

**Il più antico “processo” longobardo:
per una rilettura**

di Luca Loschiavo

Reti Medievali Rivista, 22, 2 (2021)

<<http://www.retimedievali.it>>



Firenze University Press

Il più antico “processo” longobardo: per una rilettura

di Luca Loschiavo

Tra gli storici giuristi è ancora assai diffusa l'idea di una tradizione giuridica unitaria (ancestrale) condivisa tra i vari popoli germanici (il diritto germanico) nel momento in cui si affacciavano alle frontiere dell'Impero romano. Anche i Longobardi sarebbero entrati in Italia seguendo tale diritto che avrebbe avuto caratteri nettamente contrastanti con quelli propri del diritto romano. Tra gli aspetti più caratteristici vi sarebbe stato il modo di risolvere le liti. Ancora l'Editto di Rotari rifletterebbe un procedimento modellato per conseguire principalmente l'obiettivo di evitare le faide tra clan e poco o nulla indirizzato all'accertamento dei fatti e all'attribuzione delle responsabilità che era invece tipico delle procedure romane. Il momento probatorio, in particolare, sarebbe stato incentrato su procedure di tipo ordalico che lasciavano al giudice un ruolo ben limitato nella decisione della controversia. La non corrispondenza di tale modello con le (peraltro esigue) risultanze della prassi ha perciò indotto taluno a ritenere scarsamente attendibile la legislazione rotariana ai fini di una veridica ricostruzione dell'amministrazione della giustizia nel regno. Il presente saggio propone una rilettura delle norme del primo editto longobardo dalla quale emerge un quadro differente in cui lo spazio per un reale accertamento dei fatti da parte del giudice era tutt'altro che insignificante anche nel più antico processo longobardo e il modello procedurale adottato nell'Italia Longobarda non si allontanava troppo da quello tipico della giustizia tardo-romana come veniva applicata in contesti provinciali.

The idea that the Germanic peoples shared a common, ancestral, unitary and coherent legal tradition (the so-called Germanic law) at the time when they appeared on the frontiers of the Roman Empire is still widely spread among legal historians. It is generally thought that the Lombards also entered Italy using such a similar customary law, which was in stark contrast to Roman law. One of the most characteristic aspects would have been the way of settling disputes. Thus, the Edict of Rothari (643) would reflect a judicial procedure modelled to achieve mainly the purpose of avoiding feuds between clans and little or nothing addressed to the ascertainment of facts and the attribution of responsibilities, which was instead typical of Roman trials. The evidentiary phase, in particular, would have focused on ordalic procedures that left the judge with a very limited role in deciding the dispute. The lack of correspondence of this model with the (in fact meagre) evidence of practice has therefore led some to consider the Rotarian legislation scarcely reliable for a true reconstruction of the administration of justice in the kingdom. This essay proposes a rereading of the norms of the first Lombard edict, from which a different picture emerges: the space for a real ascertainment of the facts by the judge was far from insignificant and the procedural model adopted in Lombard Italy did not stray too far from that typical of late Roman justice in provincial contexts.

Medioevo; secoli VII-VIII; processo longobardo; duello giudiziale; prova per giuramento; prova evidente; testimonianze; ruolo del giudice.

Middle Ages; 7th-8th centuries; Lombard trial; judicial duel; evidence by oath; real evidence; testimony; role of the judge.

1. Un “nodo” storiografico

Se si scorrono i più recenti manuali di Storia del diritto (almeno quelli che ancora dedicano qualche pagina al primo medioevo), ci si accorge di come si continui per lo più a presentare questo periodo storico come quello in cui, sui territori del vecchio Impero romano d'Occidente, vennero a contatto e si confrontarono – come due blocchi compatti e antitetici – la “realtà” del diritto romano e la “realtà” – una realtà altrettanto unitaria e caratterizzata – del diritto germanico¹. Mentre, da tempo, gli storici che si occupano delle dinamiche politiche, sociali, economiche hanno superato questa lettura in termini duali, di contrapposizione netta fra *romanitas* e *germanitas* (e preferiscono piuttosto sottolineare il pluralismo etnico e culturale dei Germani e l'idea di società in reciproca “trasformazione”), gli storici giuristi appaiono ancora sostanzialmente ancorati a letture (o “narrazioni”) ereditate dal passato.

Probabilmente, questo ritardo – o forse ritrosia – degli storici-giuristi nell'abbandonare la vecchia impostazione dello “scontro di civiltà”, si deve al fatto che la stessa moderna disciplina della storia del diritto è nata, in fondo, sul presupposto di questa contrapposizione. Nell'Ottocento, Savigny e i suoi sodali (giuristi ma non solo) si ponevano quale priorità quella di ricostruire le *Deutsche Rechtsaltertümer*, cioè il genuino patrimonio giuridico sul quale l'allora nascente, “nazione” tedesca avrebbe potuto edificare le proprie istituzioni². Quegli studiosi erano convinti che, prima di entrare in contatto con il mondo romano, i Germani fossero accomunati da un comune e ancestrale diritto – un *urgermanisches Gemeinrecht*, proprio cioè dell'intero popolo dei Germani – da cui sarebbero successivamente derivati i vari diritti tribali (*Stammesrechte*)³. Anche gli storici del diritto italiani abbracciarono questa

¹ Così è, per fare qualche esempio, nel sempre citato libro di Grossi, *L'ordine giuridico* (si vedano qui pp. 27, 56 e 67) e nei diffusi manuali di Caravale, *Ordinamenti giuridici* (pp. 15-25), Padoa Schioppa, *Storia del diritto* (pp. 38-42) e Alvazzi del Frate, *Tempi del diritto* (pp. 6-11). Un approccio differente era stato invece proposto da Cortese, *Il diritto nella storia* (pp. 50-98 e 125-172).

² Savigny è certo noto per aver promosso un profondo rinnovamento degli studi romanistici. Non va tuttavia dimenticato come la ricerca sulle fonti del diritto romano fosse parte di un disegno culturale ben più ampio, volto a far emergere le “radici” culturali, diverse ma altrettanto profonde, del nuovo “stato” germanico all'epoca in via di consolidamento. Dal suo insegnamento, infatti, nacquero sia la scuola dei “romanisti” sia quella dei “germanisti”. A conferma del fatto che, nella storia, questi ultimi andassero a cercare i fondamenti del loro presente, può valere anche l'aggettivo scelto da Jacob Grimm (*deutsche* e non *germanische*) per il titolo del suo capolavoro del 1821 (*Deutsche Rechtsaltertümer*). Quanto questo atteggiamento abbia poi pesato nell'interpretazione del passato appare, per esempio, dal confronto fra le storiografie francese e tedesca tra Otto e Novecento, come illustrato da Moeglin, *Le «droit de vengeance»*. Si vedano però anche le lucide considerazioni di Gaudian, *Gemeindeutsches Recht im Mittelalter?*, pp. 33-42 e Conte, *Droit médiéval*, pp. 1593-1613.

³ Wilhelm Eduard Wilda, introducendo il suo *Das Strafrecht der Germanen* (1842), scriveva per esempio (p. 2) che «il diritto penale dei Germani non va costretto entro limiti definiti né nello spazio né nel tempo. Non si tratta qui di esporre il diritto di uno stato e di un paese, ma quello di un popolo». La più organica esposizione del “sistema” giuridico degli antichi Germani secondo la ricostruzione della storiografia tedesca dell'Ottocento e del primo Novecento è quella

convinzione. Per loro, però, il problema era piuttosto quello di riconoscere e soppesare uno dei “fattori” costitutivi del diritto nazionale italiano. Quasi fossero dei chimici – ma era l’epoca del positivismo – essi ritenevano infatti che il moderno diritto italiano fosse il prodotto della commistione di tre distinti elementi o “fattori storici”: il romanesimo, il cristianesimo e, appunto, il germanesimo⁴.

Questo accadeva tra Otto e Novecento ed è cosa nota. Eppure, come si diceva, tra coloro che insegnano la storia del diritto sembra essere ancora ben presente l’idea di un originario *Volksrecht*, fattore identitario dei popoli germanici. Non solo. Come nell’Ottocento, si continua anche a credere che proprio il diritto longobardo – e più in particolare l’Editto di Rotari – in quanto meno “contaminato” da influenze romanistiche (che sono invece evidenti, per esempio, nelle legislazioni di Goti e Burgundi) – sia tra quelli che meglio riflettono i principi e gli istituti giuridici della più genuina tradizione germanica.

Altrettanto diffusa, inoltre, era – e lo è tutt’ora – la convinzione secondo cui queste *antiquitates* germaniche possano più facilmente riconoscersi, oltre che in alcuni ambiti del diritto privato (la famiglia, le successioni, la condizione giuridica della donna...)⁵, soprattutto nel diritto penale (il caratteristico sistema delle *compositiones* o “pene tariffate”) e nei sistemi di risoluzione delle controversie. Anzi, sin dall’Ottocento, proprio le modalità di risoluzione delle liti – con qualche forzatura, noi diremmo il “diritto processuale” – sono parse riflettere con maggiore immediatezza la distanza *sub specie iuris* fra “romanesimo” e “germanesimo”⁶. È particolarmente indicativa, a questo proposito, la prolusione letta all’università di Parma nel 1901 da un grande giurista italiano quale certamente fu Giuseppe Chiovenda. La prolusione s’intitolava appunto *Romanesimo e germanesimo nel processo civile* e non v’è dubbio che Chiovenda pensasse in quel frangente al processo a lui contemporaneo⁷.

tracciata da Heinrich Brunner nei due volumi della sua *Deutsche Rechtsgeschichte*. Differente, ma destinato ad aver ben poco seguito, il tentativo operato da Davoud-Oghlou (*Histoire de la législation*, II) di analizzare distintamente i sistemi giuridici e anche i modelli processuali utilizzati dalle differenti genti barbariche.

⁴ La critica a tale concezione fu già chiaramente esposta, sulla scorta delle teorie di Croce, da Calasso, *Introduzione*, pp. 216-217 e *Medioevo del diritto*, pp. 30-32 e 353-354. Per un’acuta contestualizzazione del significato di quel dibattito storiografico, si veda ora Conte, *Diritto comune*, pp. 13-42 (particolarmente le pp. 27-29).

⁵ Si veda per tutti Schupfer, *Il diritto privato*.

⁶ È sufficiente considerare l’impianto sul quale Moritz August Bethmann-Hollweg costruì la sua opera monumentale (*Der Civilprozeß*, I-VI, qui in particolare IV, pp. 23-70 e 363-393), nell’intento di mettere in luce come l’elemento germanico avesse, lungo i secoli, modificato i modelli processuali romani. In maniera tutto sommato analoga trattava l’argomento anche Salvioli, *Storia*, pp. 30-46 e 213-394. Per una considerazione d’insieme della storiografia storico-giuridica relativamente a questi temi, si rinvia a Loschiavo, *La risoluzione dei conflitti*.

⁷ Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo*. Val la pena di ripetere l’incipit del saggio: «Il nostro Codice di procedura civile è il prodotto di una lunga storia, che per larghissima parte si riassume in quella dei rapporti tra il romanesimo e il germanesimo nel campo del processo civile...». Analoga chiave interpretativa lo stesso Chiovenda riproporrà, trent’anni dopo, in *Sulla influenza*. Assai più circospetto, alla metà del secolo, e consapevole del ruolo giocato nella rico-

Verrebbe insomma da dire che, trascorso oltre un secolo, si continui sostanzialmente a far uso della medesima chiave interpretativa.

2. La tradizionale ricostruzione del più antico “processo” germanico

Fra XIX e XX secolo, lo studio del “processo longobardo” fu quindi inserito nel più generale sforzo di ricostruzione degli antichi modelli processuali ritenuti comuni all'intero mondo germanico. Punto di partenza fu, naturalmente, il solito Tacito. Nelle società che descrive nel suo pionieristico trattato etnografico, erano soprattutto esaltate le virtù dell'onore e del coraggio, mentre un ruolo assolutamente preminente era riservato alla solidarietà familiare. La modalità primaria con cui i Germani (e quindi – se ne deduceva senz'altro – anche i Longobardi) avrebbero regolato le loro liti non poteva che essere quella della vendetta del clan (la *faida* o *inimicitia*). Come però lascia intendere lo stesso Tacito, oltre la vendetta del gruppo, i Germani dovevano nondimeno ammettere la via alternativa dalla compensazione economica (*Buße*)⁸. Grazie agli apporti della storia culturale, dell'antropologia e della sociologia giuridica, oggi sappiamo come il sistema dialettico secondo cui da una parte si minaccia la reazione violenta del gruppo e dall'altra parte si offre una compensazione, sia in realtà tipico in genere di molte società (le si voglia o meno definire “primitive”), e nessuno sarebbe più disposto a riconoscere in tale sistema un “marcatore etnico”⁹.

Per altro verso – e questo interessa maggiormente – era chiaro anche a quegli studiosi come l'apertura della dialettica transattiva *faida* (minacciata) / compensazione (proposta) potesse anche non condurre a una rapida riconciliazione tra i clan. E se a un accordo non si giungeva, ecco che la *faida* (una *faida* potenzialmente senza confini) tornava a farsi incombente. Si riteneva perciò che, già nei tempi antichi, contro un simile pericolo gli antichi Germani dovessero aver apprestato un sistema alternativo di risoluzione delle liti, vale a dire un procedimento ritualizzato – o, se si preferisce, un “processo” – appunto finalizzato a impedire che la controversia sfociasse in uno scontro violento e socialmente pericoloso. Ecco allora che, utilizzando fonti disparate (da Tacito, alle saghe nordiche, al tardo *Sachsenspiegel*: va infatti sottoline-

struzione storica dalle «finalità pratiche di politica legislativa», si mostrava il non meno insigne processualista Enrico Tullio Liebman, *Qualche osservazione*, p. 312 [246].

⁸ Tacito, *Germ.* (ed. Ötnerfors), I.21.1: «Suscipere tam inimicitias seu patris seu propinqui quam amicitias necesse est; nec implacabiles durant: luitur enim etiam homicidium certo armentorum ac pecorum numero recipitque satisfactionem universa domus, utiliter in publicum, quia periculosiores sunt inimicitiae iuxta libertatem».

⁹ Un quadro sufficientemente ampio del ricco dibattito storiografico sul tema, che ha interessato storici, filosofi, giuristi, antropologi e sociologi, si può ricavare leggendo una serie di preziosi volumi collettanei, a cominciare da quello pionieristico curato da Poly e Verdier, *La vengeance* (1984) per poi passare al più recente *La vengeance* (2006), e alle suggestive antologie (comprendenti di scritti di studiosi delle precedenti generazioni) *La giustizia vendicataria* (2015) e *Vindicta* (2019). Utile anche Modzelewski, *L'Europa dei barbari*, pp. 121-161.

ato come le *leges barbarorum* accennino alle procedure giudiziarie solo in maniera sporadica¹⁰), gli studiosi dell'Ottocento si sforzarono di ricostruire i caratteri del “più antico processo germanico”¹¹.

Si partiva dunque dal presupposto che tale “processo” avrebbe avuto quale obiettivo primario quello di impedire lo scoppio della faida¹². Esso si sarebbe perciò caratterizzato per una serie di tratti distintivi: il procedimento sarebbe stato pubblico, orale e dominato dal formalismo; l'attività delle parti avrebbe prevalso su quella del giudicante (si parla di natura «dispositiva» o «negoziale» del procedimento); la fase probatoria avrebbe avuto caratteristiche assai peculiari (e certamente molto lontane da quelle tipiche del processo di tradizione romano-canonica); ogni controversia, finalmente, qualunque ne fosse l'oggetto, sarebbe stata impostata sul piano soggettivo dell'offesa personale.

Proprio quest'ultimo carattere faceva sì che ogni procedimento apparisse con i connotati che noi oggi diremmo propri del giudizio penale¹³. Chi, in altre parole, si fosse ritenuto leso per il verificarsi di un evento dannoso o delittuoso, avrebbe sollevato un'accusa in forma solenne nei confronti di colui che riteneva esser causa di quell'evento (le norme edittali usano a questo scopo il verbo *pulsare*). L'accusato/convenuto (*reus*) era posto a questo punto di fronte a un'alternativa secca. Poteva anzitutto ammettere il fatto che gli veniva contestato e offrire una somma a titolo risarcitorio, la *compositio*. In questo caso, però, la lite sarebbe terminata senza che il processo nemmeno si aprisse¹⁴. Oppure il *reus* poteva negare formalmente quello che gli veniva imputato. In sostanza, egli “impegnava” la propria parola affermando l'estraneità (sua e dei membri del suo clan) ai fatti contestati. Al contempo, sollevava l'esigenza di “purgarsi” e cioè purificarsi dall'accusa che era stata lanciata contro di lui e che macchiava la sua onorabilità (pretendeva, in altri termini, di *se eduniarre*). Verificandosi questa seconda eventualità, poteva tuttavia accadere che chi aveva mosso l'accusa non si ritenesse soddisfatto della risposta ricevuta e non

¹⁰ Si veda Scovazzi, *Le origini* (1957) nonché *Processo e procedura* (1958) e *Il diritto islandese*. Si veda anche Ostermann, *Blutrache und Fehde*.

¹¹ Il problema fu impostato in questi termini già da Karl August Rogge nel suo volume *Über das Gerichtswesen der Germanen* (1820).

¹² Se ne trova conferma, per esempio, nel cap. 74 di Rotari in cui il sovrano spiega di essersi deciso a imporre *compositiones* più elevate rispetto al passato «ut faida, quod est inimicitia, post accepta suprascripta compositione postponatur et amplius non requiratur, nec dolus teneatur, sed sit tibi causa finita amicitia manentem», o nel cap. 143 (*infra*, nota 79) dello stesso Editto, quando si punisce colui che abbia esercitato la vendetta pur dopo aver accettato la *compositio*.

¹³ «Non v'è diversità di azioni civili o penali, personali o reali: è torto l'omicidio come il ferimento, la rapina come il furto, lo stupro come l'adulterio, l'impossessamento di una terra altrui come l'inadempimento d'un debito pecuniario»; così Astuti, *Spirito del diritto*, p. 91.

¹⁴ L'ipotesi prospettata nel cap. 364 dell'Editto di Rotari («Si autem manifestaverit se fecissit, componat secundum quod in hoc edictum legitur») rappresenta una fase già più avanzata: l'esistenza della norma edittale consente, infatti, di evitare che la determinazione della *compositio* divenga oggetto di trattativa fra le parti. Anche in tal caso, tuttavia, «l'ammissione del proprio torto assume rilievo processuale (...) soltanto nel momento in cui viene ritrattata, altrimenti l'editto considera naturale che dia adito alla normale [i.e. extragiudiziale] composizione della lite», come giustamente sottolinea Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 61-66, qui 61.

ritirasse la propria accusa. Si veniva allora a creare una situazione di stallo: si contrapponevano, infatti, due affermazioni che, contrarie nel tenore, avevano tuttavia identico valore formale.

Ora, nell'assenza di un forte potere pubblico, solo l'accordo fra le parti avrebbe aperto la via alla soluzione giudiziale con il ricorso all'opera di una terza persona. Come prima cosa, pertanto, il giudice – ma sarebbe meglio dire colui cui si riconosceva la titolarità del potere (qualunque fosse la base su cui tale potere poggiava) – doveva verificare la disponibilità delle parti che aveva d'innanzi a rinunciare (quanto meno *pro tempore*) a ogni ricorso alla violenza. Accertava quindi anzitutto che gli stessi litiganti accogliessero l'idea di presentarsi volontariamente al giudizio (l'eventuale assenza – o contumacia – di una delle parti avrebbe ovviamente vanificato ogni tentativo di risolvere pacificamente la lite). Si assicurava poi che i litiganti fossero disposti ad attendere l'esito del giudizio stesso e a dare esecuzione a quest'ultimo, qualunque ne fosse stato il contenuto. È naturale pensare che alle parti si richiedessero garanzie in proposito (*dare wadia*)¹⁵.

Per altro verso, la stessa mancanza di un forte potere pubblico che imponesse ai litiganti di astenersi da un qualunque ricorso alle vie di fatto o ad altre forme extragiudiziali di risoluzione della lite, impediva anche di rimettere semplicemente la decisione della controversia alla libera valutazione di un giudice “terzo”. Infatti, agli occhi dei contendenti, il giudice – e cioè colui che si proponeva per la soluzione della lite – non appariva titolare di un'autorità qualitativamente superiore. E nemmeno si riconosceva in quel giudice il portatore di un interesse superiore e totalmente autonomo rispetto alle parti. Gli studiosi hanno potuto qui nuovamente rinviare a un eloquente passo di Tacito, secondo il quale tra i Germani «nessuno [aveva] il potere di condannare a morte o di tener legato o far fustigare qualcuno»¹⁶. La preminenza di un tale personaggio chiamato a far da “risolutore” era di tipo sociale (o politico): era semplicemente il capo del clan più forte. Ne conseguiva che, qualora avesse deciso sulla base di una sua personale valutazione di ritenere vera e quindi far prevalere una delle due affermazioni contrapposte, il giudicante avrebbe inevitabilmente negato la veridicità dell'affermazione fatta dall'altra parte.

¹⁵ Le origini processuali della caratteristica *wadia* longobarda – che però la storiografia precedente ha preteso inopportuno di inserire nel quadro generale delle antiche e comuni tradizioni giuridiche dei Germani – furono dimostrate da Cassandro, *La tutela dei diritti*, pp. 63-153 (qui, soprattutto, pp. 79-81). Dal canto suo, Cortese, *Il diritto*, pp. 121 e 162-166, ha sottolineato la vicinanza funzionale (oltre che etimologica) tra la *wadia* longobarda e il *vadimonium* romano.

¹⁶ *Germ.* I.7: «ceterum neque animadvertere neque vincire, ne verberare quidem nisi sacerdotibus permissum, nec quasi in poenam nec ducis iussu, sed velut deo imperante, quem adesse bellantibus credunt». Ritengo che la miglior traduzione del verbo *vincire* possa essere quella di “legare” o “incatenare”. Poco oltre, però, lo stesso Tacito (*Germ.*, I.12) allude alla possibilità che le assemblee degli armati potessero anche infliggere condanne capitali. Sulle funzioni giudiziarie dell'assemblea, si può qui rinviare a Lupoi, *Alle radici*, pp. 255-277. Si veda inoltre, con differenti vedute, Modzelewski, *L'Europa*, pp. 285-288. Un rapido confronto degli ordinamenti penalistici longobardo e visigoto è tracciato da Delogu, *L'Editto di Rotari*, pp. 150-154.

Avrebbe cioè messo in dubbio la bontà della parola di uno dei due litiganti, recandogli a sua volta offesa. Molto facilmente il soccombente avrebbe perciò finito con l'iscrivere fra i suoi nemici anche il “giudice”, trascinando così anche quello nella faida.

Poiché, dunque, tra gli antichi Germani non si ammetteva che la decisione potesse discendere da una soggettiva valutazione del giudicante, questa doveva piuttosto farsi dipendere dal verificarsi di un evento che potesse apparire oggettivo, a tutti evidente e non opinabile. Al giudice spettava allora di porre in essere le condizioni che avrebbero provocato un simile evento. Doveva perciò presenziare a una prova il cui esito avrebbe appunto realizzato quell'evento (una prova nel senso latino di *experimentum*). Il compito del giudice si esauriva in sostanza nel fissare in anticipo le conseguenze che sarebbero derivate dall'esito, positivo o negativo, della prova stessa (*Beweisurteil*) e nel controllare che lo svolgimento della prova avvenisse in maniera regolare¹⁷.

Secondo questa tradizionale ricostruzione, il vero centro del processo germanico andrebbe allora riconosciuto nella “prova”. E proprio la fase probatoria è l'aspetto senz'altro più originale dell'intera costruzione. Per quello che si è detto, sarebbe stato infatti impossibile avvalersi dei normali (almeno per noi) strumenti euristici. Le cosiddette prove razionali come le testimonianze e i documenti – in quanto mirano a far emergere in maniera razionale la verità dei fatti perché si possano poi ripartire il torto e la ragione – sono infatti rivolte all'intelligenza di un giudice e devono essere da questo liberamente apprezzate. La “prova” germanica, invece, sarebbe stata diretta non al giudice, ma alla controparte: era quest'ultima, infatti, a dover essere “soddisfatta” (e proprio *satisfacere* è il verbo spesso utilizzato nelle fonti). Ciò che soprattutto doveva importare era che la prova indicasse in maniera chiara e incontrovertibile un vincitore e uno sconfitto, in modo da non lasciare adito a dubbi¹⁸. A tali dubbi, infatti, il soccombente avrebbe potuto attaccarsi per contestare il giudizio e riaprire così “legittimamente” la via della faida.

Un simile risultato si poteva raggiungere anzitutto rimettendo la decisione nelle mani della divinità. Si trattava, allora, di porre in essere procedimenti che “provassero” e cioè “rendessero evidente” il tenore della volontà divina. La maggiore o minore efficacia “probatoria” – e cioè decisoria – del singolo strumento o mezzo di prova risiedeva nella capacità che ad esso attribuiva il comune sentire di far emergere – appunto in maniera “indiscutibile” – il pronunciamento della divinità sulla questione. Di qui sarebbe discesa la predilezione degli antichi Germani per strumenti probatori di natura formale e con

¹⁷ Si veda *infra*, nota 29.

¹⁸ Si tratta – se è consentito l'esempio – della medesima logica che sta dietro al noto “lancio della monetina” al quale, sino a non molti anni fa, si ricorreva quando un incontro di calcio terminava in pareggio e, però, era necessario che una delle due squadre risultasse vincitrice.

fondamento sacrale: e dunque il *Gottesurteil* – l'ordalia – nelle sue molteplici forme, unilaterali o bilaterali, fisiche o morali¹⁹.

3. Osservando i Longobardi

Questa, in estrema sintesi, la ricostruzione generale del più antico processo germanico cui giunse la storiografia, grosso modo un secolo fa, e che è tuttora prevalente anche quando si discute del procedimento in uso presso i Longobardi²⁰. Ricapitolando: essa ha il suo perno nella convinzione che, pur di raggiungere l'obiettivo di evitare la faida, i Germani prescindessero da una valutazione razionale dei fatti (in lingua tedesca si usa in proposito l'espressione *Beweislosigkeit*) e riservassero un ruolo alquanto limitato all'autorità giudicante.

Si tratta di una ricostruzione logica e coerente. E, però, non tutto ciò che è logico e coerente è per ciò stesso anche vero²¹. Se, in particolare, dall'indistinto mondo dei Germani passiamo a considerare quello più circoscritto dei Longobardi, ci si accorge presto che «i conti non tornano». Nel 1986, in un saggio inserito in un volume collettaneo destinato ad avere grande successo e a segnare una svolta storiografica significativa, l'ancor giovane Chris Wickham definiva «un'invenzione» questa ricostruzione della *Rechtsschule* ottocentesca e pura fantasia l'idea che tale procedura «coprisse ogni eventualità e fosse universalmente seguita anche «in Lombard Italy», concludendo che «things did not and could not work like that»²².

Va tuttavia sottolineato come lo stesso Wickham – condizionato in questo dalla lettura che gli storici giuristi prima di lui avevano dato delle norme rotariane²³ – dava per scontato che l'Editto longobardo effettivamente presupponesse un processo esclusivamente fondato sulle prove «irrazionali». Lo studioso inglese, notando come legislazione e prassi nell'Italia longobarda descrivessero due realtà distanti e incompatibili (che si sarebbero parzialmente avvicinate solo a partire da Liutprando), decise, allora, di concentrare la sua

¹⁹ Oltre al classico studio di Patetta, *Le ordalie* (1890), si vedano Gaudemet, *Les ordalies e*, soprattutto, Bartlett, *Trial by Fire and Water*.

²⁰ Limitandosi ai lavori più recenti, si deve quantomeno rinviare a Astuti, *Spirito del diritto*, pp. 81-104 (qui in particolare pp. 86-87); Sinatti d'Amico, *Le prove*; Bruyning, *Il processo longobardo* (il saggio tratta però principalmente del procedimento di età franca); Cortese, *Il processo*; Padoa Schioppa, *Aspetti*; Indelli, *La giustizia*, pp. 148-165.

²¹ In effetti, critiche a questa ricostruzione furono mosse per tempo da studiosi come Edwin Mayer-Homberg, *Beweis und Wahrscheinlichkeit* (1921) e Julius Goebel, *Felony and Misdemeanor* (1937). Benché fondata su argomenti solidi, la critica di questi studiosi non riuscì tuttavia scalfare la tesi dominante; si veda Loschiavo, *La risoluzione*, p. 96.

²² Wickham, *Land disputes*, in particolare a pp. 112-113: «even in Italy, the invention by modern scholars of a coherent legal system and set of procedures that covered every eventuality and was universally followed is fantasy».

²³ Wickham, *Land disputes*, p. 113 nota 12, rinvia in particolare agli studi di Giuseppe Salvioli e Franca Sinatti d'Amico.

attenzione sui documenti della prassi (la *law in action*) e di non più considerare l’Editto del 643 (e certo colpisce la circostanza che nessuna norma di Rotari appaia analizzata o anche solo citata in quel saggio).

Molti anni sono trascorsi da quel saggio coraggioso e innovativo e vari altri studi hanno seguito quell’approccio nell’intendere i sistemi di giustizia dei Longobardi, attribuendo molta più attenzione che non in passato alle testimonianze della prassi. E anche questi più recenti lavori non hanno mancato di sottolineare la lontananza dei giudizi realmente celebrati dalla (supposta) impostazione originaria del procedimento germanico come pure dalla prima normativa edittoale²⁴. E però, io credo, chi volesse invece leggere le norme comprese nell’Editto di Rotari essendosi liberato dalla pesante impalcatura ottocentesca (rinunciando cioè sia all’idea della sostanziale unità delle concezioni giuridiche diffuse presso le varie tribù germaniche sia alla ricostruzione di un modello di risoluzione delle liti aprioristicamente inconciliabile con quelle ritenute proprie della tradizione romana), potrebbe nondimeno ricavarne un quadro più mosso e articolato e non così lontano dalla pratica, come invece lo si è inteso.

Deve anzitutto notarsi come l’Editto non faccia alcuna menzione delle prove ordaliche che, come il “calderone” o il *ferrum candens*, sono così caratteristiche dei popoli insediati più a nord (Franchi, Burgundi, Alamanni, Sassoni...). L’Editto di Rotari ricorda unicamente duelli e giuramenti²⁵. In entrambi – è vero – si potrebbe riconoscere un contenuto ordalico. Nel caso del duello (la *pugna*), che è *experimentum* bilaterale e fisico, si può pensare che a vincere non sia necessariamente il più forte, ma quello il cui braccio è guidato dalla divinità²⁶. Per il giuramento, che è *experimentum* unilaterale e di natura morale, si tratta invece di credere che il falso giuratore incorrerà, presto o tardi (ma inevitabilmente), nell’ira divina²⁷.

Vi è anche chi, tuttavia, con argomenti non trascurabili, ha preferito invece sottolineare la natura fortemente competitiva, agonistica delle due “prove” ricordate da Rotari, quasi si trattasse di far svolgere ai due contendenti una gara sportiva (individuale o di squadra): il vincitore della gara – cioè chi ri-

²⁴ Si veda *infra* nel testo e la letteratura indicata alla nota 77.

²⁵ Astuti, *Spirito del diritto*, p. 89. L’unica menzione della prova del calderone è nel cap. 50 di Liutprando («manum in caldaria mittere») dove però – ed è cosa che non deve sfuggire – la si prevede nei confronti di un servo; si veda Drew, *Notes*, p. 9.

²⁶ Si veda Fiorelli, *Duello*, p. 90 e Scovazzi, *Processo*, p. 147. Come nota Cortese, *Il processo*, p. 631 [1149], l’unico caso in cui Rotari sembra presupporre interventi divini nel duello è quello prospettato nel cap. 198. Lo svolgimento di un duello giudiziale in età rotariana è ricordato in una pagina di Paolo Diacono in *Historia Langobardorum*, IV.47: la regina Gundiperga (moglie di Arialdo e poi di Rotari), accusata di adulterio (l’ambito è dunque appunto quello del ricordato cap. 198), si sarebbe purgata dell’accusa attraverso il suo campione – il servo Carello – capace di sconfiggere il suo accusatore nel *singulare certamen* alla presenza del re e del popolo riunito. La notizia non è tuttavia altrimenti verificabile.

²⁷ Patetta, *Le ordalie*, p. 236; Salvioli, *Storia*, pp. 252-268, Scovazzi, *Processo*, pp. 169-172.

usciva a superare la prova – sarebbe stato, *ipso facto*, anche il vincitore della lite²⁸.

In ogni caso – si voglia far maggiormente dipendere la decisione della lite dalla manifestazione del divino o piuttosto dall'esito della competizione (quale surrogato formalizzato della faida) – sarebbe confermato un sostanziale disinteresse per la ricerca della verità e, con esso, il ruolo tutto sommato assai marginale del giudice. In pratica, una volta convocate le parti e richiesta una garanzia (*wadia*) circa la presenza delle stesse (e in particolare del *reus*/convenuto) nel giorno e nel luogo stabiliti, l'autorità che presiede il giudizio si limiterebbe ad assegnare la prova (scegliendo tra il duello e il giuramento) nei casi in cui non fosse la legge a indicarla, a controllare che la stessa venga effettuata correttamente (senza l'uso di amuleti o altri sotterfugi)²⁹ e, finalmente, a dichiararne l'esito. Effettivamente, il paragone con l'arbitro di una competizione sportiva potrebbe apparire calzante.

Ne sarebbe anche confermata l'idea che, più del giudice, siano le prove formali ad assumere grande rilievo. E se il duello giudiziario (la *pugna*) non ha bisogno di essere spiegato nel suo funzionamento³⁰, il giuramento merita invece attenzione³¹. Da un capitolo rotariano apprendiamo, in primo luogo, che si tratta di un giuramento plurale:

Roth. cap. 359³² – De sacramentis. Si qualiscumque causa inter homines liberos, et sacramentum dandum fuerit, si usque ad viginti solidos fuerit causa ipsa aut amplius, ad evangelia sancta iurit cum duodecim aidos suos, id est sacramentales, ita, ut sex illi nominentur ab illo, qui pulsatur, et septimus sit ille, qui pulsatur, et quinque quales vo-

²⁸ Si vedano Scovazzi, *Processo*, pp. 135-136; Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 89-90; Cortese, *Il processo*, pp. 634 e 637.

²⁹ Come si evince dal cap. 368 di Rotari: «*De camfionibus*. Nullus camphio praesumat, quando ad pugnando contra alium vadit, herbas, quod ad maleficias pertinet, super se habere nec alias tales similes res, nisi tantum arma sua, quae convenit. Et si suspicio fuerit, quod eas occulte habeat, inquiratur ad iudicem, et si inventa super eum fuerit, evellantur et iacentur. Et post istam inquisitionem tendat manum ipse camphio in manum parentes aut conliberti sui; ante iudice satisfaciens dicat, quod nullam talem rem, quod ad maleficias pertinet, super se habeat; tunc vadat ad certamen» (traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 107: «Dei campioni. Nessun campione presuma, quando va a duellare contro un altro, di portare su di sé erbe che hanno proprietà malefiche, né altre cose di simile natura, ma soltanto le sue armi, secondo quanto si è pattuito. Se c'è il sospetto che porti [le erbe] di nascosto, le cerchi il giudice e se vengono trovate su di lui gli siano strappate e gettate via. Dopo questa ricerca il campione tenda la mano nelle mani dei parenti e dei suoi colliberti; davanti al giudice rendendo soddisfazione dica di non avere su di sé nessuna cosa di tale natura, che abbia proprietà malefiche; quindi vada alla lotta»).

³⁰ Si può qui rinviare a Patetta, *Le ordalie*, pp. 171-176, a Salvioli, *Storia*, pp. 289-293 e alla già richiamata voce di Fiorelli.

³¹ Si veda in proposito Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 74-96; Cortese, *Il processo*, pp. 633-639 [1151-1157].

³² Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 103: «Dei giuramenti. Se vi è una causa qualsiasi fra uomini liberi e si deve fornire un giuramento, se la causa è di 20 solidi o più si giuri sui Santi Vangeli con dodici aiuti [aidos], cioè sacramentali, propri, in modo tale che 6 di loro siano nominati da colui che muove l'accusa e il settimo sia colui che è accusato e 5 siano dei liberi, quali l'accusato vuole, cosicché siano 12. Se la causa è inferiore a 20 solidi, fino a 12, giurino in 6 su armi consacrate: 3 se li nomini che muove l'accusa e 2 liberi se li scelga colui che è accusato, quelli che vuole, e il sesto sia lui stesso. Se la causa è inferiore a 12 solidi, giurino in 3 sulle armi: questo ne nomini uno per sé, quello se ne procuri un altro e il terzo sia egli stesso».

luerit, liberos, ut sint duodecim. Quod si minor fuerit causa de viginti solidis usque ad duodecim, sibi sextus iurit ad arma sacra; tres ei nominat, qui pulsatur, et duos liberos sibi elegat, qui pulsatur, quales voluerit; et sextus sit ipse. Et si minor fuerit causa de duodecim solidis, sibi tertius iurit ad arma; unum ei nominat et alium sibi querat et tertius sit ipse.

Il giuramento principale (quello pronunciato dalla parte cui è assegnata la prova) deve essere, infatti, asseverato da un numero variabile di altri giuramenti prestati da *aidos* o *sacramentales*. Il loro numero sale con il valore della causa e sono scelti tra i conoscenti e i parenti di chi è chiamato a giurare (ma la parte che riceve il giuramento ne nomina la metà³³). Ciò che soprattutto caratterizza questi co-giuratori è però la circostanza che essi non giurano sulla veridicità di quanto solennemente affermato dalla parte principale. Il loro non è cioè un giuramento *de veritate*. Essi giurano invece *de credulitate*, in quanto ciascuno di essi assevera nella maniera più solenne di ritenere assolutamente credibile il giuramento principale dal momento che riconosce come indubbiamente fededegno chi lo pronuncia³⁴.

È infine da sottolineare che la prova si riterrà raggiunta solo se tutti i co-giuratori pronunceranno il giuramento. Altrimenti – come si deduce da un successivo capitolo – se cioè anche uno solo di essi rifiutasse di prestarlo, la

³³ Considerando – come si dirà subito appresso – che la prova può dirsi riuscita solo se tutti i co-giuratori si uniformano al giuramento della parte, mi pare sia in genere sfuggita alla storiografia la formulazione alquanto anodina del successivo cap. 360 a proposito della scelta dei co-giuratori da parte di chi la prova deve ricevere: «Si quis alii wadia et fideiussorem de sacramentum dederit, per omnia, quod per wadia obligavit, adimpleat. Et ille, qui pulsatur et wadia suscipit, proximioris sacramentalis, qui nascendo sunt, debeat nominare: tantum est excepto illo, qui gravem inimicitiam cum ipso qui *pulsatur*, commissam habet, id est si plaga fecit, aut unum morte consensit, aut res suas alii thingavit: ipse non potest esse sacramentales, quamvis proximus sit, eo quod inimicus aut extraneus invenitur esse» (traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 103: «Se qualcuno dà ad un altro una wadia e un fideiussore per un giuramento, adempia a tutte quelle cose cui si è obbligato con la wadia. Colui che muove l'accusa e riceve la wadia deve nominare come sacramentali quelli [a lui (?)] più vicini per nascita [a colui che deve giurare], solamente con l'eccezione di chi abbia commesso un atto di grave inimicizia contro quello che muove [?] l'accusa, vale a dire se gli ha provocato una ferita o ha complotato per la sua morte o ha donato ad un altro i suoi beni: costui non può fare da sacramentale, per quanto prossimo sia, perché lo si riconosce nemico ed estraneo»). Così com'è, la norma parrebbe indicare che colui che riceve il giuramento (l'attore/accusatore) debba scegliere la sua parte di co-giuratori tra i propri congiunti (oltre alla traduzione appena riprodotta, si veda anche Padoa Schioppa, *Aspetti*, p. 335). Se così fosse, però, ben difficilmente la prova del giuramento potrebbe riuscire (come si può pensare, infatti, che i parenti dell'accusatore arrivino mai a giurare compatti per l'accusato?). I *proximi* dovrebbero perciò essere piuttosto quelli dell'accusato (che sono anche quelli che dovrebbero conoscere il giurante principale). E anche la seconda parte del capitolo avrebbe più senso se i *proximi* tra cui scegliere fossero piuttosto quelli del giurante (perché mai, infatti, la controparte dovrebbe voler nominare qualcuno che le è ostile?). Sarebbe inoltre più logico che a dover essere escluso («excepto illo») sia chi abbia motivo di seria inimicizia non con l'attore, bensì con l'accusato e che, perciò, il verbo *pulsatur* vada corretto con *pulsatur* (in modo da tradurre “contro cui è mossa l'accusa”) come in effetti si legge nel *Liber Papiensis* del codice Brancacciano di Napoli (*Liber Papiensis*, Roth. 361[360], ed. Boretius, p. 387a, linea 32): l'esclusione, in effetti, acquista ben maggior senso se s'intende che il co-giuratore non debba avere precedenti motivi di rancore nei confronti del giuratore principale.

³⁴ Astuti, *Spirito*, pp. 89-90; Cortese, *Il processo*, p. 638 [1156].

prova andrebbe considerata fallita e il giudice dovrebbe quindi “riconoscere” la vittoria dell’altra parte:

Roth. cap. 363³⁵ – De sacramentum ruptum. Sacramentum tunc intelligitur ruptum, quando presentis sacrosanta evangelia aut arma sacrata ipse, qui pulsatur, cum sacramentalis suos coniunxerit et non ausaverit iurare aut ipse aut aliquis subtraxerit: tunc intelligitur sacramentum ruptum.

4. *Riconsiderando le norme dell’Editto*

Se ci si limitasse a leggere questi capitoli, ne parrebbe effettivamente confermata, anche per i Longobardi, una sostanziale indifferenza per l’accertamento razionale dei fatti. E avrebbe quindi ragione Chris Wickham nel ritenere le norme rotariane assai poco indicative e per nulla rispondenti alla realtà emergente dalla documentazione. E però, come si anticipava, a leggerlo con più attenzione, anche il primo Editto dice qualcosa di più e di diverso.

Consideriamo, anzitutto, il rapporto in cui si pongono le due “prove” menzionate da Rotari. Ben prima che Liutprando esplicitasse la famosa riserva a proposito del duello nel suo cap. 118 (a. 731)³⁶, il legislatore longobardo – forse innovando rispetto al costume più antico – aveva già indicato nel giuramento con i *sacramentales* lo strumento probatorio (cioè decisorio) da preferire (o, se si vuole, quello “ordinario”)³⁷. Quando infatti si tratta di decidere una causa di rilievo importante – così si legge nei capitoli 164-166 di Rotari e 4 di Grimoaldo – sarebbe *cosa grave ed empia, ingiusta o anche assurda e impossibile* decidere una «*talis causa sub uno scuto per pugnam*»³⁸. Se così è, però – poi-

³⁵ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 105: «Del giuramento rotto. Un giuramento sia considerato rotto allorquando colui che viene accusato si riunisce con i suoi sacramentali davanti ai Sacri Vangeli o alle armi consacrate e non osa giurare, oppure quando egli, o qualcuno dei sacramentali, si sottrae [al giuramento]: allora il giuramento sia considerato rotto».

³⁶ «Quia incerti sumus de iudicium dei, et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere; sed propter consuetudinem gentis nostrae longobardorum legem ipsam vetare non possumus». Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 209: «Questo perché siamo insicuri riguardo il giudizio di Dio e abbiamo sentito che molti hanno ingiustamente perso la loro causa in duello, ma per la consuetudine della nostra stirpe dei Longobardi non possiamo vietare questa legge».

³⁷ Risulta convincente, in proposito, la puntuale analisi della legislazione rotariana e di quella successiva condotta da Sinatti d’Amico, *Le prove*, pp. 71-74 e 96-127, secondo la quale (p. 126) «il rapporto giuramento-duello si configura come quello di un mezzo processuale ordinario, il giuramento, che a volte lascia il passo a un mezzo di purgazione eccezionale, il duello». Al di là del ricordato passo di Paolo Diacono (*supra* nota 26), va inoltre osservato come – dalla disamina che ne ha fatto non molti anni fa da Padoa Schioppa, *Aspetti*, pp. 333-348 – risulti che nessuno dei giudizi dell’età longobarda di cui rimane testimonianza documentaria appare risolto ricorrendo al duello giudiziario.

³⁸ Roth. cap. 164 (accusa di adulterio): «quia grave et impium videtur esse, ut talis causa sub uno scuto per pugnam dimittatur»; Roth. cap. 165 (controversia circa la titolarità del mundio su una donna): «Quia iniustum videtur esse, ut tam grandis causa sub uno scuto per pugnam dimittatur»; Roth. cap. 166 (accusa di uxoricidio): «Quia absurdum et impossibile videtur esse, ut talis causa sub uno scuto per pugnam dimittatur»; Grim. cap. 4 (a. 668 – prova del diritto

ché è indubbio che tanto il giuramento quanto il duello possono garantire un esito chiaro e non opinabile – dobbiamo pensare che la preferenza al primo fosse, in realtà, attribuita considerando un diverso criterio e più precisamente quello della maggiore attendibilità, nel senso cioè della sua maggiore rispondenza alla realtà dei fatti, vale a dire alla verità³⁹.

Che il raggiungimento della verità sostanziale non fosse obiettivo del tutto estraneo al giudizio longobardo pare del resto confermato dalla lettura di varie altre disposizioni dell’Editto rotariano. Si consideri, per cominciare, il seguente capitolo:

Roth. cap. 227⁴⁰ – De emptionibus et venditionibus. Si quis comparaverit terram, id est: solum ad aedificandum aut casam mancipiata, et quinque annos inter praesentes personas possederit posteaque ipse vinditor aut heredes eius pulsaverit, dicendo quod praestetisset, nam non vindedisset: ostendat libellus scriptus, ubi rogatus fuisset praestandi. Et si libellus non habuerit, nihil aliud faciat emptor, nisi praebet sacramentum secundum qualitatem pecuniae: quod cum praetium suum rem ipsam comparassit, nec alteri debeat per legem dimittere. Tunc liceat eum firmiter possidere, quod sibi comparavit.

La norma prevede l’ipotesi di un uomo che, detenendo un immobile da un quinquennio «inter praesentes personas», venga accusato di non esserne il proprietario (poiché avrebbe ricevuto il bene in semplice concessione temporanea) e si chieda pertanto la restituzione del bene. Proprio perché l’accusato/convenuto può disporre di persone pronte a testimoniare la circostanza del godimento pieno e prolungato nel tempo del bene, l’accusa sarà ritenuta fondata solo se l’attore sarà in grado di mostrare il documento notarile che attesti i termini dell’avvenuta concessione (che dovrebbero quindi essere quelli di una concessione a termine). Qualora invece l’accusatore/attore non disponesse del documento, il giudice consentirà all’accusato/convenuto, detentore del bene, di *se eduniare* semplicemente prestando il giuramento secondo il principio generale (cosa che, peraltro, gli garantirà, anche per il futuro, stabilità e inattaccabilità nel possesso)⁴¹.

di proprietà): «cum sacramentum suum se defendat: ipse qui possedit (...) cum sacramentum suum se defendat: nam per pugnam, ut dictum est, non fatigetur».

³⁹ Così già Patetta, *Le ordalie*, p. 294: «con ciò Rotari dimostra di non considerare punto il duello come mezzo infallibile di conoscere la verità».

⁴⁰ «Degli acquisti e delle vendite. Se qualcuno compra della terra, cioè un suolo su cui edificare, o una casa con schiavi, e la possiede per cinque anni in presenza delle persone e, in seguito, il venditore, o i suoi eredi, lo cita in giudizio, dicendo di avergliela data in concessione temporanea e non venduta, esibisce il documento scritto (*ostendat libellus scriptus*) sul quale è riportato che fu data in concessione. Se non ha il documento, il compratore non faccia altro se non prestare giuramento, secondo l’ammontare della somma, di aver comprato il bene al suo valore e di non dover per legge lasciarlo ad altri. Allora gli sia consentito di possedere stabilmente ciò che ha comprato per sé». Rispetto alla traduzione che si legge in *Le leggi dei Longobardi*, pp. 71 e 73, propongo un paio di piccole variazioni anche sulla suggestione di Ghignoli, *Libellario nomine*, p. 4 nota 9).

⁴¹ La derivazione tardo-romana di questa norma – di cui va in specie notata la formula *inter praesentes personas* – fu evidenziata nel 1889 da Tamassia, *Le fonti dell’Editto*, pp. 208-210, il quale, rifacendosi a Löning, *Geschichte*, II, p. 714, sottolineava come la durata quinquenna-

Si può ben credere che la norma che si è appena ricordata sia di formulazione recente, successiva all'insediamento dei Longobardi in Italia come pure al consolidamento del potere monarchico⁴². Non dovrebbe insomma appartenere al nucleo più antico delle *cawarfidae*. Quanto, però, va sottolineato è che, già nel 643, il ricorso a prove testimoniali e documentali era pacificamente ammesso e, in talune circostanze, poteva consentire di prevalere in giudizio a seguito di un razionale accertamento dei fatti disputati⁴³.

Una rondine, si dirà, non fa primavera e un'eccezione non ribalta la regola. Torniamo allora a considerare il rapporto fra le due prove tradizionali. Al di là della preferenza per il giuramento di cui s'è detto, l'Editto rotariano prevede nondimeno una serie di situazioni in cui rimane impregiudicato se rimettere la decisione della lite all'espletamento della prova per giuramento oppure al duello. In tali casi, pur nella generale predilezione per il giuramento, il ruolo del giudice assumeva un rilievo significativo. E certamente le scelte da lui operate non sarebbero state ininfluenti: non lo erano quando il giudice sceglieva (o consentiva a una parte di scegliere) l'una o l'altra prova, ma nemmeno lo erano quando, eletto il giuramento, il giudice lo deferiva all'uno o all'altro dei litiganti (si vedrà, infatti, che non necessariamente doveva essere il *reus* a "provare", soprattutto quando si trattava di controversie di natura negoziale). In tali occasioni, contrariamente alla tradizionale ricostruzione dell'antico processo germanico, il giudicante era indotto a soppesare la rilevanza dell'accusa e quindi a indagare la realtà dei fatti (e a indirizzare conseguentemente l'andamento del giudizio).

Ci si può allora chiedere quali fossero i possibili criteri in base ai quali il giudice orientasse le sue scelte. Su come potesse procedere nell'optare tra *pugna* e *sacramentum*, possiamo anzitutto trarre qualche indicazione da uno dei primi capitoli dell'Editto:

Roth. cap. 9⁴⁴ – Si quis qualemcumque hominem ad regem incusaverit, quod ad animae perteneat periculum, liceat ei, qui accusatus fuerit, cum sacramentum satisfacere

le fosse quella tradizionalmente utilizzata per la locazione dei beni pubblici a Roma (*lustralis possessio*). Per Sinatti d'Amico, *Le prove*, p. 128, la norma dimostrerebbe tuttavia l'incapacità di Rotari nell'intendere l'importanza del documento quale «prova fondamentale e pienamente probatoria»: Rotari ne ammette infatti la sostituzione e lo pone sul medesimo piano del giuramento che è «un mezzo di purgazione che non è probatorio nella sua essenza», ma solo una «incerta e discutibile manifestazione di volontà di una sola delle due parti».

⁴² Che l'Editto raccolga più masse di norme di differente età e provenienza è ipotesi formulata da Besta, *Le fonti*, pp. 65-68 e poi generalmente accettata dalla storiografia giuridica.

⁴³ Si può osservare che, pur trascorsi oltre quattro secoli da Rotari, l'anonimo *expositor* delle leggi longobardo-franche non era forse troppo lontano dal vero allorché – proprio commentando il cap. 359 prima considerato – scriveva che «quando Rotari cominciò a comporre le sue leggi, non in ogni aspetto definì la maniera in cui i suoi giudizi sarebbero stati decisi, ma rinviò invece alla definizione prevista dalle leggi romane» (*Expos.* a Roth. cap. 359 § 4, in *Liber legis Langobardorum*, p. 385). Sul rapporto tra norme scritte e consuetudini nell'ordinamento longobardo, si veda ora Azzara, "... *quod cawerfedae*", pp. 251-257.

⁴⁴ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, pp. 17 e 19 (anche qui con una minima variazione): «Se qualcuno accusa un uomo dinanzi al re di un crimine punibile con la morte, sia consentito a chi è stato accusato di dar soddisfazione tramite giuramento e di scagionarsi («cum sacra-

re et se eduniare. Et si tales causa emerit et adest homo in praesenti, qui crimen mittat, liceat eum per camphionem, id est per pugnam, crimen ipsum de super se, si potuerit, eicere. Et si ei provatum fuerit, aut det animam, aut qualiter regi placuerit componat. Et si provare non potuerit et cognoscitur dolus adcusassit, tunc ipse, qui accusavit et provavare non potuit, wergild suo componat, medietatem regi, et medietatem cui crimen iniectum fuerit.

Considerata la predilezione di Rotari per il giuramento, non stupisce che di fronte ad accuse che avrebbero potuto condurre l'accusato alla morte, l'Editto conceda proprio all'accusato, secondo la regola tradizionale, di *se eduniare* prestando il giuramento innanzi al re. Se avesse voluto, però, l'accusatore poteva pretendere di “provare” la fondatezza della propria accusa. Per far ciò doveva presentarsi personalmente all'udienza regia e chiedere di affrontare in duello l'accusato o un suo campione. In tal modo, però (oltre al pericolo di prendere comunque un bel po' di colpi⁴⁵), assumeva anche il rischio, qualora l'esito del duello si fosse rivelato a lui sfavorevole e la sua accusa apparisse perciò calunniosa, di dover versare il corrispettivo del suo *wergeld* per metà al sovrano e per metà all'accusato.

La norma potrebbe essere relativamente antica. Il re, infatti, non ha ancora assunto le prerogative del *rex iudex* e, se anche le accuse sono sollevate al suo cospetto, egli non giudica (forse anche perché parte in causa), ma si limita a presiedere l'adunanza pubblica. Si parla di accuse per fatti particolarmente gravi che sarebbero punibili con la morte, reati che hanno, per lo più, carattere militare e che troviamo descritti nei precedenti capitoli: attentato alla persona del re (cap. 1), diserzione e tradimento (capp. 3, 4, 5 e 7), rivolta e disobbedienza mentre si milita nell'esercito (cap. 6)⁴⁶. Evidentemente, il fatto che l'accusatore mostrasse di sostenerla con la massima convinzione, sino al punto di rischiare in prima persona e, ancor più, la circostanza che fosse qui in gioco, non l'interesse di un privato, bensì quello superiore della salvezza del sovrano o dell'esercito, conducevano a comprimere il principio che la ricostruzione ottocentesca voleva tradizionalmente proprio dei Germani. Il principio, cioè, che impone di privilegiare il diritto della parte che si difende a purificarsi dall'accusa “provando” alla controparte la propria innocenza. Ciò che

mentum satisfacere et se eduniare»). Se sorge una tale causa ed è presente l'uomo che ha mosso l'accusa, sia consentito [all'accusato] di stornare da sé l'accusa, se ne è in grado, per mezzo di un campione, cioè con un duello. E se [l'accusa] contro di lui è provata [cioè se il suo campione esce sconfitto dal duello], perda la vita o paghi una composizione, quanto piace al re. Ma se non si può provar[la] e si accerta che è stato accusato dolosamente, allora chi ha accusato e non è riuscito a provare paghi il proprio guidrigildo, metà al re e metà a colui contro il quale era stata mossa l'accusa».

⁴⁵ Circa le modalità di svolgimento del duello giudiziario presso i Longobardi (se con armi vere ovvero solamente con scudi e bastoni), si veda Salvioli, *Storia*, p. 292. Che il genere di armi da utilizzare nella prova *per pugnam* fosse oggetto di negoziazione tra le parti si evince dal tenore del cap. 368 di Rotari («arma sua quae convenit»). Né si può escludere che il giudice intervenisse.

⁴⁶ Significativamente, nel cap. 8, un'azione simile a quella descritta nel cap. 6 ma compiuta al di fuori del contesto bellico è punita con la sola pena pecuniaria.

più interessa, tuttavia, è che il legislatore differenzi qui la procedura, dando rilievo alla maggiore o minore consistenza dell'accusa e che una simile valutazione non possa che spettare al giudice⁴⁷. Con maggiore chiarezza Liutprando richiederà la presenza di una *certa suspitio* quando – nel suo cap. 71 – vorrà integrare e confermare la *ratio* già implicita nel precetto rotariano⁴⁸.

5. Spazi per la veritas rei e ruolo del giudice: evidenze, prove documentali e testimoniali

Quello prospettato nel cap. 9 non è peraltro l'unico caso in cui il diritto dell'accusato a *se eduniare* tramite giuramento viene seriamente compresso perché l'accusa appare sostenuta da argomenti che il giudicante ritiene particolarmente stringenti. Ciò accade, anzitutto, quando l'accusa si avvalga del contributo di qualcuno che sia a conoscenza dei fatti e sia in grado di far scoprire l'autore di un furto. È, in specifico, la situazione prospettata in:

Roth. cap. 255⁴⁹ – Si quis per proditorem, id est per certum indicatorem furtum inveni-
nerit, sibi nonum qui furtum fecit, ei restituat.

Il delatore – un testimone oculare o, più probabilmente, un complice indotto a confessare⁵⁰ – deve condurre ad accertare le responsabilità del furto in maniera evidente (*per certum*), senza cioè che sia possibile dubitarne.

⁴⁷ Secondo Patetta, *Le ordalie*, pp. 295 e 296 nota 1, l'espressione *liceat ei / eum* sarebbe impiegata, in questo capitolo rotariano come altrove, nel senso che all'accusato viene consentito di purgarsi dell'accusa nel modo prescritto nella norma (*cum sacramentum* nel primo caso, *per camphionem id est per pugnam*, nel secondo). Diversamente, Sinatti d'Amico, *Le prove*, p. 109 nota 26 che, poco oltre (p. 113), rileva anche come, dello stesso capitolo, possa darsi anche un'interpretazione estensiva (quella per la quale la studiosa propende), secondo cui l'attore/accusatore può impedire il giuramento purgativo dell'accusato tutte le volte che ritenga di aver fondato sospetto circa la colpevolezza di quest'ultimo.

⁴⁸ «Si quis alio asto conpellaverit de pugna, quod solet fieri per pravas personas, preveat sacramentum ipse, qui conpellat solus, et dicat iuratus, quia non asto animo eum per pugna faticare querat, nisi quod certam habeat suspitione, sive de furto fuerit, sive de incendio, aut unde ipsa conpellatio agitur. Et si hoc iuraverit, postea vadat exinde pugna; si autem menime iurare praesumpserit, non fiat ipsa causa per pugna iudicata aut finita». Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, pp. 179 e 181: «Se qualcuno sfida con cattive intenzioni un altro a duello, cosa che è solita accadere tra persone malvage, colui che ha sfidato presti giuramento da solo e dica giurando di non aver chiamato quell'altro a battersi in duello con cattive intenzioni, ma perché aveva un sospetto certo che si trattasse di un furto o di un incendio o latro da cui si generi una tale sfida. Se giura questo, vada poi al duello; se invece non osa giurare, quella questione non venga giudicata o risolta con un duello». Si veda Sinatti d'Amico, *Le prove*, p. 112.

⁴⁹ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 79: «Se qualcuno scopre un furto per mezzo di un *proditor*, cioè per mezzo di un informatore sicuro, colui che ha commesso il furto glielo renda nove volte tanto». La medesima figura del *proditor* compare anche nel cap. 335 di Rotari.

⁵⁰ Per Isidoro di Siviglia, *Etymologiae*, X.221 (ed. Lindsay), *proditor* è anzitutto il traditore, «colui che conduce alla rovina». L'espressione (*proditor, prodiderit*) è presente anche in *Codex Theodosianus* (ed. Mommsen) 7.18.3 e 7.18.4.pr. dov'è riferita a chi consente di scoprire un disertore. Potrebbe essere dunque quella dei regolamenti militari, la via attraverso la quale il termine entrò in uso presso i Longobardi. Sul passaggio di principi e regole del diritto romano

La presenza di persone in grado di riferire in giudizio talune circostanze decisive è poi necessariamente presupposta nei capitoli dell’Editto che prevedono ipotesi di flagranza di reato. In antico anche il diritto longobardo doveva ammettere il principio di auto-giustizia – ampiamente diffuso e presente nelle consuetudini germaniche, ma anche nella tradizione giuridica romana – secondo cui è legittimo (anche se non certo obbligatorio) mettere a morte il malfattore sorpreso in flagranza di reato⁵¹. Al tempo di Rotari, un simile ricorso all’auto-giustizia continuava a essere ritenuto legittimo, sebbene con importanti limitazioni. Lo si ritrova anzitutto nel cap. 212, che tratta il caso del flagrante adulterio⁵², ma se ne riconoscono le tracce anche nei capp. 253 e 254 che considerano il furto flagrante – cioè *fegangit* – quando commesso di giorno da un libero o da un servo e al di sotto di un certo valore⁵³.

Anche se le norme non vi accennano, è chiaro che, per evitare che i parenti del morto sollevassero accusa di omicidio, chi uccideva il delinquente doveva poter dimostrare la sussistenza della flagranza. I costumi giuridici delle genti germaniche prevedono che chi coglie il malfattore sul fatto debba all’uopo richiamare con alte grida i vicini (i quali, nei fatti, coincidono molto spesso coi congiunti). E “uomini del grido”, cioè *Schreimannen*, sono appunto quanti, udite le voci, hanno l’obbligo di reagire prontamente al richiamo e quindi collaborare eventualmente alla cattura o, almeno, constatare la presenza di quelle circostanze che giustificano la cattura o che legittimano l’avvenuta uccisione del ladro⁵⁴.

Può darsi che anche i Longobardi adottassero una procedura del tipo di quella diffusa tra i Franchi e nota come *Klage gegen den toten Man* (chi aveva ucciso il malfattore ne trascinava il cadavere innanzi al giudice e formulava solenne accusa contro di esso)⁵⁵. In ogni caso, qualora i parenti dell’ucciso (o il padrone, se a cadere fosse stato il servo) avessero sollevato accusa contro l’uccisore, si può credere che il giudice longobardo avrebbe concesso all’uc-

– in specie militare e in tema di diserzione – nelle leggi romano-barbariche, si veda Loschiavo, *Autodifesa* e Loschiavo, *Le leges barbarorum*.

⁵¹ Posso qui rinviare a Loschiavo, *Autodifesa*, pp. 107-113 e Loschiavo, *Figure di testimoni*, pp. 152-158 e alla bibliografia ivi indicata.

⁵² «Si quis cum uxorem suam alium fornicantem invenerit, liberum aur servum, potestatem habeat eos ambos occidendi; et si eos occiderit non requiratur». Né i parenti dell’uomo né quelli della moglie potranno perciò ritenere responsabile il marito che abbia ucciso gli adulteri.

⁵³ In entrambi i casi il ladro poteva essere messo a morte solo se non avesse potuto versare nove volte il valore della cosa rubata e una sostanziosa *compositio*. Dal tenore della norma pare implicito che, qualora il valore del bene rubato superasse la soglia prevista, il vecchio principio che consentiva l’uccisione *ad nutum* del ladro sorpreso in flagranza (*fegangit*) avesse pieno vigore. Di contro, la qualifica di *fegangit* – con la connessa possibilità di uccidere il ladro – non è mai giustificata nei casi di furti di piccola entità (lo chiarisce il cap. 291: «Si fur ipse supertentus fuit, non sit fegangit»). L’uccisione del ladro è invece sempre consentita (a prescindere dal bene oggetto del furto) se questi agisce con violenza: in questo caso, infatti, come si deduce dalla chiusa del cap. 280, «ille, qui eum occisit, se defendendum et res suas vindicandum hoc egit».

⁵⁴ Si veda per tutti la *formula* 30 delle *Formulae Turonenses* (ed. Zeumer, p. 153) e quindi Werkmüller, *Handhafte Tat*.

⁵⁵ Si veda Brunner, *Die Klage*, pp. 235-252. Interpretazioni differenti sono state offerte da Beyerle, *Das Entwicklungsproblem*, pp. 499-510 e da Scovazzi, *Processo*, pp. 138-144.

cisore di purgarsi tramite giuramento ed è ovvio pensare che proprio i vicini-parenti/*Schreimannen* sarebbero stati chiamati a fungere da co-giuratori. Nell'ipotesi in cui, invece, il malfattore fosse stato fatto prigioniero e condotto in giudizio, il giudice non gli avrebbe certo consentito di *se eduniare* prestando il giuramento purgativo. Avrebbe invece attribuito la possibilità di giurare a chi lo aveva catturato. E, anche in questo caso, ad assumere la funzione di co-giuratori sarebbero stati chiamati coloro che erano al tempo stesso *proximi* (parenti o vicini) e anche *Schreimannen*⁵⁶.

Ciò che può solo immaginarsi nelle norme prima considerate – e cioè la presenza in giudizio di figure *latu sensu* testimoniali – assume ben maggiore consistenza in due capitoli che s'incontrano molto prima nell'Editto e che disciplinano alcune particolari fattispecie di furto flagrante:

Roth. cap. 32⁵⁷ – De homine libero, si nocte in curte alterius inventus fuerit et non dans manus ad legandum occidatur, a parentibus non requiratur. Et si manus dederit ad legandum se, et legatus fuerit, dit pro se octuaginta solidos: quia non convenit rationi, ut homio noctis tempore in curtem alienam silentium aut absconse ingrediatur; sed si qualemcumque utilitatem habet, antequam ingrediatur clamet.

Roth. cap. 33⁵⁸ – Si servus in curte aliena noctis tempore inventus fuerit et non dans manus occidatur, non requiratur a domino; et si manus dederit et legatus fuerit, libret se cum quadraginta solidos.

Pur senza farvi riferimento esplicito, è infatti chiaro che le due norme implicano l'audizione da parte del giudicante di persone in grado di attestare le circostanze che concretano la fattispecie descritta. Quest'ultima è, in effetti, più complessa della semplice flagranza e giustifica azioni di autodifesa solo in presenza di talune condizioni. In questi casi non si tratta quindi di accertare il semplice fatto (la sorpresa in flagrante reato). Qui è invece necessario appurare talune circostanze specifiche che attengono al tempo e al luogo del delitto (l'orario notturno, la penetrazione nelle altrui pertinenze), ma anche alla condotta precipua tenuta dal *reus*, sia prima della sua scoperta (l'esser entrato in

⁵⁶ Una *notitia iudicati* del 777 (si tratta di un giudizio presieduto da Ildeprando duca di Spoleto) dimostra come nulla escludesse l'eventualità che fosse anche il giudice a poter scegliere i sacramentali; ed. Manaresi, *I placiti*, n. 8, pp. 5-8 su cui Sinatti d'Amico, *Le prove*, p. 172. Per parte sua, Cortese, *Il processo*, pp. 640 nota 27 e 643 nota 35, osserva come i co-giuranti chiamati ad asseverare il giuramento della parte che ha prodotto i testimoni o il documento potrebbero essere scelti unicamente dalla parte che giura (contro il tenore del cap. 359 prima ricordato). Si veda sul punto anche Padoa Schioppa, *Aspetti*, p. 347. Sulla tendenziale indistinzione di co-giuratori e testimoni nei giudizi altomedievali insiste per parte sua Lupoi, *Alle radici*, pp. 434-442.

⁵⁷ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, pp. 23 e 25: «Per quanto riguarda un uomo libero, se di notte viene trovato nella corte di un altro e non porge le mani per essere legato, sia ucciso e i suoi parenti non reclamino. Se porge le mani per essere legato, e viene legato, dia [per riscattare] se stesso 80 solidi; perché non v'è ragione che un uomo entri di notte, in silenzio e di nascosto, nella corte di un altro. Ma se ha qualche motivo, chiami prima di entrare».

⁵⁸ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 25: «Se un servo viene trovato di notte in una corte altrui e non porge le mani [per essere legato], sia ucciso; il padrone non reclaims. Se porge le mani, e viene legato, si liberi con 40 soldi».

silenzio e senza avvertire) sia successivamente (la reazione collaborativa [«si manus dederit ad legandum»] o invece ostantiva rispetto alla sua cattura).

La storiografia non ha tributato grande attenzione a queste fattispecie riconducibili ai reati flagranti. Eppure, a voler considerare le comuni condizioni di vita nelle campagne del primo medioevo, non doveva essere così difficile cogliere sul fatto un eventuale malfattore (si pensi soltanto alla difficoltà di rubare un cavallo o una vacca in contesti in cui le abitazioni si trovavano sopra o accanto alle stalle ... e forse, proprio in questa chiave, può intendersi meglio la norma rotariana che punisce con una somma davvero elevata il semplice sfilare il campanaccio dal collo dell'altrui animale⁵⁹).

Casi differenti, ma dove pure sono implicate figure testimoniali che si rivelano decisive ai fini della procedura, sono poi quelli descritti in:

Roth. cap. 16⁶⁰ – De rairaub. Si quis hominem mortuum in flumine aut foris invenirit aut expoliaverit et celaverit, conponat parentibus mortui solidos octoginta. Et si eum invenirit et expoliverit et mox vicinibus patefecerit, et cognoscitur quod pro mercedis causa fecit, nam non furandi animo, reddat spolia, quas super eum invenet, et amplius ei calumnia non generetur.

e

Roth. cap. 260⁶¹ – Si quis aurum aut vestis seu qualibet rem in via invenirit et super genuculum levaverit et non manifestaverit aut ad iudicem non adduxerit, sibi nonum reddat.

La prima norma considera l'ipotesi del *rairaub*, vale a dire la spoliazione di un cadavere ritrovato casualmente. Per evitare l'accusa di furto, l'autore del ritrovamento potrà impossessarsi degli abiti e degli effetti personali portati dal defunto solo rendendo manifeste a terze persone (*vicini*) sia le circostanze del ritrovamento sia la sua intenzione di prendere i beni, non per appropriarsene, ma allo scopo di consegnarli ai familiari sperando in una conseguente ricompensa. Queste persone svolgono insomma la funzione di “testimoni di pubblicità”.

Nel cap. 260 si considera invece il ritrovamento, altrettanto casuale, di cose preziose lungo il cammino. Analogamente, si prescrive che, se si vuole

⁵⁹ Roth. cap. 289: «De titinno. Si quis titinno de super cavallo aut bove furaverit, conponat solidos sex». Si consideri che sei solidi sono anche la *compositio* imposta per l'amputazione di un dito del piede altrui (Roth. cap. 70).

⁶⁰ Traduzione con qualche lieve variante da *Le leggi dei Longobardi*, p. 21: «Del rairaub. Se qualcuno trova un uomo morto in un fiume o al di fuori [di esso] e lo spoglia e lo nasconde, paghi una composizione di 80 solidi ai parenti del morto; se lo trova e lo spoglia e subito ne dà notizia ai vicini e viene reso noto che lo ha fatto per ottenere una ricompensa e non con l'intento di rubare, restituisca le spoglie che ha trovato su di lui e non si muova più alcuna accusa contro di lui».

⁶¹ Traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 81: «Se qualcuno trova per la strada dell'oro o un vestito o qualsiasi altra cosa e la solleva sopra il ginocchio e non dichiara di averla trovata o non la porta al giudice, la restituisca nove volte tanto». Colpisce la precisazione secondo cui l'apprensione dei beni si concretizza nel momento in cui questi vengono sollevati oltre il ginocchio: per Paradisi, *Il prologo*, p. 191 nota 5, la singolare espressione *supra genuculum levare* avrebbe origini romane (e giungerebbe agli estensori dell'Editto attraverso un passo di Festo).

evitare l'accusa di furto, l'apprensione dei beni rinvenuti deve essere subito comunicata a chi si trovi nei pressi o, in mancanza, all'autorità (*iudex*) più vicina (all'evidente scopo di far giungere più facilmente notizia del ritrovamento al legittimo proprietario).

È stato notato come entrambi questi capitoli rivelino una sorprendente attenzione di Rotari per il profilo psicologico o intenzionale del fatto illecito⁶². È probabile, che sia qui recepito un antico principio romano, a noi noto perché ripetuto da Ulpiano in un passo poi ripreso dai compilatori giustiniane del Digesto⁶³. Ed è ben possibile che i Longobardi avessero conosciuto quel principio per il tramite della disciplina militare romana cui essi avevano pur dovuto sottostare operando come *militēs foederati* sotto le insegne imperiali⁶⁴. Quanto qui interessa, comunque, è che i due capitoli appena ricordati condividono la medesima logica già conosciuta a proposito delle ipotesi di reato flagrante: esse infatti impongono, attraverso il coinvolgimento di persone terze, di preconstituire elementi di conoscenza dei fatti da poter poi utilizzare in un eventuale giudizio.

Finalmente, figure *latu senso* testimoniali si rinvencono anche al di fuori dell'ambito penalistico. Nel cap. 146, ad esempio, vediamo come i *vicini bonae fidei homines* possano esser invitati a fornire un'informata e obiettiva testimonianza circa un elemento oggetto di disputa (vale a dire i beni contenuti nell'abitazione bruciata)⁶⁵. Nel cap. 172 si richiede invece che il negozio rivestito dal *thinx* sia fatto pubblicamente (non *absconse*) e che al suo compimento siano presenti *homines liberi*: essi assumono il ruolo di *testes negotiales* per essere pronti, alla bisogna, ad attestare che l'atto liberale è stato compiuto in maniera legittima⁶⁶.

⁶² Attenzione già rilevata da Calasso, *Il negozio*, pp. 117-120 il quale sottolinea giustamente il ricorso al termine *animus*. L'elemento intenzionale è tenuto in conto anche in Roth, capp. 146 (si veda appresso) e 387 (dal momento che si deve pensare che i presenti fossero chiamati in giudizio per dare conferma della non volontarietà dell'uccisione, si veda *infra*).

⁶³ D. 47.2.43.4,7-8 (ed. Mommsen-Krüger): «[4] Qui alienum quid iacens lucri faciendi causa sustulit, furti obstringitur, sive scit cuius sit sive ignoravit ... [7] Sed si neque fuit neque putavit [derelictum esse], iacens tamen tulit, non ut lucretur, sed redditurus ei cuius fuit, non tenetur furti. [8] Proinde videamus, si nescit cuius esse, sic tamen tulit quasi redditurus ei qui desiderasset vel qui ostendisset rem suam, an furti obligetur. et non puto obligari eum. solent plerique etiam hoc facere, ut libellum proponant continentem invenisse se et redditurum ei qui desideravit: hi ergo ostendunt non furandi animo se fecisse». Tamassia, *Le fonti*, pp. 243-244, aveva invece preferito pensare per il cap. 260 a una derivazione dalle Scritture (da *Deut.* 22.3,6).

⁶⁴ Mi permetto di rinviare qui a Loschiavo, *Le leges barbarorum*, pp. 331-333 e alla letteratura ivi ricordata.

⁶⁵ Roth, cap. 146: «De incendio. Si quis casam alienam *asto animo, quod est voluntarie*, incendit, in treblum restituat ea, quod est sibi tertia. Sub extimatione pretii cum omnem intrinsecus, quidquid intus crematus fuerit, qui vicini bone fidei homines adpraetiaerint, restauretur. Et si aliqua de intrinsecus domui orta fuerit intentio, tunc ille, qui damnum pertulit, iuratus dicat, quantum in eadem casa perdidit: omnia ut dictum est in treblum ei restituantur ab illo, qui *voluntarie* huius mali penetravit».

⁶⁶ Va anche ricordato come – sempre in tema di *gairethinx*, ma questa volta per l'emancipazione del servo – il cap. 224 richieda che si rediga una *cartula*, la quale attesti l'avvenuta affrancazione e serva da garanzia di chi viene liberato. Si veda Cortese, *Il diritto*, pp. 133-142 cui si oppone (senza però avanzare elementi decisivi) Dilcher, “*per gairethinx*”, pp. 419-448.

È giusto notare, tuttavia, come Rotari non usi mai il termine *testis* per definire queste figure apportatrici di conoscenze sostanziali in giudizio. Si voglia o meno spiegare una simile ritrosia con quella «civetteria per la barbarie» che il sovrano legislatore avrebbe usato verso una parte del suo popolo (e che gli avrebbe sconsigliato l'impiego di termini troppo legati alla cultura romana e cattolica)⁶⁷, è qui piuttosto il caso di ricordare le parole con cui Liutprando chiude il suo cap. 133 (a. 731). Prescrivendo che nel caso considerato la prova dovesse essere data ricorrendo alla testimonianza giurata («illi testis firmiter sciant et iurent») di coloro che, per aver presenziato all'acquisto, conoscessero sia il valore dei beni acquistati sia la provenienza delle sostanze utilizzate («homines, qui sciant, quod ipsum precium de rebus mulieris suae sit»), il sovrano sottolinea come una simile prassi (che quindi prevedeva il ricorso ai testimoni), pur non essendo riportata nei precedenti Editti (di Rotari e di Grimoaldo), apparteneva tuttavia alle consuetudini popolari ed era già ampiamente praticata al tempo dei suoi predecessori: «causa ista in hoc modo semper et antecessorum nostrorum tempore et nostro *per cawarfida* sic iudicatum est; *nam in edicto scripta non fuit*».

Volendo ora cominciare a tirare le somme di quanto detto sin qui, sembra di poter affermare con una certa tranquillità che, se pure le norme non lo dicono esplicitamente, già molto prima delle riforme di Liutprando in tema di prove era possibile ai sudditi longobardi avvalersi nelle sedi giudiziarie sia di documenti (quando le parti ne potessero produrre) sia delle conoscenze di coloro che, per aver presenziato a certi eventi, fossero in grado di riferire come si erano svolti i fatti ovvero i termini e le circostanze dei rapporti giuridici di cui si discuteva. E che, in tali casi, la parte che poteva disporre di simili elementi di prova (*chartae* o figure testimoniali) le offriva al giudice (al suo libero apprezzamento) e non alla controparte, in palese contraddizione con l'impostazione che la lettura tradizionale riconosceva come caratteristica dell'antico “processo germanico”. Su tale base, il giudice longobardo avrebbe quindi potuto orientarsi più facilmente proprio verso la parte che questi elementi era in grado di produrre. Avrebbe, in altri termini, potuto assegnare la prova formale non solo a chi si difendeva e pretendeva di “purgarsi”, ma anche all'attore/accusatore. Inoltre, tra le due prove tradizionali, avrebbe sicuramente preferito quella del giuramento, la quale, oltretutto, gli avrebbe consentito di far giurare anche eventuali conoscitori dei fatti (o, se si preferisce, testimoni)⁶⁸.

⁶⁷ È l'espressione usata da Gian Piero Bognetti in una delle sue ultime pagine: *Frammenti di uno studio*, p. 608. A un certo “longobardismo ideologico” cavalcato da Rotari nel momento in cui redigeva la sua raccolta normativa accenna anche Delogu, *L'Editto*, pp. 160-161 e 164.

⁶⁸ Si veda già *supra*, nota 56.

6. *Un rapido sguardo alla prassi*

Sapere che già in antico l'ordinamento longobardo ammettesse che il giudice potesse incidere sulla lite assai più di quanto si fosse abituati a ritenere in base al “dogma” tralatizio di un processo dominato dall'attività delle parti e strutturalmente indifferente all'accertamento dei fatti⁶⁹, dovrebbe consentire di intendere meglio – senza cioè sorprendersi per eventuali dissonanze o difformità rispetto al modello immaginato – il reale funzionamento del processo longobardo così come lo possiamo osservare esaminando le testimonianze emergenti dalla prassi (senza peraltro dimenticare che dette testimonianze sono a tal punto esigue per i tempi più vicini a Rotari da non rassicurarci in alcun modo circa la reale – e puntuale – applicazione delle norme edittali nei pur vari territori dominati dai Longobardi).

A scorrere quelle sparute testimonianze, in effetti, troviamo subito ampia conferma di come – ancor prima che Rotari attendesse al suo Editto – i procedimenti giudiziari percorressero itinerari che riservavano un notevole spazio alla ricostruzione obiettiva dei fatti e delle responsabilità. Così, vediamo già re Arioaldo (626-636) decidere una disputa sui confini tra le *civitates* di Parma e Piacenza sulla base degli accertamenti obiettivi che aveva fatto svolgere da alcuni esperti da lui appositamente inviati. E quando poi, nel 674 (siamo quindi dopo Rotari, ma molto prima di Liutprando) re Pertarito è investito della medesima controversia tra le due città, anch'egli fonda la sua decisione sulle risultanze di un'accurata inchiesta (*inquisitio*) da lui ordinata e condotta *in loco* dai messi regi⁷⁰. Una volta accertata la congruità dei confini così come già definiti nella precedente sentenza (*iudicatum*) di Arioaldo (grazie appunto all'inchiesta nella quale si erano ascoltate le testimonianze degli abitanti e si era verificato lo stato dei luoghi), Pertarito si limita a imporre alla parte che ha prodotto il documento contenente il *iudicatum* di giurare sulla autenticità

⁶⁹ La cosa era stata peraltro già notata da Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 38-56, 149, 157. È tuttavia significativo come la studiosa non riuscisse a prendere le distanze dall'impostazione tradizionale disegnata dai germanisti sino a entrare, talvolta, in contraddizione con gli stessi i risultati cui giungeva attraverso la sua analisi. Così, per esempio, pur notando gli ampi poteri di sindacato e di controllo che il cap. 368 riconosce al giudice, nondimeno concludeva che (p. 56) «esigenze di legalità e di un esercizio ordinato della giustizia imponevano a Rotari di affidare al giudice queste responsabilità, mentre la stessa struttura del rapporto processuale germanico, così lontano dalla nostra mentalità, costringeva il magistrato a rimanere estraneo alla valutazione del risultato della prova ...». Analogamente, dopo aver acutamente riflettuto sulle audizioni di testimoni documentate nelle vicende giudiziarie di cui anche qui si sta per dire, scriveva che (p. 176) «la prova per testimoni restava invece estranea e per impostazione concettuale (...) e per utilizzazione tecnica, non ricercandosi nel processo la verità come tale, ma la soluzione della contesa». Per una valutazione di sintesi sul comunque prezioso lavoro della Sinatti d'Amico, si veda Loschiavo, *La risoluzione*, p. 102.

⁷⁰ La singolare vicenda che vide in lite Parma e Piacenza è diffusamente raccontata e commentata da Bognetti, *Il gastaldato longobardo*, che, alle pp. 227-229 e 234-239, offre anche l'edizione del giudicato di Arioaldo e della *notitia iudicati* del 674 (quest'ultima è la prima *notitia iudicati* autentica giunta sino a noi). I due documenti sono stati poi riediti in *Codice diplomatico longobardo*, III.1, nn. 4 (pp. 16-18) e 6 (pp. 21-25).

di questo. Il giuramento viene prestato da una pluralità di persone e non è chiaro se si tratti del “germanico” *iusiurandum* con i *sacramentales* o invece di un giuramento di tipo “romano” prestato dai rappresentanti della città di Piacenza su richiesta degli ufficiali regi. Al di là di questo aspetto (che non ha qui grande rilievo se non per il fatto che, nel primo caso, sarebbe derogato il principio espresso in Roth. cap. 359, secondo cui la metà dei sacramentali devono essere scelti dalla parte che non giura), ciò che soprattutto importa ai fini del discorso che si va facendo è osservare come il sovrano spieghi chiaramente di non poter procedere ordinando lo svolgimento delle prove tradizionali del duello e del giuramento poiché si trova di fronte a un precedente giudicato regio. Accertatosi della veridicità sostanziale dello stesso documento a lui sottoposto, il sovrano ritiene invece più “utile” e “giusto” confermare la precedente sentenza e offrire la vittoria alla parte che l’aveva prodotta, consentendo a questa di offrire la prova formale⁷¹.

Anche nella notissima e interminabile controversia che oppose le diocesi di Siena e Arezzo l’audizione di testimoni è ampiamente documentata⁷². Un’inchiesta l’aveva certamente condotta già nel 714 l’«inluster maiordomus» Ambrogio inviato del re Liutprando⁷³. E certo colpisce l’autonomia con cui il messo si muove rispetto al preteso impianto tradizionale, dal momento che egli giunge alla decisione non solo considerando quasi sicuramente l’istituto della prescrizione (introdotto nell’ordinamento longobardo appena pochi decenni prima), ma anche sulla base della semplice valutazione personale che aveva potuto fare («iustum nobis paruit»), senza cioè far svolgere alcuna prova formale⁷⁴. Fu forse proprio a causa di tanta autonomia del messo regio se, in seguito, di tale giudicato si tenne poco o nessun conto (in passato si è persino dubitato che il sovrano abbia effettivamente confermato il giudicato con un suo *praeceptum*)⁷⁵. E così, l’anno successivo (quindi, ancora una volta, prima di cominciare a “riformare” il processo con il cap. 8 che risale all’anno 717),

⁷¹ «Sed postquam iudicatum precessori nostro (...) et per porcarios et seniores homines sic cognovimus, tractantes una cum iudicibus nostris *utilem nobis visum fuit* ut per sacramentum pars Placentina ipsum iudicatum firmaret (...) *quod et iustum est*. Sic ita nostra custoditur parte et nostrum iudicium incontaminata manent. Tamen pro ampotandam intentionem ipse sacramentus datus est a parte Placentina» (ed. Bognetti, *Il gastaldato*, pp. 236-237; ed. Brühl, *Codice diplomatico longobardo*, p. 24).

⁷² Dopo Bertolini, *Le chiese longobarde*, pp. 465-475 e Sinatti d’Amico, *Le prove*, pp. 180-195, è tornato da ultimo a ripercorrere quella lunga e complessa vicenda giudiziaria, Gasparri, *Voci*, pp. 37-56.

⁷³ Lo si apprende dal *breve de inquisitione* redatto l’anno successivo in occasione dell’inchiesta condotta, come subito si dirà, dal notaio Gunteram. Il primo dei testimoni interrogati comincia infatti dichiarando «Iam Ambrosio misso domno regi de causa ista professionem feci» (*Codice diplomatico longobardo*, I, n. 19, p. 62, linee 2-3).

⁷⁴ «dum ad tantorum annorum curricula possessionem ecclesie Sancti Donati in praedictas baptisterias vel edoceas esse cognovissemus, iustum nobis paruit» (ed. Schiaparelli, *Codice diplomatico longobardo*, I, n. 17, pp. 50-51); Sinatti d’Amico, *Le prove*, p. 184. L’istituto romano della prescrizione era stato recepito da Grimoaldo (cap. 4) adottando proprio l’espressione *annorum curricula* la quale è, a sua volta, ampiamente utilizzata da Giustiniano (C. 7.39).

⁷⁵ Padoa Schioppa, *Ricerche*, pp. 162-163. Circa i dubbi a proposito dell’autenticità del precetto liutprando, si veda Sinatti d’Amico, *Le prove*, pp. 186-187 e nota 24.

Liutprando dovette nuovamente occuparsi della questione. Il notaio Gunteram venne allora incaricato di svolgere una meticolosa inchiesta, al termine della quale un collegio di quattro giudici (impersonati da altrettanti vescovi) decise la causa a favore del vescovo di Arezzo. La decisione era certo conseguente alle risultanze del lavoro di Gunteram, e però i giudici – diversamente da ciò che aveva fatto l'anno prima il maggiordomo Ambrogio – imposero al contempo al vescovo aretino di prestare alla controparte (il vescovo senese) il giuramento collettivo «pro ampotandam intentionem»⁷⁶.

L'andamento del giudizio del 715 ricalca quindi perfettamente quello presieduto da Pertarito nel 674: una volta che il giudice – esaminando i luoghi e considerando i documenti e le dichiarazioni dei testimoni – abbia maturato un convincimento circa le buone ragioni di una parte sull'altra, assegna proprio a questa parte la prova del giuramento (con o senza sacramentali). Identica è anche la motivazione che viene data nei due casi: pur convinti delle ragioni sostanziali avanzate da una delle parti, i giudici si risolvono tuttavia (*tamen*) a imporre la prova formale «pro ampotandam intentionem».

Pur nella loro estrema rarità, le testimonianze della prassi paiono dunque confermare ciò che si era creduto di dedurre dalla lettura delle norme rotariane. Vi traspare però anche un elemento di novità laddove si riconosce un protagonismo del giudice longobardo ancor più pronunciato. Questi non aspetta, infatti, che sia la parte a richiamare in giudizio le evidenze e a produrre davanti a lui *chartae* e testimoni. Con un evidente ridimensionamento del principio dispositivo o negoziale, è invece il giudice stesso che svolge o fa svolgere puntuali indagini per conoscere la verità sostanziale.

Gli studiosi, naturalmente, non hanno mancato di rilevare questa singolarità dell'ordinamento longobardo rispetto al preteso “modello” dell'antico processo germanico. Si è però sempre voluto spiegare questo peculiare “potere d'indagine” del giudice longobardo e, con esso, il maggiore e più consapevole impiego giudiziale del documento e della prova per testimoni come altrettante innovazioni determinate dall'impari confronto cui i Longobardi erano costretti con il mondo italico e con la tradizione giuridica romana. Sotto la spinta dell'elemento cattolico, in particolare, il legislatore longobardo – a partire soprattutto da Liutprando – sarebbe quindi stato indotto a innestare, nel tronco di un procedimento che rimaneva sostanzialmente “germanico”, elementi significativi (o, come pure si diceva, “inquinamenti”) di romanità⁷⁷.

Come si è visto, però, vi sono attestazioni almeno sufficienti per pensare che lo svolgimento di un'*inquisitio* pubblica – cioè un'indagine ufficiale tesa

⁷⁶ *Codice diplomatico longobardo*, I, n. 20, pp. 77-84, qui p. 83 linea 10.

⁷⁷ Si veda infatti Bognetti, *Un contributo*, pp. 322-323 e, sulla sua scorta, Padoa Schioppa, *Ricerche*, pp. 153-158; Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 193-200 e 270-327; Cortese, *Il diritto*, pp. 166-172 e, più recentemente, ancora Padoa Schioppa, *Aspetti*, pp. 339 e 342-343 e Indelli, *La giustizia*, pp. 129-132. È per questo motivo – e cioè perché appartiene ormai a un'epoca in cui dovevano essersi affermate le norme liutprandee – che non si è qui esaminata la *notitia iudicati* del 762 (ed. Schiaparelli, *Codice diplomatico longobardo*, II, n. 163, p. 109), per la quale si rinvia a Sinatti d'Amico, *Le prove*, pp. 394-396).

all'accertamento dei fatti e svolta da un ufficiale regio (il gastaldo) o comunque dall'autorità pubblica – facesse parte delle normali procedure giudiziarie dei longobardi almeno a partire dal VII secolo. Una ulteriore conferma la offre lo stesso Rotari facendovi chiaro riferimento in due importanti capitoli del suo Editto (i capp. 23 e 24⁷⁸).

7. «*Pro ampotandam intentionem*»: un filo da seguire per allargare lo sguardo

Sia, però, che si contentasse degli elementi probatori prodotti dalle parti sia che svolgesse egli stesso (o facesse svolgere) apposite indagini, il giudice longobardo comunque non rinunciava a imporre la “prova” decisoria, pur assegnandola alla parte delle cui più forti ragioni si era convinto.

È legittimo, a questo punto, domandarsi quale sia l'origine di tale prassi che, a ragionare con logica moderna, potrebbe apparire contraddittoria o addirittura intrisa di ipocrisia. Ci si può chiedere, in altre parole, se essa nasca dalla difficoltà di allontanarsi dall'ancestrale impostazione “germanica” di cui si è detto all'inizio (quella per cui chi era chiamato a dirimere la lite non poteva schierarsi se non voleva ritrovarsi egli stesso coinvolto nella faida) o se invece – volendo provare a rinunciare al “dogma” della originaria e integrale germanicità delle istituzioni processuali dei Longobardi nei primi secoli della loro storia – la sua presenza nell'ordinamento longobardo nel VII secolo abbia una spiegazione differente.

Un'indicazione utile può venire porgendo attenzione alla clausola che abbiamo vista utilizzata in chiusura sia del giudicato di Pertarito del 674 sia di quello espresso dai giudici di Liutprando nel 715: «*pro ampotandam intentionem*», cioè “per troncane la controversia”. Entrambi i sovrani individuano quindi nel giuramento finale lo strumento per evitare che il giudizio lasci degli strascichi e per impedire, così, che la lite possa riaccendersi. E però già prima Rotari aveva utilizzato parole del tutto simili («*pro ampotanda inimicitia*») intendendo punire chi avesse aperto (o riaperto) la faida pur dopo aver accettato la *compositio* e il giuramento con co-giuratori prestato dalla parte avversa (Roth. cap. 143)⁷⁹.

⁷⁸ Roth. cap. 23: «*Si dux exercitalem suum molestaverit iniuste, gastaldius eum solatiet, quousque veritatem suam inveniat*» (traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 23: «Se un duca maltratta ingiustamente un suo esercitale, il gastaldo aiuti quest'ultimo fino ad accertare la verità»); Roth. cap. 24: «*Si quis gastaldius exercitalem suum molestaverit contra rationem, dux eum solatiet, quousque veritatem suam inveniet*» (traduzione in *Le leggi dei Longobardi*, p. 23: «Se un gastaldo maltratta un suo esercitale senza ragione, il duca aiuti quest'ultimo fino ad accertare la verità»).

⁷⁹ «*De eo, qui post accepta compositione se vendicaverit. Si homo occisus fuerit liber aut servus et pro homicidio ipso compositio facta fuerit et pro amputandam inimicitiam sacramenta prestita: et postea contegerit, ut ille, qui compositionem accepit, se vindicandi causa occiderit hominem de parte, de qua compositionem accepit*». È chiaro qui l'intento del legislatore volto a scongiurare la possibile (ri)apertura della faida.

Si deve quindi credere che l'espressione avesse una valenza "tecnica": si tratta evidentemente di una clausola cui era attribuito un significato specifico. In pratica, il giudice, considerate le risultanze del processo, invitava la parte che gli appariva in possesso degli argomenti più forti a effettuare la "prova" solenne in modo da "soddisfare" in maniera formale le pretese dell'avversario e così chiudere per sempre la lite.

Riconosciuta la natura per dir così tecnica dell'espressione, non dovrebbe allora sorprendere più di tanto il vedere come essa sia in realtà molto più antica e appartenga non alle *antiquitates* giuridiche germaniche bensì alla tradizione tardo-romana (o romanza). L'espressione riappare, infatti, in una formulazione sostanzialmente analoga («litem amputare»), nelle *Variae* di Cassiodoro⁸⁰. Essa però – sarà bene chiarirlo subito – non è propria del diritto romano classico (per un giurista educato al *ius civile romanorum* una lite "si estingue" o "si scioglie", ma non certo "si tronca"). E nemmeno essa appartiene alla cultura giuridica ecclesiastica che, dai tempi di Ambrogio di Milano, insiste sulla possibilità di correggere e *riformare* ogni sentenza, esaltando soprattutto il valore del perdono.

Piuttosto, occorre considerare come questo ricorso al *sacramentum* con finalità integrativa e decisoria s'inserisca perfettamente nel quadro dell'enorme espansione che l'uso del giuramento conobbe – in quasi ogni ambito della vita sociale – nel momento in cui l'intero mondo romano si veniva trasformando⁸¹. Era quella, del resto, l'epoca in cui, all'interno dell'impero d'Occidente in progressivo disfacimento, nascevano società multietniche caratterizzate da una *Mischkultur* che doveva soprattutto servire a facilitare la coesistenza tra le nuove élites militari barbare e le popolazioni residenti⁸².

Più specificamente, anzi, si può ritenere che questa prassi abbia la sua culla nel mondo militare tardo-romano o meglio in quei contesti "di frontiera" dove i generali romani cercavano di abituare i barbari, una volta arruolati, a un latino elementare e a una certa disciplina (quando poi si trattava di gruppi più numerosi e compatti di barbari che si facevano *militēs foederati*, questo compito spettava ad appositi *praefecti laetorum* o *gentilium*). Se già nei se-

⁸⁰ Cassiodori *Variae*, 7,3 (ed. Mommsen, pp. 292-293): «ad vos comitem destinare, qui secundum edicta nostra inter duos Gothos litem debeat amputare, si quod etiam inter Gothom et Romanum natum fuerit fortasse negotium, adhibito sibi prudente Romano, certamen possit aequabili ratione discingere. Inter duos autem Romanos Romani audiant quos per provincias dirigimus cognitores, ut unicuique sua iura serventur et sub diversitate iudicium una iustitia complectatur universos». Si tratta della famosa *Formula comitivae Gothorum* ed è certo significativo che Cassiodoro impieghi l'espressione che ci interessa relativamente al giudizio che vede avversari due Goti mentre preferisca ben altre perifrasi quando si tratta di evocare le liti miste o quelle che oppongono due "Romani". Circa il sistema di giustizia vigente nell'Italia ostrogota e le peculiari funzioni del *comes* come giudice, si veda Loschiavo, *Letà del passaggio*, pp. 162-169.

⁸¹ Circa il diffondersi del giuramento, dopo Wood, *Disputes*, pp. 14-17, si veda ora Lupoi, *Alle radici*, pp. 433-446 e Esders-Scharff, *Die Untersuchung*.

⁸² Sulle nuove società che si venivano formando, la letteratura è divenuta davvero sconfinata negli ultimi decenni. Si rinvia qui per tutti a Halsall, *Barbarian Migrations*, pp. 101-110, 118-131, 152-162, 462-482; James, *Europe's Barbarians*, in particolare i capp. VII e IX e Loschiavo, *Letà*, pp. 135-150.

coli del principato gli imperatori avevano garantito ai soldati il privilegio di una giustizia più semplice ed elastica di quella ordinaria, durante il dominio questa divenne sempre più diffusa e non di rado era preferita degli stessi civili che ne apprezzavano i caratteri di rapidità ed economicità. In ogni caso, fu proprio con questo genere di procedura semplificata che i barbari fecero esperienza entrando in contatto con la romanità.

Ai giudici militari non si chiedeva il rigoroso rispetto del diritto ufficiale né quello rigido delle forme. Si chiedeva invece, soprattutto, di porre in essere procedure rapide ed efficienti che, per l'appunto, troncassero rapidamente i litigi fra i soldati (che potevano minare la compattezza tra i reparti) come pure le lagnanze della popolazione per i soprusi e le prepotenze subite dai militari. Più che accertare i fatti contestati, premeva insomma di giungere a una definizione della lite in maniera rapida e definitiva. Così, nel mentre facilmente riconoscevano l'utilità di chiedere al *reus* una “prova d'innocenza integrativa” quando l'attore non fosse riuscito a provare le sue contestazioni (andando così contro il principio classico «*actore non probante, reus absolvitur*»)⁸³, i giudici militari potevano trovare vantaggioso adottare anche soluzioni originali e certo poco ortodosse, arrivando persino a recepire pratiche ordaliche già diffuse sui luoghi nei quali operavano⁸⁴. Certo, però, l'espedito più frequentemente impiegato doveva essere proprio quello di ricorrere al giuramento che, nelle più varie forme e funzioni, era pratica assai diffusa tra i militari. In particolare, a quei giudici doveva venir naturale rifarsi alla prassi di imporre il giuramento per corroborare e completare una prova di per sé ritenuta insufficiente (una prassi che troviamo attestata nelle altre forme alternative di giustizia, all'epoca frequentatissime, come arbitrati, mediazioni, e giudizi del vescovo)⁸⁵.

8. Conclusioni

È il momento di concludere. Rileggere la prima legislazione longobarda con occhi nuovi e confrontarla con le più antiche attestazioni della prassi giudiziaria del *regnum* non si è forse rivelato esercizio inutile. La struttura del sistema longobardo per dirimere le liti – anche di quello più antico, persino

⁸³ Si veda Loschiavo, *Figure*, pp. 82-95 e la letteratura ivi ricordata.

⁸⁴ Voß, *Vom römischen Provinzialprozeß*; Kerneis, *La justice militaire*.

⁸⁵ Lo ammette incidentalmente il giurista Gaio commentando l'editto provinciale (D. 12.2.31, ed. Mommsen-Krüger): «*solent enim saepe iudices in dubiis causis exacto iureiurando secundum eum iudicare qui iuraverit*». Più ancora, però, questo impiego “surrogatorio” del giuramento è indicato nella *interpretatio* alle Pauli *Sententiae* (un testo che ebbe grandissima diffusione nella tarda romanità e che si continuò lungamente a leggere nell'Occidente post-romano): (*Int. ad Pauli Sententiae* 2.1.1, a cura di Bianchi Fossati Vanzetti, p. 27) «*Cum de repetitione pecuniae agitur et probatio debita pecuniae nulla proferatur, iubet huius rei ambiguitatem sacramentorum interpositione finiri*». Una simile soluzione era del resto confacente anche al mondo cristiano (si pensi a Paolo *Epist. ad Hebraeos*, 6.16: «il giuramento è una garanzia che pone fine a ogni controversia»; Loschiavo, *Figure*, pp. 90-95).

precedente l'editto rotariano – era probabilmente più complessa e articolata di come non l'avessero intesa gli storici del diritto dell'Ottocento e poi del Novecento. Questi avevano probabilmente esagerato nell'immaginare un processo longobardo strutturalmente indifferente verso l'accertamento della verità fattuale e caratterizzato dal ruolo assai ridotto riservato al giudice. Un procedimento, perciò, distante o addirittura incompatibile rispetto a quello di tradizione romana. Soprattutto, nel contrapporre nettamente l'originario e comune diritto germanico alla tradizione giuridica romana, non avevano tenuto in sufficiente conto come questa si fosse venuta complicando e molto trasformando nei secoli in cui l'antico già comincia a farsi medioevo. Quando i Longobardi si affacciavano in Occidente e cominciavano a confrontarsi con il mondo romano delle province danubiane, quest'ultimo doveva presentarsi ai loro occhi come qualcosa di estremamente grande e complesso, non però come qualcosa di assolutamente incomprensibile o inarrivabile.

Passando poi al supposto carattere unitario dell'antico processo germanico, va detto che, così come è possibile ricostruirlo attraverso le norme del primo Editto e le più antiche testimonianze della prassi, la procedura utilizzata dai Longobardi in Italia si presenta con caratteri che, se per alcuni aspetti appaiono effettivamente comuni a quelli in uso presso le altre realtà romano-barbariche, per altri aspetti sono piuttosto il frutto di adattamenti e soluzioni originali.

Quali che fossero i loro costumi ancestrali (sui quali è possibile fare solo supposizioni), è probabile che, nel momento in cui accettavano l'idea di avere un unico sovrano e di trasformarsi in sudditi di un regno con base territoriale stabile (quindi in Italia, se non già prima, quando si trovavano in Pannonia), i Longobardi furono indotti a temperare la propensione guerriera alla *Selbstjustiz* e anche ad andare oltre l'autarchica dialettica tra la minaccia della faida e l'offerta/pretesa della compensazione economica del danno subito. Per un verso, essi conservavano il tradizionale costume guerresco di risolvere le controversie ricorrendo alla *pugna* (che, più che un'ordalia, è una controfigura della faida ridotta ai minimi termini). Per altro verso, però, come anche per vari altri aspetti del vivere sociale, i Longobardi si aprivano allora ad abitudini già radicate nel mondo tardo romano e nate come alternativa, o addirittura in opposizione, al diritto ufficiale dell'impero. E quelle prassi, naturalmente, recepivano non senza adattare ai loro gusti, alle loro specificità.

Così la prova ordalica (ammesso che appartenesse al nucleo originario di consuetudini) rimase confinata come ipotesi residuale per regolare le accuse lanciate contro i servi. Il giuramento, secondo una prassi ampiamente diffusa nelle province tardo-romane, fu utilizzato quale strumento decisivo supplementare, da aggiungere come un suggello formale alla decisione già presa dal giudice sulla base delle risultanze emerse nel corso del giudizio. Per i guerrieri longobardi, tuttavia, poiché costringeva chi lo prestava a impegnare l'anima, esso conferiva valore sacrale alla "verità" processuale. In questo modo, quella "innocenza" che altrimenti sarebbe solamente derivata dall'esile constatazione del non essere riuscito l'attore/accusatore a provare le proprie

affermazioni, trovava invece una conferma solenne. In altri termini, la prestazione del giuramento consentiva di “soddisfare” in qualche misura l'onore della controparte che usciva sconfitta.

La prova del *sacramentum* fu poi integrata con la previsione della necessaria presenza dei co-giuratori. In questo modo, certamente trovava espressione la presenza ancora forte del gruppo parentale: una presenza che i sovrani, evidentemente, non erano in grado di scardinare completamente. Ed è però il caso di notare che, se i co-giuratori non sono certo un'istituzione squisitamente pan-germanica⁸⁶, la soluzione inizialmente prevista da Rotari nel cap. 359 – quella che prevedeva che fosse la controparte a scegliere la metà dei *sacramentales* (una soluzione che, peraltro, la prassi giudicò presto poco utile e tese a superarla) – pare invece essere una specificità tutta longobarda⁸⁷.

Con o senza i sacramentali, ciò che però soprattutto va sottolineato è che la prova *per sacramentum* continuò ad assolvere la funzione che già svolgeva nella prassi tardo-romana (soprattutto in contesti provinciali), quella cioè di integrare con un suggello formale i risultati comunque emersi nel corso della procedura di giustizia (civile o criminale) volta per volta attuata (mediazioni, arbitrati, giudizi episcopali, forme legalizzate di auto-justizia). E, in maniera del tutto analoga, anche presso i Longobardi il *sacramentum* conviveva e s'integrava con altri strumenti con i quali i giudicanti si sforzavano di giungere a conoscere i fatti e ad attribuire le responsabilità.

Un sistema che, tutto sommato, sarebbe ingiusto qualificare sbrigativamente come “barbaro” o anche “primitivo” e tutto dominato dall'irrazionalità.

⁸⁶ Lupoi, *Alle radici*, pp. 434-439.

⁸⁷ Come si è già rilevato (*supra* nota 56), la documentazione lascia intendere che molto spesso il cap. 359 era disatteso e i co-giuratori erano scelti dalla sola parte che giurava o dal giudice: Roth. cap. 359.

Opere citate

- P. Alvazzi del Frate, M. Cavina, R. Ferrante *et alii*, *Tempi del diritto*, Torino 2016.
- G. Astuti, *Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico* (1973), ora in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, scritti raccolti a cura di G. Diurni, Napoli 1984, I, pp. 81-104.
- C. Azzara, "... quod caverfedā antiqua usque nunc sic fuisse". *Consuetudine e codificazione nell'Italia longobarda*, in *Alto medioevo mediterraneo*, a cura di S. Gasparri, Firenze 2005, pp. 251-257.
- R. Bartlett, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford 1986.
- O. Bertolini, *Le chiese longobarde dopo la conversione al cattolicesimo ed i loro rapporti con il papato*, in *Le chiese nei regni dell'Europa occidentale e i loro rapporti con Roma sino all'800*, Atti della VII Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 7-13 aprile 1959, Spoleto 1960, I, pp. 491-525.
- E. Besta, *Le fonti dell'Editto di Rotari*, in *Atti del I Congresso internazionale di studi longobardi*, Spoleto, 27-30 settembre 1951, Spoleto 1952, pp. 51-69.
- M.A. Bethmann-Hollweg, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, I-VI, Bonn 1868-1874.
- F. Beyerle, *Das Entwicklungsproblem im germanischen Rechtsgang*, I, *Sühne, Rache und Preisgabe in ihrer Beziehung zum Strafprozess der Volksrechte*, Heidelberg 1915.
- G.P. Bognetti, *Il gastaldato longobardo e i giudicati di Adalaldo, Arialdo e Pertarido nella lite fra Parma e Piacenza* (1940), ora in Bognetti, *Letà longobarda*, I, pp. 219-274.
- G.P. Bognetti, *Un contributo alla storia del diritto penale longobardo in una comunicazione di Achille Ratti (Pio XI) all'Istituto Lombardo* (1940), ora in Bognetti, *Letà longobarda*, I, pp. 275-359.
- G.P. Bognetti, *Frammenti di uno studio sulla composizione dell'Editto di Rotari*, in Bognetti, *Letà longobarda*, IV, pp. 583-609.
- G.P. Bognetti, *Letà longobarda*, I-IV, Milano 1966-1968.
- H. Brunner, *Die Klage mit dem toten Mann und die Klage mit der toten Hand*, in «Rechtsgeschichte. Germanistische», 31 (1910), pp. 235-252.
- H. Brunner, *Deutsche Rechtsgeschichte*, I, Berlin 1906³ (= 1961).
- H. Brunner, C.F. von Schwerin, *Deutsche Rechtsgeschichte*, II, Berlin 1928² (= 1958).
- L.F. Bruyning, *Il processo longobardo prima e dopo l'invasione franca*, in «Rivista di storia del diritto italiano», 57 (1984), pp. 121-154.
- F. Calasso, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1951.
- F. Calasso, *Medioevo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954.
- F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano 1967².
- M. Caravale, *Ordinamenti giuridici dell'Europa medievale*, Bologna 1994.
- G. Cassandro, *La tutela dei diritti nell'alto Medioevo*, Bari 1950.
- Cassiodori Senatoris *Variae*, a cura di T. Mommsen, in MGH, *Auctores Antiquissimi*, XII, Berlin 1894.
- G. Chiovenda, *Romanesimo e germanesimo nel processo civile*, in G. Chiovenda, *Saggi di diritto processuale civile (1900-1930)*, I, Roma 1930, pp. 181-224.
- G. Chiovenda, *Sulla influenza delle idee romane nella formazione dei processi civili moderni*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano, Bologna e Roma, 17-27 aprile 1933*, Pavia 1935, II, pp. 410-438.
- Codex Theodosianus*, cura di T. Mommsen, Berlin 1904.
- Codice diplomatico longobardo*, I-II, a cura di L. Schiaparelli, Roma 1929 e 1933; III.1, a cura di C. Brühl, Roma 1973.
- E. Conte, *Droit médiéval. Un débat historiographique italien*, in «Annales HSS», 6 (2002), pp. 1593-1613.
- E. Conte, *Diritto comune. Storia e storiografia di un sistema dinamico*, Bologna 2009.
- E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, I, *L'alto medioevo*, Roma 1995.
- E. Cortese, *Il processo longobardo tra romanità e germanesimo*, in *La giustizia nell'alto medioevo (secoli V-VIII)*, Atti della XLII Settimana di studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto, 7-13 aprile 1994, Spoleto 1995, pp. 621-647, ora anche in E. Cortese, *Scritti*, Spoleto 1999, II, pp. 1139-1165.
- G.A. Davoud-Oghlou, *Histoire de la législation des anciens Germains*, II, Berlin 1845.
- P. Delogu, *L'Editto di Rotari e la società del VII secolo* (2001) ora in P. Delogu, *Le origini del medioevo. Studi sul settimo secolo*, Roma 2010, pp. 147-172.

- G. Dilcher, “*per gairethinx secundum ritus gentis nostrae confirmantes*”. *Zu Recht und Ritual im Langobardenrecht*, in *Leges Gentes Regna*, pp. 419-448.
- K.F. Drew, *Notes on Lombard Institutions*, in *Law and Society in Early Medieval Europe*, London 1988, IV saggio.
- P. Fiorelli, *Duello. a) Parte storica*, in «Enciclopedia del diritto», XIV, Milano 1965, pp. 88-93. *Formulae Turonenses*, in MGH, *Formulae Merovingici et Karolini Aevi*, a cura di K. Zeumer, Hannoverae 1886.
- S. Gasparri, *Voci dai secoli oscuri. Un precorso nelle fonti dell'alto medioevo*, Roma 2017.
- J. Gaudemet, *Les ordalies au Moyen Âge: doctrine, législation et pratique canoniques*, in *Recueils de la société Jean Bodin*, XVII, *La Preuve*, 2^e partie, Bruxelles, 1965, pp. 99-135.
- G. Gaudian, *Gemeindeutsches Recht im Mittelalter?*, in «*Ius Commune*», 2 (1969), pp. 33-42.
- A. Ghignoli, Libellario nomine. *Rileggendo i documenti pisani dei secoli VIII-X*, in «*Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medio Evo*», 111 (2009), pp. 1-57.
- La giustizia vendicativa*, a cura di P. Di Lucia, L. Mancini, Pisa 2015.
- J. Goebel (Jr.), *Felony and Misdemeanor. A Study in the History of English Criminal Procedure*, New York 1937 (= Pennsylvania 1976).
- J. Grimm, *Deutsche Rechtsaltertümer*, (1821) 4. vermehrte Auflage, Leipzig 1899 (= Darmstadt 1965).
- P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1994.
- G. Halsall, *Barbarian Migrations and the Roman West, 376-568*, Cambridge 2007.
- T. Indelli, *La giustizia nella Langobardia meridionale tra norma e prassi*, Spoleto 2020.
- Isidori hispalensis episcopi *Etymologiarum sive Originum libri XX*, a cura di W.M. Lindsay, I-II, Oxford 1911 (= 1989).
- Iustiniani *Digesta*, in *Corpus Iuris Civilis*, vol. I, a cura di T. Mommsen, P. Krüger, Berlin 1963¹⁷.
- E. James, *Europe's Barbarians A.D. 200-600*, Harlow 2009 (tr. it. *I barbari*, Bologna 2011).
- S. Kerneis, *La justice militaire des populations barbares de l'Empire. Les premières applications de l'ordalie*, in *Ravenna Capitale. L'esercito romano e l'alba dell'Europa*, Santarcangelo di Romagna 2020, pp. 101-113.
- Leges Gentes Regna. Zur Rolle von germanischen Rechtsgewohnheiten und lateinischer Schriftradtition bei der Ausbildung der frühmittelalterlichen Rechtskultur*, a cura di G. Dilcher, E.-M. Distler, Berlin 2006.
- Leges Langobardorum*, a cura di G.H. Pertz, in MGH, *Leges*, IV, Hannoverae 1868.
- Le leggi dei Longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*, a cura di C. Azzara, S. Gasparri, Roma 2005.
- Liber legis Langobardorum Papiensis*, a cura di A. Boretius, in *Leges Langobardorum*, pp. 290-585.
- E.T. Liebman, *Qualche osservazione sullo studio della storia del processo civile*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto processuale civile, ottobre 1950*, Padova 1953, pp. 309-311 (anche in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, Bologna 1953, IV, pp. 245-248).
- E. Löning, *Geschichte des deutschen Kirchenrechts*, II, *Das Kirchenrecht im Reiche der Merowinger*, Berlin 1878 (= Berlin / Boston 2019).
- L. Loschiavo, *Autodifesa, vendetta, repressione poliziesca. La lotta al brigantaggio nel passaggio dalle provincie tardo-imperiali ai regni romano-barbarici*, in *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*, a cura di F. Botta, Torino 2003, pp. 105-133.
- L. Loschiavo, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo medioevo*, Milano 2004.
- L. Loschiavo, *La risoluzione dei conflitti in età altomedievale: un excursus storiografico*, in *Il diritto per la storia. Gli studi storico giuridici nella ricerca medievistica*, a cura di E. Conte, M. Miglio, Roma 2010, pp. 91-111.
- L. Loschiavo, *Le leges barbarorum e i regolamenti militari romani. Alcuni esempi e spunti per una ricerca*, in «*Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*», 20 (2014), pp. 325-343.
- L. Loschiavo, *Letà del passaggio. All'alba del diritto comune europeo (secoli III-VII)*, Torino 2019².
- M. Lupoi, *Alle radici del diritto comune europeo*, Roma 1994.
- E. Mayer-Homberg, *Beweis und Wahrscheinlichkeit nach älterem deutschen Recht*, Marburg 1921.
- K. Modzelewski, *L'Europa dei barbari. Le culture tribali di fronte alla cultura romano-cristiana*, Torino 2008 (ed. or. 2004).
- J.-M. Moeglin, *Le «droit de vengeance» chez les historiens du droit au Moyen Âge (XIX^e-XX^e siècles)*, in *La vengeance*, pp. 101-158.

- P. Ostermann, *Blutrache und Fehde in isländischen Quellen*, in *Leges Gentes Regna*, pp. 391-413.
- A. Padoa Schioppa, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano 1967.
- A. Padoa Schioppa, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2016².
- A. Padoa Schioppa, *Aspetti della giustizia nei placiti longobardi: note sul sistema delle prove*, in *Leges Gentes Regna*, pp. 333-348.
- B. Paradisi, *Il prologo e l'Epilogo dell'Editto di Rotari* (1968), ora in B. Paradisi, *Studi sul medioevo giuridico*, Roma 1987, I, pp. 189-220.
- F. Patetta, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato*, Torino 1890.
- Pauli Sententiae. Testo e interpretatio*, a cura di M. Bianchi Fossati Vanzetti, Padova 1995.
- I placiti del «Regnum Italiae»*, a cura di C. Manaresi, I, Roma 1955.
- K.A. Rogge, *Über das Gerichtswesen der Germanen – ein germanistischer Versuch*, Halle 1820.
- G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, I [*Storia del diritto italiano*, dir. P. Del Giudice, 3.1], Milano 1925 (= Frankfurt a. M.-Firenze 1969).
- F. Schupfer, *Il diritto privato dei popoli germanici con particolare riguardo all'Italia*, I-IV, Città di Castello -Torino 1909-1914².
- M. Scovazzi, *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milano 1957, ora anche in Scovazzi, *Scritti di storia*, vol. I.
- M. Scovazzi, *Processo e procedura nel diritto germanico*, (1958) ora in M. Scovazzi, *Scritti di storia*, II, pp. 123-215.
- M. Scovazzi, *Il diritto islandese nella Landnámabók*, Milano 1961.
- M. Scovazzi, *Scritti di storia del diritto germanico*, I-II, Milano 1975.
- F. Sinatti d'Amico, *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo. Legislazione e prassi da Rotari ad Astolfo*, Milano 1968.
- P. Cornélii Taciti *libri qui supersunt*, II.2, *De origine et situ Germanorum liber*, a cura di A. Önnersfors, Stuttgart 1983.
- N. Tamassia, *Le fonti dell'Editto di Rotari* (1889), ora in N. Tamassia, *Scritti di storia giuridica*, II, Padova 1967, pp. 181-285.
- The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, a cura di W. Davies, P. Fouracre, Cambridge 1986.
- Die Untersuchung der Untersuchung*, in *Eid und Wahrheitssuche. Studien zu rechtlichen Befragungspraktiken in Mittelalter und früher Neuzeit*, a cura di S. Esders, T. Scharff, Frankfurt am Main 1999, pp. 11-47.
- La vengeance. Études d'ethnologie, d'histoire et de la philosophie*, III, *Vengeance, pouvoirs et idéologies dans quelques civilisations de l'Antiquité*, a cura di J.-P. Poly, R. Verdier, Paris 1984.
- La vengeance, 400-1200*, a cura di D. Barthélemy, F. Bougard, R. Le Jan, Rome 2006 (Collection de l'École française de Rome, 357).
- W.E. Voß, *Vom römischen Provinzialprozeß der Spätantike zum Rechtsgang des frühen Mittelalters*, in *Recht im frühmittelalterlichen Gallien. Spätantike Tradition und germanische Wertvorstellungen*, a cura di H. Siems, K. Nehlsen-von Stryk, D. Strauch, Colonia-Weimar-Vienna 1995, pp. 73-108.
- Vindicta. Studi e testi sulla giustizia vendicatoria*, a cura di P. Di Lucia, R. Mazzola, Milano 2019.
- D. Werkmüller, *Handhafte Tat*, in *Handwörterbuch zur deutschen Rechtsgeschichte*, I, Berlin 1971, coll. 1965-1973.
- C. Wickham, *Land disputes and their social framework in Lombard-Carolingian Italy, 700-900*, in *The Settlement of Disputes*, pp. 105-124.
- W.E. Wilda, *Das Strafrecht der Germanen*, Halle 1842.
- I. Wood, *Disputes in late fifth- and sixth-century Gaul: some problems*, in *The Settlement of Disputes*, pp. 7-22.

Luca Loschiavo
Università degli Studi di Teramo
lloschiavo@unite.it