decisione necessariamente motivata: il discorso giuridico francese*

Il *primo* provvedimento normativo che *introdusse* il *nuovo modello di sentenza* anche in Francia risale al 1788, ad appena un anno dall'*incendio rivoluzionario*. Un editto datato 8 maggio, firmato da Sua Maesta, disponeva infatti che:

Ne pourront nos juges, même nos cours, prononcer en matière criminelle “pour les cas résultant du procès”; voulons que *tout arrêt ou jugement énonce et qualifie*

*expresément les crimes et délits dont l'accusé aura été
coinvancu, et puor le quel il sera condamné*¹⁹.

L'impatto sul discorso "di" diritto francese, benché limitato al solo àmbito penale, fu dirompente; tant'è vero che il *Parlament* parigino rifiutò l'*enregistrement* dell'atto, poi impostogli dal re con la procedura del c.d. "lit de justice"²⁰.

L'anno seguente – a meno di *tre* mesi dallo scoppio della rivoluzione – un *secondo* decreto dell'8-9 ottobre confermò il *mutamento di paradigma* già avviato dal primo provvedimento:

Toute condamnation à peine afflictive ou infamante, en première instance, ou en dernier ressort, *exprimera les faits pour lesquels l'accusé sera condamné, sans qu'aucun juge puisse jamais employer la formule "pour les cas résultants du procès"*²¹.

¹⁹ Così, testualmente, dispone l'art. 5 della *Déclaration relative à l'ordonnance criminelle*, 8 mai 1788 (corsivo redazionale). Si tratta, tuttavia, di un'introduzione ancora *timida e parziale* del nuovo modello. Dall'intervento normativo, infatti, restano escluse: a) le sentenze di assoluzione, b) le sentenze di appello e c) l'intero àmbito civile, ove il giudice conservava ancora intatta la facoltà di rendere sentenze non motivate. Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1016, nonché T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 100.

²⁰ In questo senso, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 659.

²¹ Così, testualmente, recitava l'art. 22 del *Décret sur la réformation de quelques*

Nel 1790, infine, sotto la pressante spinta degli *Étates Généraux* – che chiesero l'estensione della motivazione ad ogni tipo di sentenza – un *terzo* provvedimento *implementò* il *modello della sentenza* come *decisione motivata*, estendendolo anche al settore civile. Si tratta della legge *rivoluzionaria* del 16-24 agosto 1790 (“*sur l'organisation judiciaire*”) che enumerava analiticamente i contenuti minimi e indefettibili di qualsiasi *decisione giudiziaria*, stabilendo che questa dovesse essere composta di quattro parti: nelle prime due dovevano essere indicati i nomi delle parti e le *quaestiones*, sia di fatto che di diritto, sottoposte al vaglio del giudice; nella terza parte:

le résultat des faits reconnus ou constatés par l'instruction, et les motifs qui auront déterminé le jugement [...]. La quatrième enfin contiendra le dispositif du jugement²².

Con questo *terzo* atto, il *modello di sentenza* come *decisione non motivata*

points de la jurisprudence criminelle, 8-9 octobre 1789 (corsivo redazionale). Sul punto, cfr. Sul punto, cfr. T. SAUVEL, *loc. ult. cit.*

²² Così, testualmente, recitava l'art. 15 del *Décret sur l'organisation judiciaire*, 16-24 août 1790 (corsivo redazionale). Sul punto, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 1019; G. GORLA, *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»*, cit., pp. 36 ss.; nonché M. TARUFFO, *L'obbligo di motivazione*, cit., p. 605, nota 22.

venne definitivamente archiviato nella storia francese, sostituito da un nuovo *modello di sentenza*: quello della “*decisione motivata*”, benché non ancora “*necessariamente motivata*”²³. Tale *modello* sarà poi ulteriormente *implementato* negli anni seguenti, tramite la sua inclusione in testi di rango e valore sempre più elevati.

È il caso, ad esempio, della Costituzione dell’anno III (1795), il cui art. 208 in questi termini ne consacrava il contenuto fondamentale²⁴:

Les séances des tribunaux sont publiques; les juges délibèrent en secret; les jugemens sont prononcés à haute voix; ils sont motivés, et on y énonce les terms de la loi appliquée²⁵.

Tre lustri dopo, nel 1810, l’obbligo di motivazione si *consolidò definitivamente*, passando da “*lex imperfecta*” a “*lex perfecta*” – secondo la

²³ Sulla distinzione tra a) *modello di sentenza come decisione necessariamente motivata* e b) *modello di sentenza come decisione motivata* si veda *supra*, § 1.3., nota 91.

²⁴ Al riguardo, cfr. F. CORDERO, *loc. ult. cit.*: «l’art. 208 Const. 5 frimaio anno III [...] lancia lo stereotipo “*jugement motivé*”».

²⁵ Così, testualmente, recitava l’art. 208 (*sub. Tit. VIII, Pouvoir judiciaire. Dispositions générales*) della *Constitution de la République Française*, 5 fructidor, an III (corsivo redazionale). Sul punto, cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., p. 627 s.

celebre tassonomia introdotta da Ulpiano²⁶: omessa la motivazione, la sentenza diveniva nulla²⁷. Tale *regola* andò ad integrare quanto già disposto, in tema di motivazione, dal *code de procédure civile* napoleonico emanato quattro anni prima (1806), il cui art. 141, infatti, prevedeva soltanto che:

La rédaction des jugemens contiedra [...] l'exposition sommaire des poits de fait et de droit, le motifs et le dispositif des jugemens.

²⁶ Cfr. Ulp. *Ep.*, 1, 1-2: «1. *Leges aut perfectae sunt aut imperfectae aut minus quam perfectae. Perfecta lex est quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, rescindit, qualis est lex. Imperfecta lex est, quae vetat aliquid fieri et, si factum sit, nec rescendit nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit, [...].* 2. *Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescendit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit*». In argomento, cfr. il saggio di D. TUZOV, *La nullità per legem nell'esperienza romana. Un'ipotesi in materia di leges perfectae*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2009, pp. 156-191.

²⁷ Così disponeva l'art. 7 della *Loi sur l'organisation de l'ordre judiciaire et l'administration de la justice*, 20 avril 1810. Sul punto, cfr. T. SAUVEL, *La motivazione delle sentenze*, cit., p. 99.

Nel 1810, pertanto, si giunge così al totale rivolgimento sia delle *forme* che degli *effetti* della *nullità* delle decisioni giudiziarie, passando dall'*opinio Bartoli* per cui: «*si [iudex] exprimat falsam [causam], sententia est nulla*» (su cui cfr. *supra*, § 2.4), all'idea secondo cui: “se il giudice non esprime la motivazione, la sentenza è nulla”.

Diverso era il caso del *code d'instruction criminelle*, emanato due anni dopo (1808), che esplicitamente richiamava la sanzione della *nullità* per le sentenze non motivate:

Tout jugement définitif de condamnation sera motivé, et le termes de la loi appliquée y seront insérés, à peine de nullité²⁸.

Con l'introduzione della *nullità* quale sanzione contro la sentenza non motivata, può dirsi definitivamente *consolidato* questo *secondo mutamento di paradigma* nei rapporti tra a) *decisione del giudice* e b) *necessaria giustificazione della stessa*.

Pertanto, dal *modello di sentenza* come *decisione non motivata*, passando poi a quello della *decisione motivata*, si giunse così al *modello di sentenza* come *decisione necessariamente motivata*: con la sanzione della *nullità* quale tecnica di *perfezionamento* (nel senso *ulpianeo* della parola) e di *ampliamento* dal penultimo all'ultimo *modello*²⁹.

²⁸ Così, testualmente, recitava l'art. 163 *cod. instr. crim.*, che riguardò però soltanto le decisioni rese dai *Tribunaux de police*. Quanto alle condanne inflitte dai *Tribunaux correctionnels*, «l'art. 195 richiede soltanto, indicati nel dispositivo, "le faits ont les personnes citées seront jugées coupables", comunque ne sia convinto il giudice» (così F. CORDERO, *loc. ult. cit.*).

²⁹ Sulla distinzione tra a) *modello di sentenza* come *decisione necessariamente motivata* e b) *modello di sentenza* come *decisione motivata* si veda *supra*, § 1.3., nota

3.4. *L'influenza del discorso illuminista sui discorsi giuridici italiano e francese*

L'esperienza francese non rimase affatto chiusa entro i confini nazionali, diffondendosi in breve anche nel resto dell'Europa continentale, inclusa l'Italia preunitaria, ove il *modello di sentenza* come *decisione motivata* – già introdotto nelle costituzioni giacobine di fine Settecento³⁰ – fu accolto nella gran parte dei codici degli Stati ottocenteschi³¹ proprio grazie all'*influenza francese*³².

91.

³⁰ Nelle quali è stata inserita la fedele traduzione dell'art. 208 della Costituzione dell'anno III (1795) – come si può agevolmente constatare dalla lettura delle Costituzioni: *a*) di Bologna (dell'anno 1796; cfr. art. 129), *b*) Cispadana (dell'anno 1797; cfr. art. 228), *c*) Cisalpina (dell'anno 1797; cfr. art. 208), *d*) ligure (dell'anno 1797; cfr. art. 222); *e*) romana (dell'anno 1798; cfr. art. 207), *f*) e napoletana (dell'anno 1799; cfr. art. 207).

³¹ Salvo alcune eccezioni degne di rilievo, come, ad esempio, il Regno Lombardo-Veneto, il cui *Regolamento generale del processo civile* disponeva, al § 315, che: «la sentenza [...] dovrà essere concepita chiaramente e intelligentemente [...], ma non vi farà menzione de' motivi che avranno determinato il giudice a giudicare così e non altrimenti».

³² Sia Ennio Amodio (*L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., p. 447) che Michele Taruffo (*L'obbligo di motivazione*, cit., p. 338) sottolineano entrambi l'influenza delle codificazioni napoleoniche sulle legislazioni processuali

Dal codice di procedura civile per il Regno d'Italia (1806)³³, ai due codici di procedura del Regno delle Due Sicilie (1819), passando per quelli del Piemonte e degli altri Stati preunitari³⁴, la *legislazione processuale italiana* venne così ad essere anch'essa definitivamente modificata mediante l'introduzione dell'obbligo, per il giudice, di motivare tutte le proprie decisioni, sotto pena di nullità delle stesse.

Com'è noto, tale *influenza* è in massima parte ascrivibile all'Illuminismo francese: alle sue dottrine, al suo spirito riformatore e alla sua «dirompente attitudine critica»³⁵. E ciò, benché gran parte del

preunitarie, con particolare riferimento all'obbligo di motivazione delle sentenze. Tuttavia, come a breve vedremo, l'*influenza napoleonica* è a sua volta tributaria delle *dottrine illuministe*. Pertanto si tratta, per così dire, di un'*influenza "di secondo grado"*.

³³ L'art. 506 prescrive che, oltre agli estremi dell'accusa, in sentenza il giudice debba poi *a)* far «menzione d'aver sentiti nel dibattimento l'accusato e il suo difensore, il regio procuratore generale e la parte civile, se v'era e siasi presentata», *b)* illustrare quel che abbia deciso sul fatto e in diritto, e *c)* esporre «i motivi», citando «letteralmente gli articoli della legge penale applicata».

³⁴ Una lunga e accurata ricostruzione della diffusione in Italia dell'obbligo di motivazione può leggersi in M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 333 ss.

³⁵ Così D. IPPOLITO, *Diritti e potere*, cit., p. 12. Il termine "Illuminismo", come noto, non designa affatto il nome di una "Scuola di pensiero". Gli "illuministi", piuttosto, sono gli appartenenti a quel poliedrico movimento culturale, sviluppatosi lungo il corso del XVIII secolo, e tra loro accumulati dal possesso

pensiero illuminista francese ignori la questione delle *sentenze non motivate* – o meglio: benché non sia dato imbattersi, nelle opere dei massimi pensatori dell'epoca, in *specifiche* e *puntuali* riflessioni sulla motivazione delle sentenze³⁶.

Così è, ad esempio, sia per Diderot che per Rousseau, i quali non spendono alcuna parola sull'argomento; e così è per lo stesso Montesquieu, che sul tema non propone alcuna *specificata* e *puntuale* riflessione nel suo *Esprit de lois* (1748) – non diversamente, d'altro canto, da tanti altri problemi, sempre di *ordine processuale*, che nella sua opera parrebbero, almeno *prima facie*, ricevere minore attenzione rispetto a quelli di *ordine sostanziale* (ma sulla bontà di tale ultima affermazione si potrebbe sollevare più d'una critica; ciò che, in effetti, proprio di recente è stato

di: a) una marcata attitudine critica contro le strutture politiche esistenti; b) un accentuato spirito riformatore c) un atteggiamento essenzialmente laico e razionalista. Sull'argomento, si rinvia a G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, cap. VIII (con riguardo, in particolare, all'illuminismo giuridico) e a D. IPPOLITO, *Diritti e potere*, cit., *passim* (con riguardo, in particolare, all'illuminismo penale).

³⁶ In questo senso, cfr. P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, cit., p. 368, secondo cui i *philosophes* «pur sostenendo una concezione garantistica della giustizia, tendevano ad esaurirla nel primato del potere legislativo e nella rigorosa subordinazione del giudice alla legge, tralasciando di considerare la *motivazione* come *strumento indispensabile per il controllo esterno sull'operato del giudice*» (corsivo redazionale).

fatto³⁷).

Le varie volte che tratta dei *jugements*, infatti, Montesquieu sembra soffermarsi principalmente su due aspetti: o sull'auspicata loro *uniformità intertemporale*:

Elles doivent être conservées; elles doivent être apprises,
pour que l'on y juge aujourd'hui comme l'on jugea hier³⁸;

oppure sull'invocato loro *carattere certo, stabile e non arbitrario*:

³⁷ In proposito, si vedano le acute riflessioni di Dario Ippolito (*Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, pp. 96 ss.), il quale opportunamente sottolinea il carattere erroneo e semplicistico di una simile tesi, soprattutto se si pensa che «nell'*Esprit de lois*, il problema penale è concepito nella sua unitarietà» e che «la dicotomia categoriale diritto sostanziale/diritto processuale è uno schema che appartiene alla nostra cultura giuridica e non a quella di Montesquieu» (ivi, p. 97). Pertanto, il lettore di Montesquieu invano si affannerebbe a ricercare «un'organica e compiuta riflessione sulle garanzie processuali» (ivi, p. 100), essendo «la sua dottrina del processo [...] appena abbozzata» (ivi, p. 101). Tuttavia – aggiunge Ippolito – «i fondamenti assiologici su cui [tale dottrina] riposa sono pienamente riconoscibili» (*ibidem*), tant'è vero che «muovendosi tra i diversi capitoli dell'opera, è possibile rintracciare gli elementi principali della concezione montesquieuiana del giudizio penale» (ivi, p. 100), che Ippolito elenca e compendia in un catalogo costituito da ben nove garanzie processuali (*ibidem*).

³⁸ Così CH. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois* (1748), Parigi, 1995 (<<http://www.uqac.quebec.ca/zone30>>), *livre sixième, chapitre premier (De la simplicité des lois civiles dans les divers gouvernements)*, p. 63.

les juggements doivent etre fixes à un tel point qu'ils ne soient jamais qu'un texte précis de la loi. S'ils étaient une opinion particulière du juge, on vivrait dans la société sans savoir précisément les engagements que l'on y contracte;³⁹

ma in nessun caso – come detto – ne parla articolando una *specifica* riflessione sul tema, là dove questo ben si inserirebbe all'interno della globale critica mossa alla prassi e alle strutture di potere d'*ancien régime*. Pertanto, è lecito chiedersi come sia possibile tanta insensibilità, da parte della cultura illuminista, verso il problema delle *sentenze non motivate*.

Ebbene, la risposta a tale domanda può essere scomposta in *due parti*.

La *prima* parte della risposta risiede, con paradosso apparente, nel ridimensionamento stesso della domanda, o quantomeno in un chiarimento della sua portata e delle implicazioni che dalla stessa si vorrebbero far discendere.

Da questo punto di vista, non pare certo possibile, partendo

³⁹ Ivi, *livre onzièm, chapitre sixièm (De la constitution d'Angleterre)*, p. 113. Cfr. altresì ivi, *livre sixièm, chapitre quatrièm (De la manière de former le Jugemens)*, p. 65, ove Montesquieu, in materia di giudizi, distingue tra: a) monarchia (nella quale «les juges prennent la manière des arbitres; ils délibèrent ensemble, ils se communiquent leurspensées, ils se concilient»), e b) repubblica (nella quale «les juges ne se communiquaient point», in quanto qui «le peuple jugeait, ou était censé juger»).

dall'assenza di puntuali riflessioni sull'argomento nelle opere dei *philosophes*, inferire la conclusione secondo cui questi avversassero il *modello di sentenza* come *decisione motivata* – e di certo incorrerebbe nella c.d. *fallacia ad ignorantiam* chi volesse sostenere il contrario⁴⁰. A tacer d'altro, basterebbe poi rilevare che tra gli illuministi francesi v'era anche chi non ignorava affatto il problema, e manifestava quindi – con timbro, peraltro, chiaramente provocatorio – tutte le proprie perplessità.

È questo il caso di Voltaire, ad esempio, che così s'interrogava:

puorquoi, dans certains pays, les arrêts ne sont-ils jamais motivés? Y a-t-il quelque hont à rendre raison de son jugement?⁴¹;

oppure di Condorcet, che a soli tre anni dall'incendio rivoluzionario, indicava proprio nel *droit naturel* il fondamento dell'*obbligo di motivazione*:

On a demandé ce qu'il fallait penser de l'usage de

⁴⁰ Sui diversi tipi di errori nel ragionamento (le cc.dd. "*fallacie*"), e sulla fallacia *ad ignorantiam* in particolare, cfr. I.M. COPI-C. COHEN, *Introduzione alla logica*, cit., pp. 167 ss.

⁴¹ VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de province* (1766), in *Mélanges de Voltaire*, vol. XXIII, Parigi, 1965, p. 807 (trad. it. a cura di R. FUBINI, *Commentario intorno al libro 'Dei delitti e delle pene'*, in *Scritti politici*, Torino, 1964, p. 648 s.).

condamner “pour les cas résultant” du procès? Nous répondrons ici que cet usage en vertu duquel on termine par un jugement secret une procédure secrète, est l'équivalent de la loi établie en Corse, où le gouverneur génois faisait tuer un homme “ex informata conscientia”. *Et nous prendrons encore cette fois la liberté d'en appeler au droit naturel. Il exige que tout homme qui emploie contre des membres de la société la force qu'elle lui a confiée, lui rende compte des causes qui l'y ont déterminé.* En vain dirait-on que, dans l'arrêt imprimé, le greffier corrige par un titre détaillé ce silence insultant pour la nation. Ce n'est ici qu'une défaite qui couvre le dessein coupable de se réserver le droit de rompre ou de garder le silence suivant des motifs particuliers⁴².

Ma il ridimensionamento della domanda consegue a ben altre considerazioni: è ben noto, infatti, che fu proprio uno dei più celebri *philosophes* – Montesquieu – a predicare la necessità che poteri diversi dovessero essere distribuiti a soggetti diversi. Ed è proprio tale *dottrina politico-normativa* (c.d. della “*divisione o separazione dei poteri*”) a rappresentare, per un verso, una *ragione* – o forse, sarebbe meglio dire: *la principale ragione* – per motivare una sentenza⁴³; e, per altro verso, la base

⁴² CONDORCET, *Réflexions d'un citoyen non gradué, sur un procès très connu*, in *Oeuvres complètes*, vol. XI, Parigi, 1804, p. 214 (corsivo redazionale).

⁴³ Il tema sarà trattato nella seconda sezione del capitolo, e precisamente nel §

ideologica di tutte quelle rivoluzionarie riforme di diritto positivo che hanno dapprima *introdotto*, poi *implementato* e infine *consolidato* il *modello di sentenza* come *decisione necessariamente motivata* nei discorsi “*di*” diritto sia francese che italiano.

La *seconda* parte della risposta risiede invece negli specifici *modelli di giudizio* e, soprattutto, *di giudice* prediletti dai *philosophes*⁴⁴. Questi, infatti, identificavano nei «*jurors*» e nel «*judge* (o *trial*) *by jury*» inglesi i loro *modelli ideali*, rispettivamente, *di giudice* e *di giudizio*⁴⁵.

D'altronde, è ben noto come i *philosophes* fossero tenacemente contrari alla figura del *giudice “tecnico”* di matrice continentale, che per secoli

3.7.

⁴⁴ “*Philosophes*” era il termine con cui si appellavano gli illuministi, quantomeno quelli francesi. Tuttavia, «*ciò non significa*» – sottolinea Ippolito (*Diritti e potere. Indagini sull’illuminismo penale*, Roma, 2012, p. 11 s.) – «*che essi condividessero una determinata dottrina filosofica: molteplici, differenti e non di rado confliggenti furono le posizioni teoriche e le indicazioni normative maturate nel dibattito illuministico*». Piuttosto, i punti in comune tra i “*philosophes*” riguardavano «*la maniera di concepire e praticare l’attività intellettuale*», ossia «*il modo di intendere la funzione sociale del filosofo*» (corsivo redazionale).

⁴⁵ Cfr. D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo*, cit., p. 101: «[...] è all’Inghilterra ch’egli [*scil.* Montesquieu] volge lo sguardo. Paradigma della costituzione politica liberale, essa rappresenta, ai suoi occhi, anche il paradigma della buona giurisdizione penale. Rifiutando gli istituti più qualificanti del rito inquisitorio, Montesquieu rinviene nel *tryal by jury* i canoni della giustizia procedurale».

aveva dominato la scena giudiziaria di quella Francia d'*ancien régime* contro cui essi scagliavano le loro aspre critiche e rivolgevano le loro istanze di cambiamento. E che tale opzione per la *figura* del *giudice-giurato* (ossia, del "*giudice-cittadino*"⁴⁶) sia perfettamente solidale al disinteresse per il tema della motivazione giudiziaria, è proprio ciò che si andrà a dimostrare nel prossimo paragrafo, ove si cercherà di porre in risalto il nesso, *teorico* oltre che *storico*, tra a) *modello di sentenza* come *decisione non motivata* e b) *modello di giudice-cittadino*, di cui la *figura* del *giurato* rappresenta la principale espressione *storica*.

⁴⁶ La categoria del "*giudice-cittadino*", assieme a quella opposta e correlativa del *giudice-magistrato* sarà introdotta e illustrata nel paragrafo seguente.

SEZIONE SECONDA

TRE RAGIONI PER MOTIVARE LA SENTENZA

SOMMARIO: 3.5. A) Una prima ragione per motivare la sentenza: il principio di legittimazione “tecnica” del giudice. – 3.6. B) Una seconda ragione per motivare la sentenza: il principio di sindacabilità. – 3.7. C) Una terza ragione per motivare la sentenza: il principio di divisione dei poteri.

3.5. A) *Una prima ragione per motivare la sentenza: il principio di legittimazione “tecnica” del giudice.*

La *prima ragione per motivare la sentenza* può essere identificata con la *legittimazione “tecnica”* – e quindi non *“consensualistica”* – assegnata al *giudice* e, più in generale, all’intera *giurisdizione*. Tale *legittimazione “tecnica”*, a sua volta, dipende dal *modello di giudice* accolto nel singolo ordinamento giuridico, ossia, e in altri termini, dalle caratteristiche e dai requisiti personali richiesti agli individui di volta in volta chiamati a svolgere le funzioni giudiziarie e, per altro verso, dalle modalità con cui essi sono reclutati e/o scelti o selezionati.

Scopo di questa *prima indagine* è di mostrare l’esistenza e la portata dei nessi, *storici* prima ancora che *teorici*, che intercorrono tra:

A) *modelli di giudizio* e *modelli di giudice*;

B) *modelli di giudice e modelli di sentenza (motivata o non motivata)*;

C) *modelli di sentenza (motivata o non motivata) e legittimazione del giudice.*

Preliminarmente, occorre prendere le mosse dalla categoria dei *modelli di giudice*, istituendo una classificazione che sia dotata, per un verso, di portata empirica rispetto alle concrete *figure di giudice* succedutesi nella storia e, per altro verso, di capacità esplicativa rispetto allo scopo dell'indagine che abbiamo prefissato.

Da questo punto di vista, un utile schema classificatorio è certamente quello fondato sulla distinzione tra «*giudici cittadini*» e «*giudici magistrati*», suggerito da Francesco Carrara nel suo celebre *Programma del corso di diritto criminale* (1859)¹, ove peraltro viene rilevata l'esistenza di un nesso *teorico* oltre che *storico* tra *a) modelli di giudizio* e *b) modelli di giudice* via via succedutisi nel corso dei secoli, i primi essendo stati sovente implicati dai secondi², e questi ultimi essendo in generale riducibili ad una e una sola alternativa:

¹ «E qui si trova costante e perenne l'alternativa di due metodi [di giudicare] opposti che si esprimono con le due formule *giudici cittadini* e *giudici magistrati*» (così F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), Firenze, 1924, p. 193; corsivi originali). La distinzione è ripresa anche da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 587 ss. Su Francesco Carrara cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 4 s., 14 s., 92-95 e 655 s.

² F. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale*, cit., p. 195.

O giudica il popolo, o giudica un numero di uomini destinati a tale missione dall'autorità del governo³.

Ebbene, è facile rilevare come questa distinzione rappresenti una vera e propria *opposizione dicotomica*, i cui *modelli di giudice* da essa raffigurati sono, ad un tempo, mutualmente esclusivi e congiuntamente esaustivi⁴. Pertanto, essa è in grado di ricomprendere tutte le *concrete figure* in cui si sono storicamente manifestati gli organi giudiziari, quali:

a) per un verso, i giudici cc.dd.: «stipendiati», «stabili», «permanenti», «togati», «tecnici», «di professione», «professionisti», «burocrati» o «funzionari»⁵;

b) per altro verso, i giudici cc.dd.: «popolari», «liberi cittadini», «non togati», «temporanei» e, soprattutto, «giurati» o «pari»⁶, scelti dal popolo

³ Ivi, p. 193.

⁴ «La questione delle *persone* è tutta semplice, fra il giudice *magistrato*, e il giudice *cittadino*» (così F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 200; corsivi originali). E ancora: «Possono essere infinitamente variate col variare dei tempi, dei costumi, e dei luoghi le forme pratiche con le quali si vennero svolgendo quelle due idee; ma le idee cardinali non sono e non possono essere che due. O giudica il popolo, o giudica un numero di uomini destinati a tale missione dall'autorità di governo» (ivi, p. 193; corsivo redazionale).

⁵ Carrara si riferisce a questo gruppo di *giudici magistrati* con l'espressione: «persone privilegiate, scelte dal Governo e da lui stipendiate (impiegati)» (ivi, p. 197).

⁶ La garanzia del giudizio dei «pari» fu prevista dagli artt. 21 («*Comites et*

e/o tra il popolo e dunque espressione diretta di tutti i consociati⁷.

Proprio queste ultime *figure* di giudice, e in particolare quelle dei «giurati» o «pari», ci consentono di chiarire il nesso che esiste tra *a) modelli di giudice* e *b) modelli di sentenza*. Per far ciò, è tuttavia necessario definire prima l'istituto della «giuria», sorto in Inghilterra verso la fine del XII secolo.

In breve, si tratta di un gruppo formato da dodici cittadini (c.d. «*petty jury*»)⁸, in origine scelti tra gli «uomini probi del vicinato»⁹, i quali,

barones non amercentur nisi per pares suos [...]) e 39 («*Nullus liber homo capiatur, vel imprisonetur, aut disseisiatur, aut utlagetur, aut exuletur, aut aliquo modo destruatur, nec super eum ibimus, nec super eum mittemus, nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem terre*») della *Magna Charta Libertatum* (1215), e poi da tutte le successive dichiarazioni dei diritti inglesi e americane.

⁷ «Si chiamino questi» – prosegue Carrara (*ibidem*) – «o giurati o scabini o notabili o pari o con altro qualsiasi nome, tutto torna all'istesso. Sono sempre giudici cittadini».

⁸ Definito «*petty*» per distinguerlo dal c.d. «*grand jury*», organo istituito con nel 1166, composto da 24 individui e incaricato di formulare l'*indictment* (ossia l'*incolpazione* o *accusa*) per tutti quei delitti che, in ragione della loro gravità, dovevano essere perseguiti indipendentemente da una domanda dell'offeso. Formulata l'accusa, l'incolpato veniva poi presentato ai giudici reali itineranti. In argomento, cfr. F. CORDERO, *Riti e sapienza del diritto*, cit., p. 354, nota 17.

⁹ Di «uomini probi del vicinato» parla espressamente l'art. 20 della *Magna Charta*: «[...] *et nulla predictarum misericordiarum ponatur, nisi per sacramentum proborum hominum de visneto*».

almeno in principio, non erano considerati né veri e propri testimoni¹⁰ né veri e propri organi giudicanti – ciò che invece diverranno solo in seguito –, ma piuttosto dei semplici “*attestatori*”¹¹, ovvero la:

voce d’una scienza organico-comunitaria a forte
componente emotiva¹².

Ebbene, i cc.dd. “*veredicts*” (dal latino: «*vere-dicta*»), emessi da questa sorta di *voice of the country*¹³, si compongono di sole parole dal timbro mono- o (al più) bi-sillabico («*guilty*» o «*not guilty*»), senz’alcuna motivazione che le segua o preceda¹⁴. In altri termini, tali *pronunce collettive* rappresentano il principale archetipo del *modello di sentenza come decisione non motivata*; e non è un caso, quindi, se negli ordinamenti di *Common Law* ancora oggi non esista un obbligo (giuridico) di motivazione

¹⁰ Ancorché a tale figura essi si avvicinassero non poco, come attestato anche dal citato art. 20 della *Magna Charta*, che nel riferirsi al *vere-dictum* parla di «[...] *sacramentum proborum hominum de visneto*» («[...] *testimonianza giurata degli uomini probi del vicinato*»).

¹¹ Così L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886, p. 184. Sulle origini della giuria, cfr. altresì P. DEVLIN, *Trial by jury*, Londra, 1956, p. 13 s.

¹² F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 20.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Sul punto, cfr. G.L. WILLIAMS, *The proof of guilt*, Londra, 1963, p. 314: «*It is true to say that juries cannot be asked to return a reasoned verdict*».

delle sentenze¹⁵.

Contro tale *modello di sentenza* (e quindi: *di giudice*), combattè aspramente il maestro di Carrara, Giovanni Carmignani, in nome del valore garantista da lui assegnato alla motivazione delle sentenze, ritenuta impraticabile per i giudici *non "tecnici" o popolari*¹⁶.

Francesco Carrara, dal canto suo, pur consapevole che i *giudici popolari*, diversamente dai *giudici di professione*, non fossero in grado di motivare le proprie decisioni – non possedendo quelli, diversamente da questi, le necessarie «cognizioni legali» per poterlo fare¹⁷ – comunque

¹⁵ Cfr. E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., p. 458: «In Inghilterra, come negli Stati Uniti, non risultano disposizioni statutarie o regole di *common law* che sanciscano espressamente il dovere del giudice di motivare le proprie decisioni. Ciò non ha peraltro impedito che si radicesse nel costume del magistrato inglese l'uso di dare oralmente i motivi della pronuncia alla pubblica udienza». Nello stesso senso, cfr. M. TARUFFO, *La motivazione della sentenza*, cit., pp. 363 ss., ove si afferma che, pur in assenza di un obbligo espresso, in questi ordinamenti la motivazione (anche in forma orale), affermata sin dal XII secolo, è una pratica assai diffusa.

¹⁶ Cfr. G. CARMIGNANI, *Teoria delle leggi della sicurezza sociale*, Pisa, 1832, vol. IV *passim*, là dove l'«ignoranza» dei giurati trasforma il giudizio in un atto di «forza» anziché di «saviezza»; sicché, conclude Carmignani (capp. XIV e XVII), proprio in virtù dell'assenza della motivazione, in questi casi deve quantomeno esser preservata la regola dell'unanimità dei suffragi. Su Giovanni Carmignani cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 4 s., 14 s., e 655 s.

¹⁷ Cfr. F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 423, nonché L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, cit., pp. 190 ss.

accordava la propria preferenza a primi invece che ai secondi¹⁸.

D'altronde, anche Luigi Lucchini, come Carrara, manifestava la propria preferenza esclusivamente verso la *figura* dei *giudici popolari*, osteggiando quella dei *giudici di professione*¹⁹. Ma le ragioni di tale preferenza divergono, ancorché soltanto in minima parte, tra l'un penalista e l'altro; sicché, è possibile illustrarle entrambe, seppur brevemente.

Il timore più grande suscitato in Carrara dai *giudici «stipendiati»*²⁰ risiede nell'«abitudine» e nella «fossilizzazione intellettuale» in cui questi spesso rischiano di cadere, specie se le loro sono *decisioni non motivate*, e pertanto *non suscettibili di controllo o sindacato*:

Dateci dunque un Magistrato che ci renda ragione del perché ci crede colpevoli; dateci una critica legale ed una sapienza che non tengasi [...] chiusa in un santuario, invisibile, impenetrabile, indiscutibile, incriticabile negli oracoli suoi; ma che si mostri nelle sue splendide forme (e suscettibile di *revisione*) al giudizio altrui, e noi rinunzieremo tranquilli alle vergini impressioni del cuore²¹

¹⁸ F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., pp. 207-212 e 243-253.

¹⁹ L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, cit., p. 175.

²⁰ Così F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 197: «[...] persone privilegiate, scelte dal Governo e da lui stipendiati [...]».

²¹ F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 203 (corsivo originale). «Ma finché

Luigi Lucchini, invece, respingeva il modello del “*giudice-magistrato*” soprattutto a causa dell’«indifferenza» e della «perniciosa disinvoltura nel decidere»²² che sovente alberga nei *giudici “tecnici” e di professione*, e non

volete» – conclude Carrara – «lasciarci in dubbio se l’oracolo della convinzione emani da una *sapienza* che dobbiamo presumere senza vederne le prove, o piuttosto da un’*abitudine* ufficiale che vediamo, sentiamo e tocchiamo con mano, permetteteci di desiderare che si conservi *l’avanguardia della libertà*» (*ibidem*; corsivi originali). Ed è facile rilevare che le espressioni «vergini impressioni del cuore» e «avanguardia della libertà» si riferiscono proprio al *modello del “giudice-cittadino”*, in opposizione a quello del “*giudice-magistrato*”. Sulle «vergini impressioni del cuore» (che caratterizzerebbero il giudizio dei *giudizi cittadini*) in opposizione all’«*abitudine* di un ufficiale», cfr. altresì *ivi*, p. 201.

Superata l’esperienza storica della sentenza come *decisione non motivata*, si deve riconoscere che ancor’oggi i giudici restano esposti al rischio dell’«*abitudine*», della «fossilizzazione intellettuale» e, più in generale, della «*routine*». Tale rischio – secondo Franco Cordero – in parte deriva anche dalla composizione monocratica o collegiale dell’organo giudicante: «Le due figure, collegiale e monocratica, inducono tecniche decisorie diverse: la polifonia giova al metabolismo critico ma stimola meno i singoli coautori, sviluppando routines a bassa tensione; più esposto all’accidente logico ma costretto al massimo impegno, l’organo monocefalo lavora a mosse rettilinee, senza possibili alibi» (così F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 107).

²² L. LUCCHINI, *I semplicisti del diritto penale*, cit., p. 180. Cfr. altresì *ivi*, p. 192 s.: «l’insistente e continuata ripetizione degli atti produce un altro fenomeno: l’indifferenza per gli atti medesimi. Così avviene che nel magistrato ufficiale, perennemente applicato a giudicare [...] si forma un costume, un abito, una naturale disposizione o propensione a riconoscere un colpevole nell’imputato e ad essere facile nell’ammettere la prova della reità».

anche nei giudici “a-tecnici” e popolari.

Più in generale, fu l'intera cultura illuminista a promuovere il *modello del “giudice-cittadino”, “a-tecnico” e popolare*, schierandosi apertamente a favore della figura del giudice «giurato» o «pari» e, per altro verso, contrastando unanimemente l'idea del *giudice magistrato, “tecnico” e di professione*.

Voltaire, ad esempio, indicava in una persona «*peu savant*», ancorché dotata di esperienza, il suo modello ideale di giudice²³, mentre Lauzé di Peret richiedeva soltanto che questi fosse un semplice «uomo morale», dotato di «equità»²⁴; non diversamente da Bentham, che indicava nell'essere un «buon padre di famiglia» e nel possedere le doti comuni dell'«uomo naturale», gli unici requisiti richiesti a chi ambisse a ricoprire l'ufficio di giudice²⁵.

Sulla stessa linea di pensiero, d'altronde, si schierò anche l'illuminismo italiano: Nicola Nicolini, ad esempio, limitava il catalogo delle doti del giudice al semplice possesso di una «mezzana

²³ VOLTAIRE, *Prix de la justice et de l'humanité*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Parigi, 1880, vol. XXX, p. 53.

²⁴ P.I. LAUZÉ DI PERET, *Trattato della garanzia individuale e delle diverse prove riconosciute dalle leggi in materia criminale*, in *Raccolta di trattati e memorie di legislazione e giurisprudenza criminale*, Firenze, 1821, p. 64.

²⁵ J. BENTHAM, *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, 3^a ed., Bruxelles, 1840, p. 243.

educazione»²⁶; mentre Gaetano Filangieri individuava così la platea di persone idonee a svolgere la funzione giudiziaria:

ogni uomo che non sia né stupido né matto, e che abbia una certa connessione di idee ed una sufficiente esperienza del mondo²⁷.

Sulla questione, invece, così si esprimeva Cesare Beccaria:

ottima legge quella che stabilisce assessori al giudice principale presi dalla sorte, e non dalla scelta, perché in questo caso è *più sicura l'ignoranza che giudica per sentimento che la scienza che giudica per opinione*. Dove le leggi siano chiare e precise l'ufficio di un giudice non consiste in altro che di accertare un fatto. Se nel cercare le prove di un delitto richiedesi abilità e destrezza, se nel presentarne il risultato è necessaria chiarezza e precisione, *per giudicarne dal risultato medesimo non vi si richiede che un semplice ed ordinario buon senso meno fallace che il sapere di un giudice assuefatto a voler trovar rei e che tutto riduce ad un sistema fattizio imprestato da' suoi studi*. Felice quella nazione dove le leggi non fossero una scienza! Ella è utilissima legge quella che *ogni uomo sia*

²⁶ N. NICOLINI, *Della procedura penale*, cit., p. 311.

²⁷ G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione* (1785), in ID., *La scienza della legislazione*, cit., p. 467.

*giudicato dai suoi pari*²⁸.

Di queste affermazioni del Beccaria, peraltro, è facile scorgere le ascendenze culturali nel pensiero di Montesquieu; che infatti, poco più di tre lustri prima, aveva scritto:

la puissance de juger ne doit pas être donnée à un sénat permanent, mais *exercée par des personnes tirées du corps du peuple dans certains temps de l'année [...]*, pour former un tribunal qui ne dure qu'autant que la nécessité le requiert²⁹.

Nella Francia di fine Settecento queste idee dei *philosophes* sortirono un certo effetto sul *diritto positivo*, come dimostra l'art. 5 della Costituzione dell'anno I (1791), secondo cui:

Le pouvoir judiciaire est délégué à des juges élus à temps

²⁸ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 35 (corsivo redazionale).

²⁹ CH. MONTESQUIEU, *loc. ult. cit.* (corsivo redazionale). Soltanto in questo modo, prosegue Montesquieu, «*la puissance de juger, si terrible parmi les hommes, n'étant attachée ni à un certain état, ni à un certain profession, devient, pour ainsi dire, invisible et nulle*». Montesquieu, come si vede, da un lato respinge l'idea dei *giudici magistrati e di professione*, dall'altro ritiene che per rendere "nullo" e "invisibile" il potere giudiziario sia necessario conferirlo a tutti e a ciascuno, e dunque a persone via via diverse nel tempo, ovviamente «*de la manière prescrite par la loi*» (*ibidem*).

par le peuple³⁰

Tuttavia, questa opzione per il *modello di giudice-cittadino* fu effimera: chiusa l'esperienza rivoluzionaria, venne definitivamente archiviato il modello del giudice "a-tecnico" e popolare, sino a che prevalse, in Francia come nel resto dell'Europa continentale, il modello del "giudice-magistrato", "tecnico" e di professione; un'opzione, questa, che fu ovunque accompagnata dall'introduzione dell'*obbligo*, per i giudici, di *motivare le proprie decisioni*³¹.

In altri termini, l'affermazione ottocentesca di un certo *modello di giudice* (il *giudice-magistrato*) coincise con l'imposizione di un certo *modello di sentenza* (come *decisione motivata*). Sicché, non a torto potrebbe rilevarsi l'esistenza di un *nesso storico* tra a) *modello di sentenza come decisione motivata* e b) *modello di giudice-magistrato*.

Tuttavia, occorre guardarsi da ogni forma di schematismo e semplificazione, che potrebbero condurre a conclusioni affrettate e quindi in parte errate. Sul piano *storico*, infatti, l'equazione *giudice-magistrato* =

³⁰ La norma è ripetuta nell'art. 2 del capo V del medesimo titolo, dedicato al potere giudiziario, dove è anche istituita la giuria popolare (artt. 9, 18 e 26). L'elettività dei giudici fu ancora prevista dall'art. 96 della Costituzione dell'anno I (1793) e poi ribadita dall'art. 209 della Costituzione dell'anno III (1795) e, limitatamente ai giudici di pace, dall'art. 60 di quella del 1799. In argomento, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 38-67.

³¹ Sul punto, si veda *supra*, § 3.3.

sentenza come *decisione motivata* è chiaramente smentita dall'esperienza d'età intermedia che va dalla metà del XIII secolo sino alla fine del XVIII secolo, e di cui a lungo abbiamo precedentemente trattato³².

Si ricorderà, infatti, che lungo tutto questo periodo ha dominato il *modello di sentenza* come *decisione non motivata*; e ciò, ad onta del fatto che l'ufficio di giudice fosse ricoperto da "*sapienti del diritto*" (i cc.dd. *doctores legum*), tra cui figuravano persino i maggiori tra i glossatori e commentatori dell'epoca³³. Pertanto, di là dal fatto che l'amministrazione della giustizia fosse affidata a *giudici "tecnici" e di professione*³⁴, chiamati da fuori ad esercitare il loro magistero³⁵ in quanto *tecnicamente* e

³² Si veda *supra*, l'intero capitolo secondo. Inoltre, la smentita proviene anche dall'età moderna, come opportunamente rileva E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., p. 464: «non si deve d'altro canto pensare che la motivazione sia un istituto storicamente legato in modo indissolubile allo scabinato [*scil.* al *modello del "giudice-magistrato"*] poiché vi sono paesi, come la Francia, in cui la soppressione della giuria non è stata accompagnata dalla correlativa introduzione dell'obbligo di motivazione delle decisioni rese dai collegi misti formati da giudici laici e togati».

³³ In questo senso, cfr. N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, cit., pp. 767-769, 776 e 789.

³⁴ Da questo punto di vista, il giudice d'età intermedia non poteva essere più lontano dal *modello del "giudice-cittadino" e popolare*. Al riguardo, si veda l'*opinio* dell'Aretino (*Summa de iudiciario ordine Pillii, Tancredi, Gratiae, libri de iudiciorum ordine*, a cura di F. BERGMANN, Göttingen, 1842, tit. I, §§ 1 e 2) secondo cui «*judex illiteratus repellitur*» (citata da N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, cit., p. 784).

³⁵ F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., p. 125: «lo *iudex* è un *professionista*

professionalmente capaci o – secondo l'originario significato del termine – “competenti”³⁶, al modello del giudice-magistrato non coincide affatto quello della sentenza come *decisione motivata*.

Dunque – verrebbe da inferire – il modello del “giudice-magistrato” non implica affatto il modello di sentenza come *decisione motivata*. E tuttavia, è del pari chiaro che l'opposto modello del “giudice-cittadino” rappresenta un ostacolo insormontabile al modello di sentenza come *decisione motivata*, essendo queste *figure* di giudici del tutto prive delle capacità tecniche, della professionalità e delle competenze richieste per motivare una sentenza.³⁷

nell'équipe forestiera a cui il Comune appalta alcuni servizi, stipulando contratti semestrali o annuali» (corsivo redazionale).

³⁶ Sull'originario significato del termine «competenza», da intendere come «capacità tecnica o professionale», cfr. N. PICARDI, *loc. ult. cit.*

³⁷ Sul punto, merita di essere segnalata la contraria posizione di E. AMODIO, *L'obbligo costituzionale di motivazione*, cit., p. 462, secondo il quale: «Non dovrebbe [...] sussistere alcuna invincibile resistenza ad abbattere quell'aspetto finora indubbiamente tipico della giuria che è la pronuncia del verdetto immotivato. Le radici di questa apodittività del giudizio affondano nel remoto passato storico del *jury*, nella componente oracolare ed irrazionale con cui si caratterizza alle origini il ricorso alla *vox populi*. In una moderna visione depurata da queste incrostazioni mitologiche, non dovrebbe essere difficile concepire un dovere dei giurati di render conto, alla stessa comunità politicamente organizzata da cui sono tratti, del modo in cui hanno fatto uso del potere ad essi demandato» (corsivo redazionale). Tuttavia, lo stesso Amodio poco oltre aggiunge: «Rimangono – non si può certo tacerlo – forti obiezioni di ordine tecnico alla soluzione qui ventilata. Gravi

Pertanto, da quanto affermato si possono trarre le seguenti due conclusioni, corrispondenti ad altrettante tesi relative al nesso esistente tra *modelli di giudice e modelli di sentenza*:

a) là dove esiste la *figura del giudice "a-tecnico" e popolare* le decisioni dei giudici potranno essere ricondotte *esclusivamente al modello di sentenza come decisione non motivata*.

b) là dove esiste la *figura del giudice "tecnico" e di professione* le decisioni dei giudici potranno essere ricondotte tanto al *modello di sentenza come decisione motivata*, quanto all'opposto *modello di sentenza come decisione non motivata*.

Peraltro, si tratta di tesi entrambe sostenute, a suo tempo, anche da Francesco Carrara. Nel suo *Programma del corso di diritto criminale*, infatti, il celebre penalista italiano, con acume e nitidizza, dapprima distingue *due "metodi" di giudizio*, rispettivamente chiamati metodo della *"convinzione autocratica"*³⁸ e della *"convinzione ragionata"*³⁹; successivamente, intreccia

perplessità riguardano l'attitudine dei laici a redigere una motivazione capace a superare la prova del penetrante sindacato del giudice di cassazione».

³⁸ «Il *metodo* da discutersi è quello del giudicante, che risponde *sussiste o non sussiste la colpevolezza di quell'uomo*, senza altro dire, bastando che siasi dichiarato convinto per mera *ispirazione del sentimento*; e senza obbedienza a precetti giuridici [...] Chiamerò il primo [*scil.* al metodo appena descritto] *convinzione autocratica*» (F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 199; corsivi originali).

³⁹ «posto a fronte del metodo del giudicante, che dopo avere dichiarato *sussiste*, pone in carta e consegna ai posteriori ed ai revisori contemporanei e

questi due *metodi* ai due *modelli di giudice* da lui stesso introdotti e ideati (*giudici-cittadini* vs. *giudici-magistrati*), giungendo infine alla seguente conclusione:

la questione delle *persone* si connette con la questione del *metodo* in questo senso: che il giudice *cittadino* conduce di necessità alla convinzione *autocratica*. Mentre al contrario il giudice *magistrato* si presta indifferentemente a servire alla convinzione *autocratica* come alla convinzione *ragionata*⁴⁰.

Ebbene, il sentiero sinora percorso ci conduce a concludere nel senso che la *prima ragione per motivare la sentenza* si identifica nella *legittimazione "tecnica" e non consensualistica* (o, più in generale, *popolare*) *del giudice*, che della *motivazione giudiziaria* rappresenta infatti una *condizione necessaria*

futuri le *ragioni* per le quali si è dichiarato convinto [...] Darò al secondo [*scil.* al metodo appena descritto] il nome di convinzione *ragionata*» (*ibidem*; corsivi originali).

⁴⁰ F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., p. 200 (corsivo originale). «Ma finché volete» – conclude Carrara – «lasciarci in dubbio se l'oracolo della convinzione emani da una *sapienza* che dobbiamo presumere senza vederne le prove, o piuttosto da un'*abitudine* ufficiale che vediamo, sentiamo e tocchiamo con mano, permetteteci di desiderare che si conservi *l'avanguardia della libertà*» (*ibidem*; corsivi originali). Ed è facile rilevare che le espressioni «vergini impressioni del cuore» e «avanguardia della libertà» si riferiscono proprio al *modello del "giudice-cittadino"*, in opposizione a quello del *"giudice-magistrato"*.

(ma non anche sufficiente).

In altri termini, il *modello di sentenza* come *decisione motivata* esclude ogni forma di legittimazione di tipo *consensualistico* e/o *rappresentativo* o, più in generale, *popolare*⁴¹, ammettendo quindi – in forza del carattere *dicotomico* della distinzione *giudici-cittadini/giudici-magistrati* – soltanto una

⁴¹ Sul punto, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 609: «Il giudice, diversamente dagli organi del potere legislativo e di quello esecutivo, non deve rappresentare né maggioranze né minoranze».

Si badi che i concetti di *a) legittimazione popolare* o *consensualistica* della giurisdizione e *b) partecipazione diretta del popolo* all'amministrazione della giustizia non sono affatto coincidenti, ben potendosi accogliere l'uno, al contempo rifiutando l'altro. Ed è esattamente questo ciò che avviene, ad esempio, nel nostro ordinamento, dove, pur ripudiato il principio della *legittimazione consensualistica* della giurisdizione (cfr. art. 101 secondo comma Cost.), tuttavia è esplicitamente ammessa la «partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia» (così, l'art. 102, terzo comma Cost., ove è altresì specificato che «la legge [ne] regola i casi e le forme»).

Come noto, nell'ordinamento processuale italiano tale partecipazione diretta del popolo all'amministrazione della giustizia è stata limitata alle sole corti d'assise, peraltro variamente composte nel tempo: la vecchia *giuria* di dodici cittadini (prevista in Piemonte dalla legge 26 marzo 1848 n. 695 e poi estesa al Regno d'Italia) sopravvisse fino al 1931, quando fu soppressa dal regio decreto 23 marzo 1931, n. 249, che in suo luogo introdusse un *collegio misto* di due *magistrati* e di cinque assessori di nomina ministeriale, poi sostituiti (dalle leggi 10 aprile 1951 n. 287 e 24 marzo 1978 n. 74) da sei *cittadini* scelti mediante sorteggio. Ed è chiaro che in un organo composto da sei *giudici-cittadini* e da due *giudici-magistrati*, sarà proprio la presenza di questi ultimi a consentire la praticabilità del *modello di sentenza* come *decisione motivata*.

legittimazione di tipo “*tecnico*” e/o *professionale* (o, più in generale, “*sapienziale*”).

Ne consegue, innanzitutto, che le *figure* dei giudici cc.dd. «popolari», «liberi cittadini», «non togati», «temporanei» e, soprattutto, «giurati» o «pari», scelti dal popolo e/o tra il popolo – e dunque espressione diretta di tutti i consociati – sono in netto contrasto con il *modello di sentenza* come *decisione motivata*.

In secondo luogo, ne segue il *rifiuto* di ogni forma di *legittimazione del giudice* di tipo *decisionistico* e/o *volontaristico* e, in definitiva, del *principio di autorità*⁴² quale *forma di legittimazione* dell’attività decisoria dei giudici e *parametro di validità* delle scelte prescrittive espresse nelle sentenze.

3.6. B) *Una seconda ragione per motivare la sentenza: il principio di sindacabilità*

La *seconda ragione per motivare la sentenza* può essere identificata nel *principio* in forza del quale ogni *singola decisione* e/o il *complessivo operato del giudice* devono poter essere sempre soggetti a (ll’altrui) controllo o sindacato.

⁴² Sul *principio d’autorità* come prima ragione per non motivare la sentenza, si veda *supra*, § 2.3. Sul rifiuto del *principio di autorità*: a) quale divisa intellettuale degli illuministi, cfr. D. IPPOLITO, *Diritti e potere*, cit., *passim*, e in particolare pp. 11 e 13; b) quale fonte di legittimazione del giudice, cfr. L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., p. 554.

Questo *principio* – che chiameremo: “*di sindacabilità*” – rischia, tuttavia, di suscitare numerosi equivoci e confusioni con il concetto di *responsabilità* (*giuridica o politica*) *del giudice*, che ad esso appare variamente connesso e collegato. Pertanto è utile chiarire sin d’ora che esiste uno stretto legame – in particolare: di *genus* a *species*, come a breve vedremo – tra *a) sindacato sul(l’attività del) giudice* e *b) responsabilità* (*giuridica o lato sensu “politica”*) *del giudice*. In entrambi i casi, infatti, si tratta chiaramente di *strumenti di riparazione e/o di repressione degli errori giudiziari*.

Ciò premesso, lo *scopo* di questa *seconda indagine* è duplice:

- A) per un verso, precisare l’esistenza e la portata dei nessi, *storici* prima ancora che *teorici*, che intercorrono tra le varie *forme di sindacato sul(l’attività del) giudice* e i due *modelli di sentenza* (come *decisione motivata o non motivata*);
- B) per altro verso, chiarire in che modo incidano, sul *modello di sentenza* come *decisione motivata*, le varie *forme di sindacato sul(l’attività del) giudice*.

Così descritto l’orizzonte metodologico dell’indagine, occorre muovere dall’analisi dei *tipi di sindacato sul(l’attività del) giudice*, ossia dalle astratte *tipologie di controllo* sull’operato dei giudici, introducendo una distinzione che risulti dotata sia di portata empirica rispetto alle storiche e

concrete *forme di sindacato* via via succedutesi nel tempo⁴³, sia di capacità esplicativa rispetto al duplice scopo d'indagine dianzi indicato.

Da questo punto di vista, possiamo distinguere il *sindacato sul(l'attività del) giudice* in due diversi tipi:

- a) un *sindacato di tipo generale ed esterno* (ai vari giudizi già conclusi);
- b) un *sindacato di tipo singolare e interno* (al singolo giudizio in corso).

Si tratta di una distinzione feconda, per almeno due ordini di ragioni.

Innanzitutto, è facile rilevare che il prodotto logico di questi due *tipi di sindacato* esaurisce l'intero arco delle *forme di controllo*, storicamente concepite ed effettivamente praticabili, sull'attività del giudice.

In secondo luogo, questa distinzione è in grado di tenere ben separate le due principali *forme di sindacato sul(l'attività del) giudice* esibite dall'esperienza processuale occidentale: da una parte, il *sistema di impugnazione delle sentenze*, che rappresenta di certo la più importante espressione del *secondo tipo di sindacato*; e dall'altra, le varie *forme di responsabilità (giuridica o lato sensu "politica") dei giudici*, che invece costituiscono le più vistose applicazioni del *primo tipo di sindacato*.

Di massima, infatti, l'attività del giudice può essere *sindacata* o nelle *forme dell'impugnazione della sentenza* – con riguardo, quindi, alla *singola decisione*, e dunque all'"*interno*" del *singolo processo*; oppure, facendo valere la *responsabilità (giuridica o lato sensu "politica") del giudice* – ma, sovente,

⁴³ Con particolare riguardo alle esperienze italiana e francese.

soltanto in relazione al *suo complessivo operato*, e dunque “*al di fuori*” del (e sempre “*dopo il*”) *singolo processo*.

Ebbene, anticipando le conclusioni cui giungeremo al termine del paragrafo, possiamo sin d’ora formulare le seguenti *tre tesi*, relative ai *due tipi* di sindacato sopra introdotti:

a) là dove non sono previste forme di *sindacato singolare e interno* (come, ad esempio: un *sistema di impugnazione delle sentenze*), gli *errori giudiziari* sono (al più) sottoposti a *riparazione e/o repressione* nelle forme del *sindacato generale ed esterno*;

b) quanto più *deboli* (e *meno incisive*) sono le forme di *sindacato singolare e interno*, tanto più *penetranti* (e *incisive*) saranno le forme di *sindacato generale ed esterno*;

c) quanto più *penetranti* (e *incisive*) sono le forme di *sindacato singolare e interno*, tanto più *deboli* (e *meno incisive*) saranno le forme di *sindacato generale ed esterno*.

Ebbene, la conferma della bontà di queste tesi proviene direttamente dall’esperienza storica del *sindacato sul(l’attività del) giudice* nell’età intermedia, attuato nella *forma* del c.d. «*syndcatus*»⁴⁴.

In proposito, si ricorderà che, all’epoca, l’amministrazione della giustizia era affidata a *giudici “tecnici” e di professione*, chiamati da fuori ad

⁴⁴ In questo senso, cfr. F. CORDERO, *Procedura penale*, cit., pp. 125 ss.

esercitare il loro “*competente*”⁴⁵ *magistero*⁴⁶, per un periodo di tempo variabile, ma sempre compreso tra i sei e i dodici mesi, terminato il quale gli *iudices* erano chiamati a *rispondere della propria attività svolta*⁴⁷; peraltro, nell’espletamento di questa *forma di sindacato*:

p[oteva] interloquir[e] chiunque reput[asse] d’aver subito
torti⁴⁸.

È chiaro quindi che, in questo caso, ci troviamo di fronte ad un *sindacato di tipo generale ed esterno*, condotto nelle *forme della responsabilità giuridica*, sia *civile*⁴⁹ che *penale*⁵⁰, e ad ampio e vasto oggetto; tanto vasto e ampio, che per gli *iudices*:

⁴⁵ Sul significato del termine “*competente*” nel periodo intermedio, cfr. N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, cit., p. 769: «[...] giudice “*competente*” era soprattutto colui che era in grado di esercitare bene il suo ufficio».

⁴⁶ *Ibidem*.

⁴⁷ Ivi, p. 116: «È lavoro pericoloso giudicare. Le città-Stato italiane lo appaltano a compagnie forestiere, secondo regole privatistiche: scaduto il contratto, semestrale o annuale, l’uscente rende i conti ai *syndacatores*».

⁴⁸ Ivi, p. 125.

⁴⁹ Cfr. *ibidem*, ove viene riportato il caso di uno *iudex* obbligatosi «sotto enormi clausole penali», per un importo pari a 10.000 lire dell’epoca, ossia «al quintuplo dell’intero compenso semestrale» corrispostogli per svolgere la funzione giudiziaria.

⁵⁰ Cfr. *ibidem*: «può darsi che, oltre al denaro, corra del sangue: l’addottorato a Bologna (13 gennaio 1422) Angelo Gambiglioni [...], essendo apparsa abusiva una condanna a morte inflitta a Norcia [...] “*fuit incarceratus*”, standovi un anno».

non esistono spazi immuni; rispondono il negligente e l'imperito, abbiano omesso o abusato, *inclusi i giudizi errati*⁵¹.

D'altra parte, la possibilità che le sentenze fossero predicabili di *erroneità* o *non erroneità* è implicitamente ammessa dal fatto che gli *iudices* dovessero sempre e comunque:

iudicare secundum leges, non [...] motum capitis⁵².

Infine, a quanto detto si aggiunga che questo *incisivo* e *penetrante* controllo di tipo "repressivo" sugli *errori giudiziari* rappresentava, in pratica, la sola *forma* di *sindacato* *sul(l'attività del) giudice* allora prevista. Ciò in quanto, all'epoca, il *sistema delle impugnazioni* consisteva nei soli rimedi dell'«*appellatio*» e della «*querela nullitatis*», che tuttavia rappresentavano degli *strumenti di controllo* decisamente *deboli* e *inefficaci*, in nulla comparabili con i moderni *sistemi di impugnazione delle sentenze*⁵³.

Pertanto, risulta pienamente confermato la nostra tesi *b)*, in forza del quale quanto *più deboli* (e *meno incisive*) sono le *forme di sindacato singolare*

⁵¹ Ivi, p. 126 (corsivo redazionale). Lo *iudex*, peraltro, risponde anche dei propri errori colposi: «*negligens fare iustitiam, delinquit in Deum [...] in principem et in partem*» (*ibidem*).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ Sul punto, cfr. ivi, p. 1101 ss.

e interno, tanto più penetranti (e incisive) risultano le forme di sindacato generale ed esterno.

Inoltre, se si avrà modo di ricordare che in età intermedia dominava il modello di sentenza come decisione non motivata⁵⁴, non risulterà difficile comprendere il valore della tesi a), secondo cui là dove non sono previste forme di sindacato singolare e interno (come, ad esempio: un sistema di impugnazione delle sentenze), gli errori giudiziari sono (al più) sottoposti a riparazione e/o repressione nelle forme del sindacato generale ed esterno.

Al contrario, in base al nostro assunto c), il modello di sentenza come decisione motivata favorisce chiaramente forme di sindacato singolare e interno, e in particolare, la presenza di un sistema di impugnazione delle sentenze viziate da errori.

In effetti, è proprio la possibilità di controllo sulla singola decisione giudiziaria – e, dunque: il principio di sindacabilità della sentenza – all'interno del singolo giudizio (e prima che questo si chiuda con il passaggio in rem iudicata) la principale ragione giustificativa della motivazione giudiziaria, come dimostra anche l'esame del discorso illuminista italiano, che a tale ragione ha in passato prestato molta attenzione e speso alcune interessanti riflessioni.

In proposito, si pensi innanzitutto a Nicola Nicolini, che nel lodare la

⁵⁴ Il punto è stato ampiamente trattato nel secondo capitolo del presente lavoro. Si veda *supra*, capitolo secondo, e in specie § 2.2.

Prammatica Ferdinanda⁵⁵, in questi termini enumerava le *ragioni* a sostegno della riforma tanucciana – e quindi del *modello di sentenza come decisione motivata*:

La prima fu per rimuovere quanto più si possa da' magistrati l'arbitrio; la seconda è piuttosto un corollario della prima, che un principio stante a sé; per allontanare da' giudici ogni sospetto di parzialità, togliere alla malignità e alla frode qualunque pretesto, ed assicurare nella opinione del pubblico la esattezza e la religiosità dei magistrati. La motivazione dunque è un conto renduto da' magistrati al governo ed al pubblico⁵⁶

Ma di particolare importanza è poi anche la riflessione di Gaetano Filangieri⁵⁷, per il quale:

se l'opinione della propria sicurezza è la base della libertà sociale, come si è dimostrato, e se questa opinione è relativa alla somma e all'intensità degli ostacoli che un cittadino dee superare per violare i diritti di un altro cittadino, io non trovo mezzo più opportuno per fomentare questa salutare opinione, riguardo a'

⁵⁵ Su cui si veda *supra*, § 3.2.

⁵⁶ N. NICOLINI, *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Livorno, 1843, p. 960 (corsivo redazionale).

⁵⁷ Un'interessante analisi del pensiero del giurista napoletano è contenuta in P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, cit., pp. 367 ss..

magistrati, quanto quello di costringerli a dar ragione al pubblico della giustizia delle loro decisioni⁵⁸

Ebbene, a) «assicurare nella opinione del pubblico la esattezza [...] dei magistrati», b) «costringendoli a dar ragione al pubblico della giustizia delle loro decisioni» costituiscono precisamente i *due aspetti* principali del *principio di sindacabilità della sentenza*.

Ad essi, come visto, deve aggiungersi un *terzo aspetto*, rappresentato dalla possibilità, per un verso, di *prevenire gli arbitri* e, per altro verso, di *riparare gli errori giudiziari*, tramite un *sistema di impugnazione delle sentenze* – che può tuttavia essere concretamente garantito soltanto dal *modello di sentenza come decisione motivata*. Soltanto la *motivazione giudiziaria*, infatti, permette di conoscere le *ragioni della decisione presa dal giudice* e, di conseguenza, di *sindacarne la bontà e correttezza*. La sua presenza, pertanto, rappresenta, da un lato, una *condizione necessaria* (benché non anche *sufficiente*) per la *riparazione degli errori giudiziari* e, dall'altro, un primo e indispensabile argine contro *l'arbitrio dei giudici*, precludendo ogni decisione di tipo "*oracolare*" e, al contempo – come lucidamente rilevato

⁵⁸ G. FILANGIERI, *Riflessioni politiche*, cit., p. 325. Secondo P. BECCHI, *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, cit., p. 367, fu proprio Gaetano Filangieri ad evidenziare il nesso tra a) *motivazione della sentenza* e b) *possibilità di controllo e/o sindacato sull'operato dei giudici*: «la funzione politica della pubblicità della *motivazione* consiste nel fatto di garantire la possibilità di un *controllo esterno immediato e diffuso sull'esercizio del potere giurisdizionale*» (corsivo redazionale).

da Piero Calamandrei – costituendo un importante fattore di
“responsabilizzazione” dell’attività giudiziaria:

Da quando la giustizia è scesa dal cielo in terra e si è cominciato ad ammettere che il responso del giudice è parola umana e non oracolo sovranaturale e infallibile che si adora e non si discute, l’uomo ha sentito il bisogno, per accertar la giustizia degli uomini, di ragioni umane; e la motivazione è appunto quella parte ragionata della sentenza che serve a dimostrare che la sentenza è giusta e perché è giusta⁵⁹.

In definitiva, *l’obbligo della motivazione giudiziaria* implica sempre il *principio di sindacabilità della sentenza*, rappresentando così uno strumento di garanzia del cittadino contro il fenomeno delle *sentenze ingiuste* – veri e propri *attentati alla legge*, come già ammonivano gli illuministi:

Une sentence injuste, émanée arbitrairement, est un attentat contre la loi, plus fort que tous les faits particuliers qui la violent⁶⁰

⁵⁹ P. CALAMANDREI, *Processo e democrazia*, cit., p. 664.

⁶⁰ L. DE JAUCOURT, voce *Juge*, cit., vol. IX, p. 5.

3.7. C) *Una terza ragione per motivare la sentenza: il principio di divisione dei poteri*

Infine, la *terza e ultima ragione per motivare la sentenza* può essere senz'altro identificata nel *principio* in forza del quale *i giudici non creano (nuovo) diritto, bensì applicano un diritto (da altri creato e quindi) pre-esistente*. Questo principio, com'è facilmente intuibile, è diretta espressione del più generale *principio di divisione dei poteri*, dalla cui analisi occorre pertanto prendere le mosse.

Al riguardo, occorre innanzitutto precisare che l'espressione "*divisione dei poteri*" può essere intesa in *due sensi* diversi e tra loro persino *opposti e contrari*⁶¹:

⁶¹ Sul punto, cfr. M. TROPER, *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980; ID., *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990-1991; ID., *Pour une théorie juridique de l'État* (1994), trad. it. *Per una teoria giuridica dello stato*, Napoli, 1998, cap. XII, pp. 215 ss.; R. GUASTINI, *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998, pp. 25 ss.; ID., *Il diritto come linguaggio*, cit., pp. 77 ss.; ID., *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001, pp. 15 ss. Ma sull'argomento si veda altresì M. BARBERIS, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001, pp. 83 ss.; ID., *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di R. GUASTINI-P. COMANDUCCI, Torino, 2005, pp. 1 ss.; nonché L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., pp. 864-869 e ID., *Principia iuris. Teoria della democrazia*, cit., pp. 195, 200, 204-206 e 209-210.

a) “divisione dei poteri” come “(con-)divisione del (medesimo) potere”;

b) “divisione dei poteri” come “separazione tra poteri (diversi)”.

Nel primo senso, l’espressione designa uno specifico *modulo di limitazione del potere*⁶² che consiste nel *distribuire una stessa funzione in capo a soggetti diversi e tra loro inter-dipendenti*, di modo da creare così un sistema di “*pesi e contrappesi*” – o di “*bilanciamento reciproco*” – che possa rappresentare un “*freno*” efficace sia contro gli abusi potestativi che contro gli arbitri decisionistici⁶³. Di questo *primo significato*, come noto, una

⁶² In argomento, cfr. M. BARBERIS, *Le futur passé de la séparation des pouvoirs*, in *Pouvoirs*, 2012, pp. 5 ss.; e ID., *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in *Rule of Law. L’ideale della legalità*, a cura di G. PINO- V. VILLA, Bologna, 2016, p. 16; nonché B. MANIN, *Les deux libéralisme: la règle et la balance*, in *La famille, la loi, l’État: de la Révolution au Code civil*, a cura di C. BIET-I. THÉRY, Parigi, 1989, pp. 372-389.

⁶³ Si tratta della *dottrina* nota anche con il nome di “*checks and balances*”. Sul punto cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., p. 866, che individua il fondamento della divisione del potere nella «*inter-dipendenza degli organi e dei soggetti tra i quali il potere è diviso*» (corsivo redazionale).

Una prima formulazione di questo *significato* del *principio di divisione dei poteri* è stata rintracciata in un passo della *Politica* di Aristotele, dove si tessono le lodi del potere regio limitato e diviso tra più autorità: «si conservano [...] i regni, *se si ispirano a una certa limitazione del potere*. [...] Questo ha permesso al regno dei Molossi di durare molto tempo e così a quello dei Lacedemoni: qui *la sovranità fu, fin da principio, divisa fra due* e Teopompo, poi, la limitò sotto molti aspetti e le affiancò la magistratura degli efori» (ARISTOTELE, *Politica*, Roma-Bari, 1972, V, 11, 1313a, p. 290 s.; corsivo redazionale).

D’altra parte, v’è anche chi ha ravvisato nella pluralità delle magistrature e

celebre riformulazione risale a Montesquieu:

Pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir⁶⁴.

Nel secondo senso, l'espressione rappresenta un diverso e opposto⁶⁵

nell'istituzione dei giurati nella Roma repubblicana un'altra forma di *divisione dei poteri*, intesa secondo lo schema del *bilanciamento* e dei *contrappesi*. Come Francesco Carrara, che considera «falsissimo che il principio del *contrappeso* nell'amministrazione della giustizia sia un ritrovato moderno» (cfr. F. CARRARA, *Programma del corso*, cit., vol. II, p. 239; corsivo redazionale).

Al contrario, v'è anche chi ha tenacemente avversato il *principio di divisione dei poteri*, considerandolo la negazione stessa dell'«essenza dello Stato». Come Hobbes, esiste una sola dottrina «che va senza dubbio direttamente contro l'essenza dello stato, ed è questa, che il potere sovrano possa essere diviso. Perché che cosa significa dividere il potere di uno Stato se non dissolvere quest'ultimo? I poteri divisi, infatti, si distruggono l'un l'altro» (così T. HOBBS, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civil* (1651), trad. it. a cura di R. SANTI, *Leviatano, ossia la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Milano, 2001, p. 531; corsivo redazionale).

⁶⁴ CH. MONTESQUIEU, *De l'Esprit des lois*, cit., livre onzièm, chapitre sixièm, p. 112. «Si elle était jointe à la puissance législative» – prosegue Montesquieu – «le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pour-rait avoir la force d'un oppresseur. Tout serai perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers».

⁶⁵ Cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., p. 867: «non solo diversa, ma contraria è la nozione di 'separazione dei poteri' [rispetto a quella di

*modulo di limitazione del potere, basato sull'attribuzione di funzioni diverse in capo a soggetti diversi; ciò che implica, per un verso, la reciproca indipendenza degli uni nei confronti degli altri e, per altro verso, l'incompatibilità dell'attribuzione in capo al medesimo soggetto di funzioni diverse*⁶⁶.

Ed è proprio questo *secondo senso* in cui può essere inteso il *principio di divisione dei poteri* – ossia, come “*separazione tra poteri (diversi)*” – quello che maggiormente rileva ai nostri fini. In effetti, lo *scopo* di questa *terza ed ultima indagine* è proprio quello di chiarire il nesso tra *a) principio di divisione dei poteri* – inteso come “*separazione tra poteri (diversi)*” – e *b) modello di sentenza come decisione motivata*.

Peraltro, si tratta di una strada già percorsa e battuta da parte del pensiero illuminista, se si pensa che proprio a Montesquieu si deve la prima e più limpida formulazione della c.d. *dottrina della separazione dei poteri*, ossia del *principio normativo* in forza del quale occorre tenere tra loro *separati*, a garanzia della libertà individuale, i poteri *legislativo, esecutivo e giudiziario*:

Il n'y a point encore de liberté si la puissance de juger
n'est pas séparée de la puissance législative et de

‘*divisione del potere*’]»; e ancora: «se tra due poteri si dà *separazione* allora non si dà *con-divisione* e viceversa». (*ibidem*, corsivo redazionale)

⁶⁶ *Ibidem*.

l'exécutrice⁶⁷.

Tale *principio normativo* – in virtù del quale il *potere giudiziario* “deve” essere separato dai poteri esecutivo e legislativo – rappresenta un’acquisizione relativamente recente nel pensiero teorico e gius-politico occidentale. Più remota, invece, è la *tesi assertiva* secondo cui altro è «*ius-dicere*», altro è «*ius-dare*»; in altri termini, meno recente è l’idea secondo la «*iuris-dictio*» (ossia: il *potere giudiziario*) sia “altro” e “diverso” potere rispetto alla «*legislatio*» (ossia: il *potere sovrano*) – questa tesi risalendo all’incirca all’epoca della formazione degli Stati nazionali⁶⁸.

Negli ordinamenti antichi, infatti, il *potere giudiziario* di massima si identificava con il *potere sovrano*; e lo stesso valeva per gran parte dell’età intermedia, ove la «*iurisdictio*» ancora equivaleva alla titolarità di poteri sovrani.

Secondo una ricostruzione proposta da Nicola Picardi⁶⁹, il processo

⁶⁷ *Ibidem* (corsivo redazionale). «*Si elle était jointe à la puissance législative*» – prosegue Montesquieu – «*le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire: car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive, le juge pour-rait avoir la force d’un oppresseur. Tout serai perdu, si le même homme, ou le même corps des principaux, ou des nobles, ou du peuple, exerçaient ces trois pouvoirs: celui de faire des lois, celui d’exécuter les résolutions publiques, et celui de juger les crimes ou les différends des particuliers*».

⁶⁸ In argomento, cfr. cfr. P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico*, cit., *passim*.

⁶⁹ N. PICARDI, *Il giudice ordinario*, cit., pp. 758 ss.

che ha portato alla *differenziazione*, entro il sistema dei pubblici poteri, della funzione *giurisdizionale* rispetto da quelle *legislativa* ed *esecutiva* si è sviluppato essenzialmente lungo *due linee* direttrici: per un verso, quella della *distinzione* tra a) la funzione c.d. di «*gubernaculum*» – che racchiudeva in sè tanto la funzione *lato sensu* “*legislativa*”, quanto la funzione *lato sensu* “*esecutiva*” – e b) la funzione c.d. di «*iurisdictio*», conseguita grazie al fenomeno della *delega* delle funzioni giudiziarie; per altro verso, e di conseguenza, l'*autonomizzazione* delle *funzioni giudiziarie così delegate* rispetto alle *autorità deleganti*, per esser state intese, le prime, quali funzioni «*iure proprio*» di quanti amministrassero la giustizia⁷⁰.

In un primo momento, infatti, nell'ideologia medioevale la «*iurisdictio*» fu concepita come espressione della funzione *sovrana*⁷¹, siccome tale distinta in:

a) potestà «*ordinaria*», appartenente «*iure proprio*» (o «*ex nativo nomine*») alle supreme autorità del papa o dell'imperatore;

b) potestà «*delegata*», esercitata «*alterius commissione*» (o «*ex dativo nomine*») da «*iudices*» da esse delegati⁷².

⁷⁰ Ivi, pp. 761-783.

⁷¹ Ivi, p. 762: «Secondo l'ideologia medievale [...] il termine “iudex” esprimeva la funzione sovrana [...], la stessa funzione legislativa appariva soltanto una componente della funzione giudiziaria, che assumeva carattere prioritario».

⁷² Nel suo studio, Nicola Picardi (ivi, p. 762 s.) tratta delle varie figure di

In questo senso, «*iudices ordinarii*» (o «*iure proprio*») furono all'inizio solamente il papa e l'imperatore, tutti gli altri essendo, invece, degli «*iudices delegati*» (o «*missi*» o «*legati*») ⁷³.

In un secondo momento, prese a svilupparsi un processo di *appropriazione della funzione giudiziaria* da parte dei Feudi ⁷⁴ e dei Comuni ⁷⁵. Sicché, feudatari e consoli ⁷⁶ poterono così iniziare a esercitare «*iure proprio*» le *funzioni giurisdizionali* in origine loro delegate dalle autorità

giudici riportandone tutte le loro denominazioni: «*ordinari*» (o «*iure proprio*» o «*ex nativo nomine*») e «*delegati*» (o «*ex dativo nomine*» o «*dativi*» o «*pedanei*»); «*dottori*» (o «*giurisperiti*») e «*morum periti*» (o «*laici*» o «*idioti*» o «*giurati*» o «*probi viri*»); e infine: «*conti*», «*scabini*», «*vicari*», «*locopositi*» e «*missi dominici*».

Peraltro, si noti che la distinzione tra «*iudex ordinarius*» e «*iudex delegatus*» risale almeno al diritto romano, come ben dimostrano le *Constitutiones* 1,37,2 <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex1.shtml>> e 3,1,5 <<http://www.thelatinlibrary.com/justinian/codex3.shtml>>), rispettivamente intitolate «*De iudicibus ordinariis*» e «*De iudice delegato*». In particolare, è proprio in quest'ultima che l'opposizione «*ordinarius*»/«*delegatus*» risalta con maggiore evidenza: «*A iudice iudex delegatus, iudicis dandi potestatem non habet, cum ipse iudicario munere fungatur: nisi a Principe iudex datus fuerit*».

⁷³ Ivi, p. 763, e in particolare nota 13, ove è riportata la massima di Alano Anglico: «*papa est iudex ordinarius omnium*» (citato anche in P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico*, cit., p. 108 e 178).

⁷⁴ *Ibidem*: «[...] l'amministrazione della giustizia finì per essere attribuita, per concessione o per usurpazione, a coloro i quali erano investiti del feudo, come un'appendice dello stesso».

⁷⁵ Ivi, p. 764 s.

⁷⁶ E, dopo di loro: «podestà e signori» (ivi, p. 765).

papali e imperiali⁷⁷. Per giunta, essi iniziarono anche, e a loro volta, a delegare tali funzioni ad altri soggetti – indifferentemente indicati con i nomi di «*officiales*» o «*delegati*»⁷⁸.

Infine, con la formazione degli stati nazionali, venne definitivamente acquisita la distinzione tra «*iurisdictio*» e «*gubernaculum*», sicché si cominciò a negare ai *principes* la qualifica di «*iudices*» e a chiamarli piuttosto «*domini*»⁷⁹.

Pertanto, la *sovranità*, che nella prima fase dell'età intermedia si confondeva ancora con la «*iuris-dictio*», a partire dal Seicento inizia ad emanciparsi da questa, finendo per identificarsi nel solo potere di «*leges-ferre*», oltre che in quello c.d. *esecutivo*⁸⁰; e la *giuris-dizione*, mentre si

⁷⁷ Ivi, p. 763: «La *iurisdictio* apparve [...] intimamente legata al feudo e con esso trasmissibile a qualunque titolo».

⁷⁸ Ivi, p. 766: «L'amministrazione della giustizia venne in pratica affidata, anche se a tempo determinato, a degli "officiales". Potevano delegare la giurisdizione autorità di ogni ordine e grado, dal papa e dall'imperatore, ai feudatari [...] e ai consoli, anche dei piccoli comuni».

⁷⁹ Ivi, p. 779: «All'inizio del XVII secolo [inizia] il declino della nozione medievale di "iurisdictio" quale potere sovrano tout court».

⁸⁰ *Ibidem*: «la *iurisdictio*, con la sua immagine del giudicare, perdeva così il suo carattere prioritario, in quanto in definitiva copre soltanto una sfera di potere, diversa da quella di fare la legge, che – nell'ottica di Bodin – è la caratteristica essenziale della sovranità. [...] In altri termini, nel quadro del diritto comune europeo appare ormai completamente ribaltata la tradizione medievale che concepiva la funzione legislativa come una componente complementare della funzione giudiziaria».

subordina alla *legis-lazione*, con l'età moderna se ne *differenzia* e *autonomizza*, specializzandosi e così *separandosi* in via definitiva dalla prima⁸¹.

Ebbene, dalla congiunzione *a)* dell'idea secondo cui «*iuris-dictio*» e «*legis-latio*» sono *poteri* tra loro *diversi*, con *b)* il *principio (normativo) di divisione dei poteri* – inteso nel senso di “*separazione tra poteri (diversi)*” – possiamo derivare i due seguenti *principi assiologici*, decisivi per comprendere il nesso tra *motivazione giudiziaria* e *principio di divisione dei poteri*:

a) l'autorità titolare del *potere* di «*ius-dare*» (o di «*leges-ferre*»), ossia del *potere di creare* (o *produrre*) *nuovo diritto*, *non può anche applicare* il diritto da essa stessa creato;

b) l'autorità titolare del *potere* di «*ius-dicere*», ossia del *potere di applicare* il diritto, *non può anche creare* (o *produrre*) *nuovo diritto* nell'esercizio delle proprie funzioni⁸².

⁸¹ Cfr., al riguardo, I. KANT, *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. it. a cura di G. SOLARI-G. VIDARI, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici*, Torino, 1965, p. 499, secondo cui: «il *potere sovrano* (la *sovranità*), [...] risiede nella persona del legislatore», mentre «il *potere esecutivo* [risiede] nella persona che governa (conformemente alle leggi); e il *potere giudiziario* (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*)» (*ibidem*; corsivo redazionale).

⁸² Sui rapporti tra «applicazione» e «produzione», cfr. L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., p. 565. Si rammenti, inoltre, che i termini «creazione» e

Questo secondo principio è a sua volta riformulabile nel seguente:

b₁) l'autorità titolare del potere di «*ius-dicere*», ossia del potere di *applicare* il diritto, nell'emettere sentenze, *non crea (nuovo) diritto, ma si limita ad applicare un diritto (da altri creato e quindi) pre-esistente*.

Ebbene, giunti a questo punto, non è difficile concludere nel senso che il *modello di sentenza come decisione motivata* è l'unico che permette di comprendere se il giudice abbia *creato nuovo diritto* – ciò che gli è precluso dal *principio di divisione dei poteri* – ovvero si sia *limitato ad applicare un diritto (da altri creato e quindi) pre-esistente*⁸³.

L'opposto *modello di sentenza come decisione non motivata*, infatti, permette al giudice tanto di *applicare un diritto (da altri creato e quindi) pre-*

«applicazione» qui impiegati divergono dall'accezione kelseniana. Il punto è già stato chiarito *supra*, § 2.8., nota 117.

⁸³ In argomento, cfr. M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009, p. 33 s., secondo la quale: «l'idea che il giudice *applica* il diritto [è] sufficiente per dare sostegno alla tesi secondo cui la decisione sulle norme applicabili presuppone concettualmente che il giudice sia impegnato in un'impresa conoscitiva. E questo ha una conseguenza importante, dato che implica che la motivazione riguardante la *quaestio iuris* non consiste nel mostrare in modo generico che la decisione sia ragionevole, non arbitraria, o saggia. Consiste invece nel mostrare che lo è in un senso molto specifico, ossia che è conforme ad un diritto determinato. Stando così le cose, qualunque decisione si prenda, dalla più conservatrice alla più audace, dovrà essere presentata come una conclusione che si basa su ciò che un diritto preesistente richiede» (corsivi originali).

*esistente, quanto (e soprattutto) di crearne di nuovo – come ben dimostra l’esperienza dei Grandi Tribunali dell’età intermedia*⁸⁴. Soltanto tramite il *modello di sentenza come decisione motivata* – e in particolare, per mezzo di quella parte della *motivazione* in cui si dà conto delle *soluzioni* relative alle *quaestiones iuris* – può allora operarsi una verifica in ordine al rispetto, da parte del giudice, del *principio di divisione dei poteri* – inteso nel senso di *“separazione tra poteri (diversi)”*.

È chiaro, infine, che questa *terza e ultima ragione per motivare la sentenza* a sua volta presuppone almeno *due tesi assiologiche*, corrispondenti ad altrettante condizioni necessarie e sufficienti affinché essa possa essere considerata una *ragione “consistente”* (o quantomeno, *plausibile e, quindi, non priva di senso*).

Innanzitutto, essa implica che l’espressione *“potere di creare nuovo diritto”* sia intesa in senso *proprio e forte*, ossia come:

creazione di nuove norme giuridiche, cioè [...] scelta di significati normativi non associabili agli enunciati normativi applicati e vigenti e perciò [...] introduzione [...] di nuove disposizioni normative entro l’universo del diritto positivo⁸⁵

⁸⁴ Sul punto, si veda *supra*, § 2.8.

⁸⁵ L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario. Una proposta di revisione dell’approccio ermeneutico alla legalità penale*, in via di pubblicazione su *Ars interpretandi*, 2016.

Soltanto quest'attività di "*creazione di nuovo diritto*", intesa in senso *proprio e forte*, è infatti preclusa al giudice dal *principio di divisione dei poteri* – inteso nel senso di "*separazione tra poteri (diversi)*". Al contrario, al giudice è sempre non solo *consentita* ma persino *imposta* quell'attività di "*creazione di diritto*" in cui consiste:

la *legittima* scelta dell'interpretazione giudiziaria più plausibile entro la cornice pur ampia dei possibili significati razionalmente associabili all'enunciato interpretato sulla base delle regole della lingua impiegata, delle tecniche interpretative accreditate e delle precedenti interpretazioni giurisprudenziali⁸⁶

⁸⁶ *Ibidem.* Ferrajoli definisce quest'ultima attività di "*creazione del diritto*", imposta ad ogni giudice, come *creazione del diritto* in senso *improprio e debole*. Peraltro, Ferrajoli aggiunge che in mancanza di rigorosi criteri distintivi tale distinzione può non esser sempre sufficiente a distinguere in concreto tra "*interpretazione-applicazione (legittima)*" e "*creazione (illegittima) di nuovo diritto*". Tuttavia: «certamente essa è sufficiente ai fini della critica, sul piano della teoria del diritto, di entrambe le concezioni della giurisdizione come attività "creativa": della concezione della giurisdizione come "*creazione*" in senso proprio o forte, riconoscibile altresì dall'esplicito rifiuto del principio della soggezione del giudice alla legge come ormai superato e non più sostenibile; e della concezione della giurisdizione come "*creazione*" nel senso improprio del termine, riconoscibile invece ove sia accompagnata dalla difesa, sia pure non coerente, di tale principio».

In secondo luogo, questa *terza ragione per motivare la sentenza* implica il rifiuto di quella *concezione* (o *teoria*) *interpretativa* nota con il nome di “*scetticismo radicale*”, secondo cui:

gli interpreti – specialmente i giudici di ultima istanza – sono interamente liberi di attribuire ad ogni testo normativo, alla lettera, *qualunque* significato⁸⁷.

Infatti, soltanto se si esclude la totale imprevedibilità dell’attività interpretativa può avere un senso distinguere tra a) “*creazione di nuovo diritto*” e b) “*applicazione di un diritto (da altri creato e quindi) pre-esistente*”.

⁸⁷ Così R. GUASTINI, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011, p. 414 (corsivo originale). Al riguardo, cfr. altresì V. VELLUZZI, *Le preleggi e l’interpretazione. Un’introduzione critica*, Pisa, 2013, p. 22: «La versione radicale della concezione [scettica] è legata allo scetticismo in campo semantico. Lo scettico radicale sostiene, infatti, che l’interprete può attribuire alla disposizione normativa *qualsiasi significato*» (corsivo redazionale). Tra i principali sostenitori di questa concezione interpretativa si segnalano: M. TROPER, *Una teoria realista dell’interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999, p. 475 («la teoria realista che esporrò [...] può essere riassunta in tre proposizioni principali: 1. L’interpretazione è una funzione della volontà e non della conoscenza. 2. Essa ha ad oggetto non norme, ma enunciati [...]. 3. Essa conferisce a chi la esercita un potere specifico»); J.C. GRAY, *The Nature and Source of the Law*, New York, 1909, p. 121 («il fatto che i tribunali *applicano* delle regole è proprio ciò che le rende diritto [...] i giudici sono piuttosto i creatori che non gli scopritori del diritto» [citato da H. Kelsen, *Teoria generale del diritto*, cit., p. 153; corsivo redazionale]).

In altri termini, e in conclusione, questa *terza ragione per motivare la sentenza* implica sempre una concezione della giurisdizione come funzione almeno *tendenzialmente cognitiva*⁸⁸.

⁸⁸ Il paradigma cognitivistico del giudizio è sostenuto da M.C. REDONDO, *Sulla giustificazione della sentenza*, cit., pp. 33 ss., nonché da L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione*, cit., pp. 9 s., 158, 374, 555 s., 591 (ove si afferma che «la giurisdizione consiste nell'applicazione di leggi a [ovvero nella qualificazione legale di] fatti giuridici», e che «la giurisdizione [...] è un'applicazione della legge a una fattispecie, nel senso che è necessariamente mediata dalla commissione di un fatto rispetto al quale ha carattere cognitivistico [corsivo originale]») e 852, e ID., *Principia iuris. Teoria del diritto*, cit., p. 333 s., 513 (ove l'interpretazione giuridica viene definita come una «particolare [...] attività cognitiva»), 586 (in special modo, nota 48) e 894.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE

- AJELLO R., *Arcana iuris. Diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976.
- , *Preilluminismo giuridico e tentativi di codificazione nel Regno di Napoli*, Napoli, 1968.
- ASCHERI M., *Tribunali, giuristi e istituzioni dal Medioevo all'età moderna*, Bologna, 1989.
- BARBERIS M., *Il diritto come discorso e come comportamento. Trenta lezioni di filosofia del diritto*, Torino, 1990.
- BARRERE UNZUETA M.A., *La escuela de Bobbio. Reglas y normas en la filosofía jurídica de inspiración analítica*, Madrid, 1990.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (1764), a cura di F. VENTURI, Torino, 1994.
- BENTHAM J., *Rationale of Judicial Evidence, specially applied to English Practice* (1827), in *Works of Jeremy Bentham*, a cura di J. BOWRING, New York, 1962.
- , *Traité des preuves judiciaires*, in *Oeuvres de Jérémie Bentham*, 3^a ed., Bruxelles, 1840.
- BESTA E., *Storia del diritto italiano*, Milano, 1925.

- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Milano, 1965.
- BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, 4^a ed., Milano, 1934.
- CALAMANDREI P., *Opere giuridiche*, Napoli, 1976.
- , *Studi di diritto processuale*, Padova, 1930.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Parte generale* (1859), Firenze, 1924.
- CAVANNA A., *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1975.
- , *La storia del diritto moderno (secoli XVI-XVIII) nella più recente storiografia italiana*, Milano, 1983.
- , *Storia del diritto moderno in Europa*, vol. I, *Le fonti e il pensiero giuridico*, Milano, 1979.
- CHIASSONI P., *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, 2016.
- COPI I.M.-COHEN C., *Introduction to Logic* (1994), trad. it. a cura di G. LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna, 1999.
- CORDERO F., *Criminalia. Nascita dei sistemi penali*, Roma-Bari, 1986.
- , *Guida alla procedura penale*, Torino, 1986.
- , *Riti e sapienza del diritto*, Roma-Bari, 1981.
- , *Procedura penale*, 9^a ed., Milano, 2011.
- CORTESE E., *Il diritto nella storia medievale*, vol. II, *Il basso Medioevo*, Roma, 1995.

- COSTA P., *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 2002.
- DEL GIUDICE P., *Storia della procedura*, ristampa della 2^a ed., Bologna, 1968.
- DEVLIN P., *Trial by jury*, Londra, 1956.
- DUMMETT M., *The Origins of Analytical Philosophy* (1988), trad. it. a cura di E. PICARDI, *Alle origini della filosofia analitica*, Bologna, 1990.
- ERDÖ P., *Die Quellen des Kirchenrechts. Eine geschichtliche Einführung* (2002), S.T. BAPPENHEIM (trad. it. a cura di), *Storia delle fonti del diritto canonico*, Venezia, 2008.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, 9^a ed., Roma-Bari, 2008.
- , *La cultura giuridica nell'Italia del Novecento*, Roma-Bari, 1999.
- , *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, vol. I, *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007.
- FILANGIERI G., *La scienza della legislazione e gli opuscoli scelti*, Bruxelles, 1841.
- FREGE G., *Über Sinn und Bedeutung* (1892), trad. it. a cura di L. GEYMONAT-C. MANGIONE, *Senso e significato*, in ID., *Logica e aritmetica*, Torino, 1965.
- GILLIES D.-GIORELLO G., *Principles of Science in the Twentieth Century. Four Central Themes* (1993), trad. it. a cura di M. MOTTERLINI, *La filosofia della scienza nel XX secolo*, Roma-Bari, 2010.
- GIULIANI A.-PICARDI N. (a cura di), *L'educazione giuridica*, Perugia, 1975.
- , *L'ordinamento giudiziario*, Rimini, 1985.

GUASTINI R., *Il diritto come linguaggio. Lezioni*, Torino, 2006.

—, *Interpretare e argomentare*, Milano, 2011.

—, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Milano, 2004.

—, *La sintassi del diritto*, Torino, 2014.

—, *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino, 2001.

HOBBS T., *A Dialogue between a Philosopher and a Student of the Common Laws of England*, 1665, tr. it. a cura di N. BOBBIO, *Dialogo fra un filosofo e uno studioso del diritto comune d'Inghilterra*, in *Opere politiche*, Torino, 1959.

—, *Leviathan, or the Matter, Forme and Power of a Common-Wealth Ecclesiasticall and Civill* (1651), trad. it. a cura di R. SANTI, *Leviatano, ossia la materia, la forma e il potere di uno Stato ecclesiastico e civile*, Milano, 2001.

KANT I., *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (1797), trad. it. a cura di G. SOLARI-G. VIDARI, *Principi metafisici della dottrina del diritto*, in *Scritti politici*, Torino, 1965.

KANTOROWICZ H.U., *Il tractatus criminum*, Città di castello, 1925.

KELSEN H., *General Theory of Law and State* (1945), trad. it. a cura di S. COTTA-G. TREVES, *Teoria generale del diritto*, Milano, 1959.

IPPOLITO D., *Diritti e potere. Indagini sull'illuminismo penale*, Roma, 2012.

—, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016.

JORI M., *Il giuspositivismo analitico italiano prima e dopo la crisi*, Milano, 1987.

LLOBELL TUSET J., *Historia de la motivación de la sentencia canónica*, Zaragoza,

1985.

LUCCHINI L., *I semplicisti del diritto penale*, Torino, 1886.

LUZZATI C., *Questo non è un manuale. Percorsi di filosofia del diritto*, Torino, 2010.

MANCUSO F., *Exprimere causam in sententia. Ricerche sul principio di motivazione della sentenza nell'età del diritto comune classico*, Milano, 1999.

MANZINI V., *Trattato di diritto processuale italiano*, Torino, 1931.

MARRONE M., *Scritti giuridici*, Palermo, 2003.

MODUGNO F., *Diritto pubblico*, Torino, 2012.

MONTESQUIEU CH., *De l'esprit des lois* (1748), Parigi, 1995
(<http://www.uqac.quebec.ca/zone30>).

MURATORI L.A., *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, 1742.

NICOLINI N., *Della procedura penale nel regno delle due Sicilie*, Livorno, 1843.

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

PERTILE A., *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, ristampa della 2^a ed., Bologna, 1968.

PETRONIO U., *Il Senato di Milano. Istituzioni giuridiche ed esercizio del potere nel Ducato di Milano da Carlo V a Giuseppe II*, Milano, 1972.

PINO G., *Teoria analitica del diritto I. La norma giuridica*, Pisa, 2016.

PINO G.-SCHIAVELLO A.-VILLA V. (a cura di), *Filosofia del diritto*.

- Introduzione critica al pensiero giuridico e al diritto positivo*, Torino, 2013.
- PINO G.- VILLA V. (a cura di), *Rule of Law. L'ideale della legalità*, Bologna, 2016.
- POPPER K., *Logik der Forshung*, trad. it. a cura di M. TRINCHERO, *La logica della scoperta scientifica*, Torino, 1970.
- PUGLIESE G., *Istituzioni di diritto romano*, 3^a ed., Torino, 1991.
- , *Scritti giuridici scelti*, vol. II, *Diritto romano*, Camerino, 1985.
- ROSSI G., *Consilium sapientis iudiciale. Studi e ricerche per la storia del processo romano canonico*, Milano, 1958.
- SAVIGNY F.C., *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter* (1816), trad. it. a cura di E. BOLLATI, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, Torino, 1854.
- SCHIAVELLO A., *Perchè obbedire al diritto? La risposta convenzionalista e i suoi limiti*, Pisa, 2010.
- SCHIPANI S. (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, Milano, 2005.
- SCIALOJA V., *Procedura civile romana*, Roma, 1936.
- TALAMANCA M. (a cura di), *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989.
- TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.
- TARUFFO M., *La motivazione della sentenza civile*, Padova, 1975.
- TROPER M., *La séparation des pouvoirs et l'histoire constitutionnelle française*, Parigi, 1980.

VELLUZZI V., *Le preleggi e l'interpretazione. Un'introduzione critica*, Pisa, 2013.

VILLA V., *Storia della filosofia analitica del diritto*, Bologna, 2003.

VOLTAIRE, *Commentaire sur le livre des délits et des peines par un avocat de province* (1766), in *Mélanges de Voltaire*, Parigi, 1965 (trad. it. a cura di R. FUBINI, *Commentario intorno al libro 'Dei delitti e delle pene'*, in *Scritti politici*, Torino, 1964).

—, *Prix de la justice et de l'humanité*, in *Oeuvres complètes de Voltaire*, Parigi, 1880.

WILLIAMS G.L., *The proof of guilt*, Londra, 1963.

WITTGENSTEIN L., *Tractatus logico-philosophicus*, London, 1922, <<http://people.umass.edu/klement/tlp/tlp.pdf>>.

ZORDAN G., *Il diritto e la procedura criminale nel Tractatus de maleficiis di Angelo Gambiglioni*, Padova, 1976.

ARTICOLI E SAGGI

AMODIO E., *L'obbligo costituzionale di motivazione e l'istituto della giuria*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1970.

BARBERIS M., *Cosa resta del sillogismo giudiziale? Riflessioni a partire da Cesare Beccaria*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2015.

—, *Divisione dei poteri e libertà da Montesquieu a Constant*, in *Materiali per*

- una storia della cultura giuridica*, 2001.
- , *Le futur passé de la séparation des pouvoirs*, in *Pouvoirs*, 2012.
- , *Possono governare, le leggi? Il dilemma del Rule of Law*, in *Rule of Law. L'ideale della legalità*, a cura di G. PINO- V. VILLA, Bologna, 2016.
- , *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, in *Analisi e diritto 2004. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di R. GUASTINI-P. COMANDUCCI, Torino, 2005.
- , *Vincoli e strumenti. Sulla filosofia analitica del diritto*, in *Analisi e diritto 1995. Ricerche di giurisprudenza analitica*, a cura di P. COMANDUCCI-R. GUASTINI, Torino, 1995.
- BECCHI P., *Filangieri e i dispacci di Tanucci*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1983.
- , *Recenti studi filangieriani*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2001.
- BOBBIO N., *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1950 (e anche in ID., *Contributi ad un dizionario giuridico*, Torino, 1994).
- CALAMANDREI P., *La teoria dell'«error in iudicando» nel diritto italiano intermedio*, in *Rivista critica di scienze sociali*, 1914.
- CARCATERRA G., *L'argomentazione nell'interpretazione giuridica*, in *Atti dei Convegni Lincei. Convegno internazionale sul tema: ermeneutica e critica*, Roma, 1998.
- DI DONATO F., *La riforma e le pignatte. Dalla mediazione patriarcale alla demotivazione delle sentenze. Diritto e politica nella Napoli del Settecento*,

- in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016.
- ESMEIN A., *Historie de la procédure criminelle en France et spécialement de la procédure inquisitoire depuis le XIII^e siècle jusqu'à nos jours*, Parigi, 1882.
- FALCONE G., *Il rapporto ius gentium-ius civile e la societas vitae in Cic. off. 3.69-70*, in *Annali del seminario giuridico dell'Università degli studi di Palermo*, Torino, 2013.
- FERRAJOLI L., *Contro il creazionismo giudiziario. Una proposta di revisione dell'approccio ermeneutico alla legalità penale*, in «Ars interpretandi», 2016.
- , *Filosofia analitica del diritto e dimensione pragmatica della scienza giuridica*, in *Scritti per Uberto Scarpelli*, a cura di L. GIANFORMAGGIO e M. JORI, Milano, 1997.
- , *La filosofia giuridica analitica italiana. Bilancio e prospettive*, in *Filosofia analitica. 1996-1998. Prospettive teoriche e revisioni storiografiche*, a cura di M. DI FRANCESCO-D. MARCONI-P. PARRINI, Milano, 1998.
- GIANFORMAGGIO L., *Logica e argomentazione nell'interpretazione giuridica ovvero i giuristi presi sul serio*, in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, a cura di E. DICHIOTTI-V. VELLUZZI, Torino, 2008.
- , *Scienza giuridica e metalinguaggio*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. JORI, Torino, 1994.
- GODDING P., *Jurisprudence et motivation des sentences, du moyen âge à la fin du 18^e siècle*, in *La motivation des décisions de justice. Etudes publiées par Perelman et Foriers*, Bruxelles, 1978.
- GORLA G., *I tribunali supremi degli Stati italiani, fra i secoli XVI e XIX, quali fattori di unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra*

- Stati*, in B. PARADISI, *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, 1977.
- , *Sulla via dei «motivi» delle «sentenze»: lacune e trappole*, in *Foro italiano*, 1980 (e anche in ID., *Studi in onore di Salvatore Satta*, Padova, 1982).
- , *Unificazione «legislativa» e unificazione «giurisprudenziale». L'esperienza del diritto comune*, in *Foro italiano*, 1977.
- GUASTINI R., *Separazione dei poteri o divisione del potere?*, in *Teoria politica*, 1998.
- MANIN B., *Les deux libéralisme: la règle et la balance*, in *La famille, la loi, l'État: de la Révolution au Code civil*, a cura di C. BIET-I. THÉRY, Parigi, 1989.
- MARRONE M., *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, in *Mélanges en l'honneur de Carlo Augusto Cannata*, Bâle-Genève-Munich, 1999.
- , *Su struttura delle sentenze, motivazione e «precedenti» nel processo privato romano*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano «Vittorio Scialoja»*, 1997.
- MASSETTO G.P., *Aspetti della prassi penalistica lombarda nell'età delle riforme: il ruolo del Senato milanese*, in *Sudia et documenta historiae et ius*, 1981.
- , *La prassi giuridica lombarda nell'opera di Giulio Claro*, in *Confluences de droits savants et des pratiques juridiques*, Milano, 1979.
- NEUMANN U., *Theorie der juristischen Argumentation* (2008), in *Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert*, a cura di W. BRUGGER-U. NEUMANN-S. KIRSTE, trad. it. a cura di G. CARLIZZI, *Teoria dell'argomentazione giuridica*, in *Ars interpretandi*, 2010.

OBERTO G., *La motivazione delle sentenze civili in Europa: spunti storici e comparatistici*,

<<http://www.giacomooberto.com/milano2008/sommario.htm>>

PENNINGTON K., *The Making of a decretal collection: the Genesis of Compilatio III*, in *Proceedings of the Fifth International Congress of Medieval Canon Law, 21-25 september 1976*, a cura di S. KUTTNER-K. PENNINGTON, Città del Vaticano, 1980.

PICARDI N. *Il giudice ordinario*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1985.

PINTORE A., *Sulla filosofia giuridica italiana di indirizzo analitico*, in *Ermeneutica e filosofia analitica. Due concezioni del diritto a confronto*, a cura di M. JORI, Torino, 1994.

PISANI M., *Appunti per la storia della motivazione nel processo penale*, in *L'indice penale*, 1970.

REDONDO M.C., *Sulla giustificazione della sentenza giudiziale*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2009.

SAUVEL T., *Histoire de jugement motivé*, in *Revue de droit publique et de science politique en France et à l'étranger* (1955), trad. it. a cura di F.S. LOSITO, *La motivazione delle sentenze in Francia. Lineamenti storici*, in *Frontiera d'Europa*, 1995.

SCAPINI N., *Il problema della motivazione della sentenza nel diritto processuale romano*, in *Studi Parmensi*, 1983.

SCARPELLI U., *Auctoritas, non veritas facit legem*, in *Rivista di Filosofia*, 1984.

—, *Le argomentazioni dei giudici: prospettive di analisi*, in ID., *L'etica senza verità*, Bologna, 1982.

- , *Scienza giuridica e analisi del linguaggio*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1948.
- SCHOLZ J.M., *Motiva sunt pars sententiae*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, a cura di B. PARADISI, 1977.
- TARUFFO M., *Aspetti della giustificazione delle decisioni giudiziarie*, in *Etica e diritto. Le vie della giustificazione razionale*, a cura di L. GIANFORMAGGIO-E. LECALDANO.
- , *L'obbligo di motivazione della sentenza civile tra diritto comune e Illuminismo*, in *Rivista di Diritto processuale*, 1974 (e anche in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*, a cura di B. PARADISI, 1977).
- TROPER M., *Montesquieu e la separazione dei poteri negli Stati Uniti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1990.
- , *Pour une théorie juridique de l'État* (1994), trad. it. *Per una teoria giuridica dello stato*, Napoli, 1998.
- , *Una teoria realista dell'interpretazione*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1999.
- TUZOV D., *La nullità per legem nell'esperienza romana. Un'ipotesi in materia di leges perfectae*, in *Revue internationale des droits de l'antiquité*, 2009.

ASCHERI M., voce *I grandi Tribunali*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

BAMBI F., voce *Baldo degli Ubaldi*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

—, voce *Enrico da Susa, detto l'Ostiense*, *ivi*.

CHIODI G., voce *Lo ius civile: glossatori e commentatori*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

JAUCOURT L., voce *Juge*, in *Encyclopédie des sciences*, Livorno, 1773.

MAFFEI P., voce *Gambiglioni, Angelo*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, 1999.

MASSETTO G.P., voce *Sentenza (diritto intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1989.

MAZZACANE A., voce *Claro, Giulio*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, 1982.

—, voce *Infamia (storia)*, in *Enciclopedia del diritto*, 1971.

MOLÈ M., voce *Sentenza (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto italiano*, vol. XVI, 1956.

QUAGLIANI D., voce *Il nuovo ordinamento della Chiesa: decretisti e decretalisti*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

PIFFERI M., voce *La criminalistica*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

ROSSI G., voce *Bartolo da Sassoferrato*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo*

italiano alla storia del pensiero. Diritto, Roma, 2012.

SARTI N., voce *Accursio*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

TAVILLA E., voce *Ludovico Antonio Muratori*, in *Enciclopedia italiana, Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, 2012.

FONTI MEDIEVALI

ACCURSIUS, *Glossa ad C. 7,45,12*, in *Codicis D.N. Iustiniani sacratissimi principis, Imperatoris Augusti, Libri IX Priores*, Venezia, 1592.

ANDREA D'ISERNIA, *Commentaria ad utriusque Siciliae constitutiones*, Venezia, 1590.

ANGELUS ARETINUS, *Tractatus in materia maleficiorum*, Venezia, 1518.

ANTONIUS AB ECCLESIA, *Observationes forenses Sacri Senatus Pedemontani*, Aosta, 1668.

ASINIUS, *Practica aurea seu processus iudicarius ad Statutum florentinum de modo Procedendi in civilibus interpretatio*, Ticino, 1598.

BACON F., *De dignitate et augmentis scientiarum Libri IX* (1623), in *Works of Francis Bacon*, a cura di J. SPEDDING, London, 1861.

—, *Of Judicature*, in *Essays or Counsels Civil and Moral* (1625), in *ivi*.

BALDUS, *Ad tres priores libros Decretalium Commentaria*, Venezia, 1567.

- , *In VII, VIII, IX, X et XI Codicis libros Commentaria*, Venezia, 1599.
- BARBOSA, *Collectanea Doctorum in jus pontificium universum*, Londra, 1688.
- BARTOLUS, *In Primam Infortiati Partem Commentarii*, Venezia, 1585.
- BELLUGA, *Speculum principum*, Venezia, 1580.
- BOERIUS, *Tractatus de authoritate magni Consilij, et Parliamentorum Galliae*,
Londra, 1566.
- BUCCARONI, *De differentiis inter iudicia civilia et criminalia Tractatus Hieronymi Buccaronii*, Roma, 1624.
- CANCERIUS, *Variae resolutiones iuris caesaris et pontificii*, Londra, 1618.
- CARAVITA, *Commentaria super ritibus Magnae Curiae Vicariae Regni Neapolis*,
Venezia, 1586.
- CLARUS, *Volumen, alias Sententiarum receptarum Liber Quintus, in quo diversorum criminum XX [parr.] materia diligenter explicatur*, Venezia, 1583.
- DE CAEVALLOS H., *Speculum aureum omnium communium contra communes*,
Venezia, 1604.
- DE FERRARIIS, *Aurea practica*, Torino, 1587.
- DURANDUS, *Speculum iuris Guglielmi Durandi*, Venezia, 1585.
- FARINACCIUS, *Praxis et theoricæ criminalis partis primæ, tomus primus de delictis et poenis*, Londra, 1613.
- FELINUS, *Tertia in quinque decretalium libros Pars*, Londra, 1547.
- GARONUS, *Commentaria in tit. De Senatoribus Nostri Constitutionis Status*

Mediolani, Milano, 1643.

GIASON DEL MAINO, *In Iustiniani Codicem*, Londra, 1564.

LANCILOTTUS CONRADUS, *Praetorium, et curiale breviarium*, Venezia, 1563.

MENOCHIUS, *Consiliorum sive responsorum Liber septimus*, Francoforte, 1604.

—, *De arbitrariis iudicum quaestionibus et causis libri duo*, Francoforte, 1576.

MILLEUS, *Practica criminalis*, Venezia, 1549.

MUSCATELLUS, *Practica tum civilis Sacri Regii Consilii et Magna Curiae
Vicariae, tum criminalis*, Napoli, 1773.

TESSAURUS, *Novae decisiones Sacri Senatus Pedemontani*, Aosta, 1590.

TUSCHUS, *Glossa ad C. 7,44,3, in Codicis D.N. Iustiniani sacratissimi principis,
Imperatoris Augusti, Libri IX Priores*, Venezia, 1592.

—, *Practicarum conclusionum tomus quartus*, Londra, 1634.

—, *Practicarum conclusionum tomus quintus*, Londra, 1634.

VANTIUS, *Tractatus de nullitatibus processuum ac sententiarum causarum*,
Venezia, 1559.

VASQUIUS MENCHACENSIS, *Controversiarum libri tres*, Venezia, 1595.

VIVIUS, *Communium opinionum doctorum utriusque censurae liber primus*,
Venezia, 1566.