



# *Honos alit artes*

Studi per il settantesimo compleanno  
di Mario Ascheri

LA FORMAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE  
Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII)

a cura di

Paola Maffei e Gian Maria Varanini



# **Reti Medievali E-Book**

**19/I**

***Honos alit artes***

**Studi per il settantesimo compleanno  
di Mario Ascheri**

**LA FORMAZIONE  
DEL DIRITTO COMUNE  
Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII)**

**a cura di  
Paola Maffei e Gian Maria Varanini**

**Firenze University Press  
2014**

# Il giudice e il medico

## La diversa disciplina della colpa professionale nelle riflessioni dei giuristi (dal medioevo alla prima età moderna)

di Paola Maffei

1. La diversa disciplina della colpa professionale del giudice e del medico<sup>1</sup>, tuttora esistente nel nostro ordinamento, era stata canonizzata nella compilazione giustiniana, ove l'imperizia del medico era inclusa nella responsabilità aquiliana e più in generale nelle obbligazioni *ex delicto*<sup>2</sup>, mentre la condotta analoga del giudice era compresa più benevolmente nelle obbligazioni *ex quasi delicto*<sup>3</sup>,

<sup>1</sup> Questo saggio è incentrato esclusivamente sulle riflessioni dedicate al differente trattamento della colpa del giudice e del medico e non sulle copiosissime elaborazioni separatamente espresse sulla condotta colposa del giudice ovvero su quella del medico. I limiti di brevità imposti non consentono di esaminare il concetto di colpa, né di addentrarsi nel significato di delitto e quasi-delitto; non di trattare del giudizio di sindacato e nemmeno del giudice *iurisperitus* o meno; per le stesse ragioni l'apparato bibliografico è ridotto all'osso. La presente disamina non ha pretese di completezza e non è stato possibile avvalersi delle fonti manoscritte. Nei passi riportati è stata normalizzata la punteggiatura e l'uso delle maiuscole. Ringrazio gli amici Orazio Condorelli e Andrea Padovani per i generosi consigli.

<sup>2</sup> Inst. 3.6 e 7, De lege Aquilia: «Praeterea si medicus, qui servum tuum secuit, dereliquerit curationem atque ob id mortuus fuerit servus, culpa reus est. Imperitia quoque culpa adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quod eum male secuerit aut perperam ei medicamentum dederit»; D. 9.2.7.8, Ad legem Aquiliam, l. Qua actione, in fine (*Ulpianus 18 ad ed.*): «Proculus ait, si medicus servum imperite secuerit, vel ex locato vel ex lege aquilia competere actionem». Alla colpa del medico dedica un'ampia disamina E. Sandrini, *La professione medica nella dottrina del diritto comune: secoli XIII-XVI*, voll. tre, Padova 2008 e 2009 e Napoli 2012, II, pp. 64 sgg., che riporta anche, p. 144 nota 173, il passo pseudo-bartoliano riguardante il confronto fra medico e giudice (per il quale *infra* nota 14 e testo corrispondente), senza tuttavia sviluppare il tema che qui ci interessa.

<sup>3</sup> Inst. 4.5pr., De obligationibus quae ex quasi delicto nascuntur: «Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. sed quia neque ex contractu obligatus est et utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri, et in quantum de ea re aequum religioni iudicantis videbitur, poenam sustinebit»; D. 44.7.5.4, De obligationibus et actionibus, l. Si quis absentis, § Si iudex (*Gaius 3. aur.*): «Si iudex litem suam fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur, sed quia neque ex contractu obligatus est utique peccasse aliquid intellegitur, licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri». Sulla formula che definisce il comportamento del giudice si veda F. De Martino, «Litem suam facere», in «Bullettino dell'Istituto di diritto romano», 3<sup>a</sup> ser., 30 (1988), pp. 1-36, e R. Fercia, Litem suam facere *da Adriano ai Severi*, in «Diritto @ storia», 10 (2011-2012) <[http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Fercia-Litem-suam-facere-Adriano-Severi.htm#\\_ftn1](http://www.dirittoestoria.it/10/Tradizione-Romana/Fercia-Litem-suam-facere-Adriano-Severi.htm#_ftn1)>. Per un'ampia disamina delle obbligazioni derivanti dai delitti e quasi delitti si veda R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of*

e solo il suo comportamento doloso rientrava nelle fattispecie criminali<sup>4</sup>.

Quale era la ragione di tale differenza? Certo, la fermezza del dettato imperiale impediva una interpretazione creativa e la maggior parte dei giuristi, pur dedicando ampie e circostanziate considerazioni alla colpa professionale del giudice e separatamente a quella del medico, evitò di addentrarsi nel paragone e di tentare una spiegazione; tuttavia questa diversa configurazione non sfuggì alle speculazioni di alcuni di loro e la questione<sup>5</sup>, probabilmente esaminata nelle aule universitarie, si diffuse sia autonomamente sia all'interno dei commenti, giungendo fino alla prima età moderna<sup>6</sup>.

2. La prima testimonianza da me reperita di un dibattito sull'argomento è una *distinctio* accompagnata dalla sigla di Giovanni Bassiano (sec. XII), secondo cui la diversa riprovazione della colpa dipende dalla diversa valutazione del danno, maggiore quando inferto al corpo con il corpo che quando provocato solo con le parole<sup>7</sup>:

Questio: iudex per impericium male iudicando obligatur ex quasi maleficio; medicus per impericium male secundo obligatur ex maleficio. Cum uterque per impericium male functus est officio suo, et iudex et medicus, quare medicus in plus obligatur quam iudex? Respondeo, quia plus est damnum dare corpore in corpus quam verbis solummodo. Io. ba.

Nella sua *Summa Institutionum Azzone* (...1190 - ante 1233), invece, distaccandosi dal suo maestro, dopo aver ribadito il principio portante per cui, appun-

*the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg 1990, in particolare pp. 15-21, per il medico p. 1028 nota 198, per il medico e il giudice pp. 1126-1130 e note 230 e 231. Offrono interessanti approfondimenti storici le sempre valide riflessioni di G. Astuti, *Indipendenza e responsabilità del giudice: considerazioni introduttive*, pp. XV-XXIV, e l'accurata analisi di A. Giuliani, N. Picardi, *La responsabilità del giudice: problemi storici e metodologici*, pp. 3-74, ambedue in *L'educazione giuridica*, III: *La responsabilità del giudice*, Perugia 1978.

<sup>4</sup> C. 7.49.1 De poena iudicis, qui male iudicavit, vel eius, qui iudicem vel adversarium corrumpere curavit, l. Constitit: «Constitit in quacumque causa sive privata sive publica sive fiscali, ut, cuicumque data fuerit pecunia, vel iudici vel adversario, amittat actionem is, qui diffidentia iustae sententiae in pecuniae corruptela spem negotii reposerit».

<sup>5</sup> Il genere letterario normalmente utilizzato è quello delle *quaestiones magistrales legitimae* (cfr. M. Bellomo, *I fatti e il diritto fra le certezze e i dubbi dei giuristi medievali, secoli XIII-XIV*, Roma 2000, pp. 425-427), con la struttura di una *distinctio* (H. Lange, *Römisches Recht im Mittelalter. I: Die Glossatoren*, München 1997, partic. 134-138) o di un *quare* (*ibidem*, pp. 133-134).

<sup>6</sup> Minima e incidentale è stata l'attenzione della storiografia. Vanno ricordati Giuliani, Picardi, *La responsabilità del giudice* cit., p. 24; Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., che scrive, p. 1127 nota 230: «Writers in earlier centuries tended to be puzzled as to why a medical doctor, who operated badly or gave his patient the wrong medicine, was liable under the lex Aquilia whereas a judge was held responsible, for his lack of skill, merely ex quasi delicto» e mette a confronto la soluzione di Donello, per il quale la colpa del giudice *qui litem suam fecit* rientrava nei delitti, con quella speculare di Hotman, che classificava la colpa del medico per imperizia fra i quasi delitti.

<sup>7</sup> La *distinctio*, edita da A. Padoa Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, II, *I glossatori civilisti*, Milano 1970, p. 201 nota 16, era stata segnalata da E. Seckel, *Distinctiones glossatorum*, p. 393, coll. Bambergensis n. 72, che l'aveva così descritta: «Si male iudicans obligetur? (Questio: iudex per impericium male. Vergleichung der Haftung des Richters und des Arztes. Sigle: Io. ba.». Il passo è ricordato da Giuliani, Picardi, *La responsabilità del giudice* cit., p. 63 nota 60; e – per riflettere sulla responsabilità del giudice oggi, ma senza indicare la fonte – da G. Bosetto, *I giudici. Riforma della giustizia: una questione irrisolta*, in «Trentino», 7 agosto 2010, <[http://ricerca.gelocal.it/trentinocorrierealpi/archivio/trentinocorrierealpi/2010/08/07/ANLPO\\_ANL99.html](http://ricerca.gelocal.it/trentinocorrierealpi/archivio/trentinocorrierealpi/2010/08/07/ANLPO_ANL99.html)>.

to, il comportamento doloso del giudice rientra nei delitti, mentre quello colposo nei quasi delitti – e ciò indipendentemente dalla veste formale del giudice medesimo, ordinario, delegato o arbitro<sup>8</sup> – rimarca la diversa disciplina cui è sottoposta la condotta imperita del medico; a suo parere l'atto del giudicare di per sé non rientra nel genere dei *maleficia* ma piuttosto dei *beneficia*; al contrario l'atto dell'operare, tagliare, rendere la cosa deteriore, ovvero creare le circostanze perché ciò avvenga, per via di una condotta colposa, questo sì che è un atto criminoso («maleficium»), ed ecco spiegata la differenza<sup>9</sup>:

Item quaeri potest, cur non teneatur iudex ex maleficio vere, si imperite iudicat: sicut medicus qui imperite secat (...) Sed certe iudicare non assignatur inter genera maleficiorum, nisi fiat dolo, imo potius debet assignari inter genera beneficiorum. Secare autem, vel scindere, vel rem deteriorem constituere, vel dare occasionem his faciendis, per culpam, vel imperitiam, inter maleficia sine dubio reputatur: unde aliud est in illis, quam in iudice.

La riflessione azzoniana non trova eco nella Magna glossa sulle Istituzioni<sup>10</sup>; mentre nel *locus materiae* del Digesto Nuovo (44.7.5.4), *ad v.* Peccasse, Accursio (1180ca. - ante sett. 1262) si limita a constatare che la disciplina riservata al giudice è speciale rispetto al medico<sup>11</sup>:

[iudex] vere peccavit quia imperitia culpa annumeratur; quare ergo non ex maleficio tenetur ut in Aquilia? Respondeo: speciale in iudice, aliud in Aquilia. Accur.

La mancata inclusione nell'apparato ordinario di un'approfondita speculazione sulla diversità di trattamento del medico e del giudice è un segnale importante ed è forse una delle cause dello scarso interesse mostrato dai giuristi italiani.

<sup>8</sup> Il passo relativo a Inst. 4.5 della *Summa* di Azzone è stata consultata nell'ed. Venetiis, sub signo Angeli Raphaelis, 1581, col. 1114-1116: col. 1114 nn. 1-2.

<sup>9</sup> *Ibidem*, col. 1116 n. 10. Nella parte qui omessa del passo si legge un riferimento al mulattiere imperito, dovuto alla contiguità dei passi normativi del Digesto che regolano la posizione di questo e del medico rispettivamente.

<sup>10</sup> Relativamente a Inst. 4.5pr. sia la glossa *Litem suam* sia il *casus* di Francesco d'Accursio si concentrano sul giudice imperito senza tuttavia confrontarne la posizione con quella del medico imprudente. Ho consultato l'ed. Lugduni 1558, apud Hugonem a Porta, col. 391, ove, relativamente al passo citato, un'*additio* del curatore Aegidius Perrinus riferisce che Nicola Spinelli da Giovinazzo (1320/25-1396/98) associa alla posizione del giudice imperito quella del «tabellio male facientem instrumentum», come infatti si legge nella *Lectura Institutionum* dello Spinelli, Pavia, [Giovanni Giolito], 1506 (rist. anast. Sala Bolognese 1978), f. 49ra.

<sup>11</sup> Ed. Lugduni 1556, apud Hugonem a Porta, *Pandectarum ... tomus tertius*, p. 394b. Nella Magna Glossa le figure del medico e del giudice, nonché dell'artigiano, si trovano accostate anche per esemplificare l'imperizia (D. 50.17.132[175] *ad v.* Imperitia; ed. cit. f. 861rb): «Pone medico (...). Item in iudice (...). Item in quolibet artifice (...)». Secondo la Magna Glossa gli assessori, al contrario del giudice, rispondono anche per colpa in quanto, consentendo di essere scelti, affermano implicitamente la propria perizia (D. 2.2.2 *ad v.* Adessori; ed. cit., *Pandectarum ... tomus primus*, f. 61ra): per lo stesso motivo l'imperizia non costituisce una scusante per il medico secondo Stephanus Daoyz (†1619), *Iuris civilis summa seu index*, Mediolani 1742, sumptibus Io. Baptistae Cetti, sotto la voce *Imperitia*, p. 545a; nell'opera del Daoyz invece nulla si spigola fra le molte voci relative al giudice «faciens litem suam», pp. 596b-597a, e fra le poche sul medico imperito, p. 121a, senza contare che nessuna voce è dedicata alle due figure professionali sotto *Negligentia* e altre parole chiave. Non ho reperito ulteriori spunti nemmeno attraverso la consultazione del *Thesaurus accursianus dictiones et sententias iuris selectioris ab Accursio explicatas continens*, Venetiis, apud Iuntas, 1606, opera di Pierre de la Brosse (Petrus Brossaeus: per la paternità cfr. f.nn. A<sup>1r</sup>).

3. Alla prima metà del XIII secolo risale probabilmente un'interessante lunga *additio* anonima – di un allievo di Iacopo Balduini? –, stampata fra le annotazioni a margine dell'edizione Venezia 1524 della *Lectura Institutionum* di Angelo Gambiglioni<sup>12</sup>; in essa, dopo una serie di esempi relativi al giudice «faciens litem suam», si introduce con «quare» il paragone con il medico e si afferma che il diverso inquadramento della colpa risiede nel maggior pericolo derivante dall'attività del medico, sul quale di conseguenza deve agire il timore della pena, potendo egli con le operazioni e con i medicamenti infliggere danni al corpo e provocare la morte:

quare ita est quod si aliquis iudex male iudicaverit per imprudentiam suam vel per imperitiam suam quod hoc appellatur quasi maleficium. Si autem medicus aliquem per imprudentiam vel per imperitiam suam male secuerit vel malam potionem sibi dederit illud appellatur vere maleficium (...); quare hoc solebat do. Iac. in primis dicere fit pro ratione voluntas; et tale deinde allegat persuasionem vel perfunctionem quod iudicium male iudicantis per imperitiam non numeratur inter genera maleficiorum, mala autem sectio annumeratur; huius autem ratio potest esse: quia in his quibus maius periculum vertitur maior cautela est adhibenda unde quia in mala sectione et in mala potione vertitur periculum corporis (...) metu pene perterriti imperiti medici ne de facili prosilirent ad malas sectiones vel malas potiones dandas, ne ita per imperitiam interficiantur homines;

mentre il pericolo derivante dall'operato del giudice riguarda solo il denaro:

in iudicibus autem non vertitur tantum periculum: quia non est ibi periculum corporis sed tantum pecunie et propterea sufficit quod ex quasi delicto teneatur iudex.

Inoltre l'operato del giudice causato da ignoranza, se produce inconvenienti per una parte processuale, è benefico per la parte vittoriosa:

In iudicis autem per ignorantiam facta est aliter in cuius respectu dicitur beneficium scilicet ille pro quo fertur sententia. Ille enim commodum sustinet licet alius incommodum et propterea non appellatur maleficium sicut sectio. h.d.

L'anonimo autore riecheggia le argomentazioni azzoniane proponendole con maggiore ricchezza di esempi e di considerazioni.

4. Bisogna aspettare ancora qualche decennio<sup>13</sup> per trovare nuovi argomenti atti a spiegare la diversa disciplina dell'imperizia del medico e del giudice. Nel

<sup>12</sup> L'editore Filippo Pincio nell'epistola «iuris studiosis» dichiara che la lettura è accompagnata dai *casus* di Francesco Accolti, nonché dalle postille di Bernardino da Landriano, di Bartolomeo Dall'Orario (Laurario; per informazioni sulle sue addizioni ringrazio il collega Lorenzo Sinisi) e di altri non meglio precisati, fra i quali evidentemente anche l'autore dell'annotazione che ci interessa. La datazione qui suggerita dipende dal fatto che in essa si cita come maestro Ia. Bal. («circa titu. istum solebat do. meus Ia. Bal. rimari mirabiliter»), e poi ancora Iac., nel quale credo che si possa ravvisare Iacopo Balduini (...1210-1235), sempre che la sigla sia stata trasmessa correttamente. Le annotazioni anonime con cui gli editori arricchivano le edizioni cinquecentesche venivano di norma reperite, estrapolandole da una lettura o già in forma di *additio*, nel ricco patrimonio manoscritto medievale. Della postilla riporto solo la parte relativa al confronto fra il giudice e il medico (ed. cit., Inst. 4.5, f. CXCIva, nota b *ad v.* Si iudex).

<sup>13</sup> Per questo periodo mi sembra interessante ricordare che Dino (1253ca.-post 1298) (riportato da Alberico da Rosciate, *Commentaria super prima parte ff. novi*, Lugduni, apud Nicolaum Parvum et Hectorem Penet, 1534, f. 174ra), associa la posizione del giudice a quella del «consiliario sive consultore». Nulla si spigola nella lettura a stampa di Dino, *Super infortiato et ff. novo*, Lugduni, impensis Symonis Vincent per Iacobum Myt, 1513 (rist. anast. Bologna 1971).

commentario sulle Istituzioni edito sotto il nome di Bartolo ma da ascrivere ad un allievo di Jacques de Reigny, con tutta verosimiglianza Raoul d'Harcourt<sup>14</sup>, è riportato alla lettera il testo pubblicato anche nella *Lectura Institutionum* assegnata a Pierre de Belleperche (1247 ca. - gen. 1308)<sup>15</sup>, paternità, quest'ultima, confermata da Jean Faure al quale in questa sede, non potendo addentrarci nei problemi di attribuzione, diamo credito. Il giurista orleanese espone il problema («unum argumentum») e liquida il pensiero azzoniano senza mezzi termini – non vale un fuscellino! («non valet unam festucam») –, in quanto non è l'eseguire un'operazione («secare») che va considerato un atto criminoso («maleficium») ma l'operare male, così come il giudicare male, e dunque quelle di Azzone sono solo parole («hoc dicere non sunt nisi verba»). La similitudine riguarda piuttosto il medico e l'avvocato<sup>16</sup>; per quest'ultimo, secondo Pierre de Belleperche, vale quanto stabilito dalla legge per il medico («dico illud in advocatum quod dicit lex in medico»), perché ambedue prestano la loro opera a pagamento («currant ad pecuniam»), insomma sono professionisti; il medico, accettando di curare un cliente, ritiene di essere perito e lo stesso vale per l'avvocato che accetta di seguire una causa. Il giudice, al contrario, non presume di possedere la perizia necessaria e supplisce alle proprie lacune avvalendosi degli assessori<sup>17</sup>. Invece, dell'ausilio di questi non si possono giovare il medico e l'avvocato per rimediare alla propria imperizia e perciò sono tenuti a rispondere per la condotta negligente. Inoltre il giudice viene scelto, mentre i professionisti assumono volontariamente l'ufficio; questi si sforzano di ricevere l'incarico, di essere chiamati («conantur ut vocentur»), mentre i giudici di essere revocati («conantur ut revocentur»); dunque è giusto che l'atteggiamento verso i giudici sia più mite di quello verso i medici, liberi di prendersi o meno l'incarico.

Hic formo unum argumentum: Medicus qui male secat infirmum et qui male sanat infirmum per imperitiam, tenetur infirmo ex vero maleficio. Nam l. Aquilia tenetur ut probatur, ff. Ad legem Aquil., l. qua actione in fine (D. 9.2.7.8). Quare iudex qui male iudicavit per imperitiam non tenetur ex vero maleficio? Ad hoc respondet dominus Azo, et dicit quod secare ponitur inter maleficiatos <sic = maleficos> sed iudicare non; quare secus. Sed certe ista ratio non valet unam festucam: quia secare non est maleficium: sed si male

<sup>14</sup> Per la paternità L. Waelkens, *La lectura Institutionum de Raoul d'Harcourt*, in «Rivista internazionale di diritto comune», 3 (1992), pp. 79-91, anche in *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia - Ius - Studium*, curantibus A. García y García, P. Weimar, Goldbach 1995, III, pp. 219-231.

<sup>15</sup> Si veda l'ed. Lugduni, apud haeredes Simonis Vincentii, 1536 (rist. anast. Bologna 1972), pp. 314-315, nn. 1-2.

<sup>16</sup> Questo parallelo fra medico e avvocato, professionisti che, accettando l'incarico, si dichiarano implicitamente periti e quindi sono responsabili per la loro imperizia, («medicus vel advocatus qui locando operas tali officio dicunt se esse peritos et ideo tenentur de imperitia»), utilizzato però a proposito della responsabilità di chi riceve una procura, si legge anche nel *De actionibus*, stampato sotto il nome di Iacopo d'Arena, *Commentarii in universum ius civile*, Lugduni, impensis Hugonis a Porta, typis Stephani Ruffini et Ioannis Ausulti, 1541 (rist. anast. Bologna 1971), f. 302va n. 36; sulla paternità dell'opera, costituita da testi di più mani, cfr. Waelkens, *La lectura Institutionum* cit., pp. 81-84.

<sup>17</sup> La società in cui operava Belleperche si serviva di giudici che non erano necessariamente giurisperiti, cioè non avevano fatto studi giuridici, e che si muovevano da un luogo all'altro con la propria *familia* costituita da collaboratori scelti e pagati direttamente. A proposito dell'imperizia dei giudici intesa come mancanza di conoscenze giuridiche, si veda quanto esposto da Padoa Schioppa, *Ricerche II* cit., p. 201 nota 16.

secatur est bene maleficium. Certe similiter male iudicare est maleficium, ut C. De poena iudicum qui male iudic. l. prima (C. 7.49.1), unde hoc dicere non sunt nisi verba, quare dicas aliter quod haec est ratio diversitatis; in iudice et in medico non est bona similitudo, sed bona est similitudo de avvocato et medico; unde dico illud in advocatum quod dicit lex in medico; sed in iudice non est simile; nam medicus eo ipso quod accipit infirmum ad curandum pretendit se habere peritiam. Advertatis <sic = Advocatus> similiter eo ipso quod accipit causam clientuli pretendit se esse peritum, eo autem ipso quod iudex est non praetendit peritiam: imo defectus suos supplet per assessores. Sed advocatus suppletne defectus suos per assessorem et medicus similiter? absit. Et ideo isti tenentur ex vero maleficio; iudex qui non pretendit peritiam et sic non decipit si per imperitiam male iudicat, tenetur ex quasi maleficio, ut praedicta probantur (...). Vel aliter iudex invitus eligitur, alii vero voluntarie sumunt officium, imo conantur ut vocentur, iudices vero conantur ut revocentur, unde mitius agitur cum iudice <sic> quam cum medico qui voluntarie hoc assumit (...).

Jean Faure (Iohannes Fabri) (1275 ca. - 1340), la cui analisi, oltre che all'interno della *Lectura Institutionum*, circolò separatamente in forma di *quaestio*, si limita a riassumere il Bellapertica «qui solum tangit hoc»: anch'egli, dopo aver respinto il pensiero azzoniano, ribadisce che l'attività del medico, come quella dell'avvocato, è volontaria e dunque accettare l'incarico equivale ad affermare la propria perizia; mentre l'ufficio del giudice è obbligatorio («necessarium») e questa è la ragione per cui in alcuni casi ci si avvale («sibi adminiculare») anche dell'operato degli assessori<sup>18</sup>:

Sed cur iudex male per imprudenciam iudicans non tenetur ex maleficio sicut medicus qui male secat qui tenetur? l. Aquil. quae ex maleficio, supra, tit. ii § impericia (Inst. 4.3.7). Pe. de bellaperti. qui solum tangit hoc hic dicit quod Azo dicit quod secare est maleficium set iudicare non. Sed ipse dicit quod secare non est maleficium sicut nec iudicare: set male secare et male iudicare sunt maleficia; ipse autem respondet quod medicus et advocatus suscipiendo curam officiorum suorum videntur se affirmare peritos, sed iudex non: ideo habet quandoque adminiculare sibi assessores. Preterea prima duo sunt officia voluntaria: set officium iudicis est necessarium ff. de mune. et hono. l. fi. § iudicandum (D. 50.4.18.14). Hec est veritas: quod iudex habet necessario iudicare, ille autem non habuit necessario secare nisi vellet.

<sup>18</sup> Riportiamo il passo dell'ed. Lugduni 1523 (colophon: «impressa per Io. Houdouart et Benedictum Bounyn impensis honesti viri D. Iacobi q. Francisci de Giuncta Florentini ac sociorum»), f. 245va n. 3, più corretto del testo in forma di *quaestio*, descritto (senza rinvio all'edizione) nel *Catálogo de los manuscritos jurídicos de la Biblioteca Capitular de La Seu d'Urgell*, elaborado bajo la dirección de A. García y García, La Seu d'Urgell 2009, ms 2099, ff. 37rb-va, n. 17 p. 254. Nel codice urgellense il testo della *quaestio*, introdotto esplicitamente da «Queritur que est ratio diversitatis», presenta una serie di varianti, in parte nella successione delle parole, in parte peggiorative a causa dei fraintendimenti del trascrittore; la grafia denuncia una pronuncia francofona (*accessores* invece di *assessores*); una mano di poco posteriore ha aggiunto tre interventi interlineari identici, relativi a *secare*: «alias sanare». Infine nel ms la *quaestio* vera e propria termina con «Set iuxta istud queritur», cui seguono le riflessioni relative alla sola responsabilità del giudice, che invece sono anteposte nell'edizione, f. 245rb-va n. 2; qui riportiamo il testo dell'edizione perché più corretto: «quid si <iudex add. ms> condemnavit hominem ad mortem iniuste per imprudenciam et executus est? credo quod hic l. debet obtinere videlicet quod arbitrio iudicis sit puniendum, si tamen per dolum tenetur l. cor. ff. ad l. cor. de sic. l. i. § i. (D. 48.1.1). Quid si pars appellavit et non est prosecuta? nunc vult redire contra iudicem, nunquid potest? non videtur, sed sibi imputet, quia non videtur dampnum sentire quod quis sua culpa sentit ff. de procu. l. qui proprio § procurator in fi. (D. 3.3.46.4), de evic. l. haberemus Herennius § fi. (D. 21.2.63.2). Contrarium videtur tenere Inno. ex. de app. c. sepe (Innocenzo IV su X 2.28.44)».

5. Poco o nulla si spigola nelle opere dei grandi giuristi tre-quattrocenteschi<sup>19</sup>. Bartolo (1313/14-1357), riferendosi genericamente alla l. Aquilia, non nomina ma sottintende il confronto con il medico e, dopo aver sottolineato la laconicità della Magna Glossa («et non dicit plus»), spiega la differenza riprendendo l'argomento dell'obbligatorietà per il giudice di giudicare:

Op. quia imperitia est culpa, ut supra de regulis iuris l. imperitia. et ex culpa quis et maleficio tenetur, quare non hic ut in Aquilia. Et glo. dicit quod aliud in iudice, aliud in Aquilia et non dicit plus. Sed quae potest esse ratio? Dic sic: quod officium iudicis est necessarium, l. numerum <sic = munerum>, § iudicandi quoque, infra de munerib. et honorib. (D. 50.4.18.14), quia ex necessitate tenetur; in Aquilia voluntarie fit<sup>20</sup>.

Pure Angelo Gambiglioni (sec. XIVex.-1461) dedica alla comparazione poche asciutte righe:

Nota quod iudex male iudicans tenetur ex quasi maleficio, sed medicus male secans vel medicinas male approprians tenetur ex maleficio (...) et est ratio quia iudex iudicat ex necessitate,

ribadendo insomma che il giudice è obbligato a giudicare<sup>21</sup>.

6. Nel tardo Cinquecento Rinaldo Corso (1525-1580/82) dedica un intero capitolo delle sue *indagationes* a «qua de causa <sic> medicus ob imperitiam male curans teneatur ex maleficio, iudex vero male iudicans ex quasi maleficio»<sup>22</sup>: è forse questo un caso – si domanda – in cui «lex claudicat» favorendo i giuristi e non i medici in presenza di un medesimo comportamento? eppure il giudice può per imprudenza punire perfino con la morte. Non è convincente, secondo il Corso, la motivazione del diverso inquadramento imperniata sull'obbligo per il giudice di giudicare e dunque sul favore accordato all'atto necessario

<sup>19</sup> Sono state compulsate la lettura sulle Istituzioni attribuita a Baldo ma di Bartolomeo da Novara, quella di Giovanni Piazza e quella di Ippolito Riminaldi (che si ferma al libro III), e i commentari sul Digesto e sul Codice (per i passi normativi cfr. *supra* note 2 e 3) di Baldo e Angelo degli Ubaldi, Paolo di Castro, Francesco Accolti, Alessandro Tartagni, Giason del Maino e via dicendo. Sono stati anche vagliati gli indici dei *Tractatus Universi Iuris*, il repertorio di Giovanni Bertacchini e consimili strumenti, senza rinvenire disamine specificamente incentrate sulla comparazione fra la condotta colposa del medico e quella del giudice, pur in presenza di diffuse trattazioni delle rispettive responsabilità. Anche fra i canonisti il confronto fra il giudice e il medico non sembra aver destato interesse: nulla ho spigolato nello *Speculum iudiciale* e nei repertori dell'opera di Giovanni d'Andrea e di Niccolò dei Tedeschi.

<sup>20</sup> È stata consultata l'ed. dell'*opera omnia*, Venetiis 1590, Lucantonio Giunta, V, *Super prima Digesti novi*, f. 161vb, § Si iudex. Bartolo non fa cenno alla posizione del medico nell'articolata *questio* sul giudice imperito, peraltro incentrata sulla possibilità di convenirlo al momento del giudizio di sindacato: ed. cit., X, *Consilia, quaestiones et tractatus*, q. 9, ff. 83vb-84va. Anche nel *Thesaurus dictionum et sententiarum Bartoli a Saxoferrato*, Francofurti, ex off. Ioannis Sauri, imp. Ionae Rhodii, 1610, raccolto da Petrus Cornelius Brederodius, l'unica menzione del paragone, f. nn. li<sup>r</sup> s.v. medicus, rinvia al passo delle Istituzioni pseudo-bartoliano (cfr. *supra* nota 14).

<sup>21</sup> Così nella sua *Lectura Institutionum*, consultata nell'ed. Venetiis, apud Iordanum Zilettum, 1580, f. 198va, n. 2 (Inst. 4.5).

<sup>22</sup> Rinaldo Corso (Corsi), *Indagationum iuris liber primus/secundus/tertius*, lib. I, cap. XXIII, p. 515, in *Novae Declarationes et variae lectiones resolutionesque iuris* (...) Vaconii a Vacuna, Antonii Goveani, Antonii Contii, Iacobi Raevardi, Rainaldi Corsi, Nicolai Belloni, Venetiis, ex Unitorum Societate, 1585.

(il giudicare) rispetto a quello volontario (il curare): la scelta iniziale di divenire giudice è libera e di conseguenza l'atto del giudicare non è propriamente necessario («necessitatem ... affectatam»: necessità viziata); allo stesso modo il medico, una volta che ha preso in cura il malato, deve per necessità proseguire. Il Corso ricorda inoltre che la norma imperiale relativa al giudice «litem suam faciens» si riferisce solo alle cause civili<sup>23</sup>, quindi non a procedimenti che prevedono la pena capitale. Qualora un giudice infligga per imperizia una condanna a morte, è punito con la stessa pena. Si può dunque concludere che la condizione di chi – medico o giurista – provoca la morte di un uomo è la medesima.

Imperitia medici culpe adnumeratur, veluti si medicus ideo servum tuum occiderit, quia male eum secuerit, aut perperam ei medicamentum dederit. Teneturque primo capite legis Aquilie § Preterea. Institutio de l. Aquil. Iudex vero qui per imprudentiam ius alicuius leserit, ex quasi maleficio obligatur, et quantum ea de re alteri iudici equum visum fuerit, poenam sustinet, Insti., de oblig. que ex quasi delic. nascun. in prin. Que nam diversitatis est ratio? Potest quippe iudex per imprudentiam aliquem morte multare. Et cur non instar medici ex maleficio obligabitur? Num lex claudicat, favetque magis iurisconsultis quam medicis, ubi eque delinquitur? Angelus in eo prin. reddidit rationem: quoniam iudex ex necessitate iudicat, faveturque magis exercenti actum necessarium quam voluntarium. l. si fideiussor, § qui satisda. cogan. sed cum iudici fuerit ab initio liberum non suscipere munus iudicandi, videtur hanc necessitatem, tamquam affectatam, illi minimo prodesse debere arg. l. 2. § penult. si quis cau. Aut certe eadem ratione videtur excusandus medicus, qui postquam egrotum curandum suscepit, ex necessitate prosequi tenetur (...) Cuius verba palam testantur Imperatorem sub eo titulo nullo modo voluisse capitales causas amplecti. Ait enim: “si iudex litem suam fecerit”. Litis vero appellatio nihil significat amplius quam actionem in rem, sive in personam l. litis de verb. sig. Porro si per imperitiam Iudex morte aliquem damnaverit, per titulum Quod quisque iuris, eadem poena plectetur. Et sic par erit medici, Iureconsultisque hominem occidentis conditio.

7. Circa un secolo dopo Oswald Hilliger (1583-1619), annotando le riflessioni di Ugo Donello (Doneau 1527-1591) sull'imprudenza del giudice, raccoglie e mette a confronto in una postilla quanto alcuni giuristi culti<sup>24</sup> – il già ricordato

<sup>23</sup> Sull'azione intesa in quest'ambito come civile, già Odofredo, *Praelectiones in Digestum novum*, Lugduni, Blasius Guido, 1552, (rist. anast. Bologna 1968), f. 114vb, Si iudex: «hoc verum est si agitur civiliter: si agitur criminaliter tenetur lege Iulia repetundarum (D. 48.11)».

<sup>24</sup> Ho consultato l'ed. dell'*opera omnia* del Donello in dodici volumi, Lucae 1762-1770, typis Ioannis Riccomini; la postilla si legge nel vol. IV (1764), col. 239, nota 8: «Quo facit quod medicus imperite secundo servum interimens actione l. Aquil. tenetur l. 7 in fin. d. § praeterea 6, Inst. ad l. Aqu.; Quod ipsum Hotoman. ad d. § praeterea, obiicit; ita tamen ut contrarium errorem contendat, nec medici imperitiam verum delictum efficere cum iudicis imprudentia id non efficiat. Sed ratio diversitatis a Vult. in pr. Inst. d. t. quia iudex nec corpore nec in corpus damnum dat, nec artis suae peritiam aequae profitetur cum saepe invitus iudicet. Et Rain. Cors. I. Indag. 24, d. pr. Inst. etc. loqui de solis pecuniariis causis; litis enim vox significat actionem civilem l. 37 de V. S. ubi si per imprudentiam iudex ius alicuius laeserit, quod non sit verum maleficium, apparere, ait, ex enumeratione specierum. Nec enim in corpus offendit. Verum autem delictum esse, si per imperitiam morte insontem damnaverit, ubi vult Corsus eadem poena plecti debere iudicem quod vix admittendum. Nec etiam medici poena supplicium est, si ex culpa sine dolo aegrotus periit: Hartm. Lib. 2. Obs. in Miscell. Obs. 19, Menoch. Cas. 581, vid. P. Heig. P. 2. Q. 26 n. 45 et seqq.». Oltre ai giuristi menzionati in questa postilla, non paiono essersi dedicati alla comparazione fra medico e giudice, ma solo alle rispettive responsabilità, anche altri culti esaminati, quali Ulrich Zasius (1461-1536), François Baudouin (1520-1573) sulle Istituzioni, Antoine Fabre (1557-1624) con la *Iurisprudentia Papinianea* e i *Rationalia in Pandectas*, e via dicendo; la questione non è accolta nemmeno nel *Lexicon iuridicum* di Iohannes Calvinus (Kahl; 1550-1614). Per Doneau e Hotman cfr. *supra* nota 6.

Rinaldo Corso, François Hotman, Hermann Vultejus, Hartmannus Hartmann, Giacomo Menochio, Peter Heig (Petrus Hegius) – avevano espresso separatamente, chi sulla responsabilità del medico, chi su quella giudice, così riassumendo con poche parole e molte *auctoritates* gli argomenti portanti a spiegazione della disciplina vantaggiosa per la colpa del giudice: il mancato danno al corpo e l'impossibilità di sottrarsi all'obbligo di giudicare.

Arnold Vinnius (1588-1657) nel suo commentario alle Istituzioni<sup>25</sup>, dopo aver ricordato il principio generale per cui ledere qualcuno per imprudenza o imperizia, sebbene colposamente, rientra nei delitti – come appunto avviene per il medico che, sbagliando cura o operazione per imperizia, soggiace alla legge Aquilia –, si interroga sulle ragioni dell'inquadramento nei quasi delitti riservato all'imperizia del giudice: l'imperizia del medico sottintende una temeraria dichiarazione di sapienza («*medicis periculosam imperitiam delicto subiicit temeraria professio scientiae*»), mentre il giudice non si dichiara esperto in diritto ma viene incaricato dall'autorità anche suo malgrado («*iudex autem non professione iurisprudentiae censetur, sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus*»); ne consegue che l'imperizia del giudice non è di per sé una colpa («*etenim imperitia per se culpa non est*»). Peraltro, ai nostri tempi – conclude – non vengono chiamati in giudizio né i medici per i loro errori né i giudici per una sentenza emessa con imperizia ma senza dolo; senza contare che per la sentenza ingiusta esiste il rimedio dell'appello.

8. Riassumendo, per spiegare la benevolenza legislativa verso il giudice rispetto al medico gli argomenti addotti dai giuristi sono vari<sup>26</sup>. Inizialmente sono incentrati sui danni fisici: la maggior gravità del danno inferto al corpo con il corpo, secondo il ragionamento di Giovanni Bassiano, e l'atto di operare considerato di per sé un atto lesivo, a giudizio di Azzone; ambedue le spiegazioni sono riprese e sviluppate nell'addizione anonima (dell'allievo di Iacopo Balduini?), mentre Accursio si limita a constatare il dettato normativo. Con

<sup>25</sup> Ho consultato l'ed. Venetiis 1747, ex typographia Balleoniana, annotata dall'Eineccio, vol. II, p. 851 (Inst. 4.5): «Dices et per imprudentiam sive imperitiam aliquem laedere verum esse delictum; quippe cum sit culpa: ideo enim medicum male per imperitiam secantem aut curantem ex vero delicto obligari (...). Cur igitur non item dicimus, iudicem perperam per imprudentiam iudicantem ex vero delicto obstringi, sed tantum ex quasi delicto? Nimirum quia medicis periculosam imperitiam delicto subiicit temeraria professio scientiae; iudex autem non professione iurisprudentiae censetur sed publica auctoritate constituitur, etiam invitus. Etenim imperitia per se culpa non est: sed in eo, qui peritiam alicuius rei profitetur, in ea re culpae adscribitur (...). Denique casus hic separatus est a lege Aquilia (...). Moribus huius aevi neque errata medicorum in iudicium vocari solent (...), neque iudex ex sententia sine dolo malo tantum per imperitiam prolata tenetur; sed iniquitati sententiae occurrendum est remedio appellationis». Il passo è riportato integralmente da Giuliani, Picardi, *La responsabilità del giudice* cit., p. 59 nota 31, cui si rinvia; a p. 17 il pensiero di Vinnio è ritenuto paradigmatico dell'«orientamento favorevole alla responsabilità disciplinare [cioè non professionale] del giudice».

<sup>26</sup> Molti degli argomenti utilizzati per il confronto sul quale è incentrata la nostra questione circolavano anche nelle trattazioni riservate alla responsabilità separatamente considerata dei giudici e in minor misura dei medici e di altre figure professionali, quali gli avvocati, come nei casi ricordati *supra* note 13 e 16.

Pierre de Belleperche (e/o Raoul d'Harcourt) l'attenzione si sposta sulla competenza professionale: viene rimarcato come il medico (e l'avvocato) possano scegliere se assumere o meno l'incarico, con ciò implicitamente assicurando la propria perizia, al contrario del giudice, obbligato ad accettarlo; questo ragionamento è ripreso da Jean Faure; da esso dipendono anche Bartolo, Angelo Gambiglioni e il Vinnio; quest'ultimo ricorda la possibilità dell'appello. Fuori dal coro, Rinaldo Corso, opponendosi al favore accordato al giudice imperito, sostiene che è una carriera intrapresa volontariamente – e dunque non vale l'argomento della costrizione ad accettare l'incarico – e che l'imperizia che provoca la morte di un uomo deve essere punita allo stesso modo.

Per quale ragione, tutto sommato, pochi giuristi si sono soffermati su questa diversità di trattamento a scapito dei medici? i giudici erano ineccepibili e quindi meritevoli di maggior tutela e indulgenza? si ambiva ad un bilanciamento dei poteri *ante litteram*? No, certamente. La spiegazione va piuttosto ricercata negli oliati meccanismi di protezione e di controllo che la società medievale aveva elaborato<sup>27</sup> – giudizio di sindacato, mobilità estrema del corpo giudicante, responsabilità del magistrato anche per l'operato dei collaboratori – tali da diminuire i rischi e da consentire una rivalsa immediata della collettività.

<sup>27</sup> Si tratta di aspetti che generalmente i diritti locali affrontavano in modo molto dettagliato, il che può contribuire a spiegare il segnalato disinteresse della dottrina. Sull'amministrazione della giustizia per il periodo che ci interessa si veda l'ormai classico M. Ascheri, *Tribunali, giuristi e istituzioni dal medioevo all'età moderna*, Bologna 1989, ed. riv. 1995.