

Tommaso Indelli

*Tecniche di amministrazione della giustizia nel Mezzogiorno
longobardo tra norma e prassi (VI-XI sec.)*

Lombard juridical organisation had got many instruments for resolution of the disputes: legal procedure, extrajudicial and judicial transaction. Judicial surviving documentation demonstrates that Lombard juridical organization was not “primitive” or “rudimentary”, but it was very complex and presupposed the coexistence – in a only state – of many legal systems, distinguished for sources and subjects.

1. *Il dibattito storiografico*

Le modalità di amministrazione della giustizia, nelle compagini politiche barbariche costituitesi all’indomani della caduta dell’impero romano d’Occidente (V sec. d. C.), sono da tempo oggetto di un’attenta indagine storiografica, che non ha mancato di suscitare dubbi e aspre contrapposizioni. Si possono riscontrare due aspetti distinti sulla questione che, in parte, rispecchiano anche la diversa collocazione scientifica degli studiosi: da una parte gli storici del diritto, dall’altra gli storici *tout court* attenti oltre che alla ricostruzione del dato giuridico in senso stretto, anche all’analisi del dato evenemenziale, relativo alla ricostruzione dei fatti storico-politici di cui il dato giuridico è espressione¹.

¹ Tra i due filoni storiografici ancora oggi è possibile notare una scarsa disponibilità a mettere in comune i risultati delle rispettive ricerche, oltre che la forte impermeabilità fra uno studio di taglio strettamente tecnico-giuridico ed uno di taglio più squisitamente storico, più attento agli aspetti politico-sociali. Eppure, sarebbe auspicabile una maggiore collaborazione tra i due settori disciplinari, data la loro sostanziale

La storiografia del diritto ritiene che le normative contenute nei codici dei re barbari erano integralmente applicate nei rapporti tra sudditi, sia in ambito civile che penale. L'applicazione dei codici sarebbe stata integrale ed esaustiva, senza escludere il ricorso a criteri extralegali come la consuetudine – norma non scritta – l'equità, l'arbitrato secondo equità o le transazioni giudiziali e stragiudiziali, la cui applicazione, però, non avrebbe escluso, in altri casi, l'uso della legge scritta². Il diritto scritto, quindi, con il suo crisma di autorità e completezza, non avrebbe mai assunto il ruolo di puro strumento ideologico-politico. Infatti – argomenta tale filone storiografico – se le normative promulgate fossero state in gran parte disapplicate, in sede processuale e giudiziaria, sarebbe venuto meno il senso della loro stessa promulgazione. La storiografia del diritto, quindi, si colloca in una prospettiva cronologicamente e giuridicamente continuista rispetto alla prassi giuridica tardoimperiale. Ne consegue che, nell'ambito dell'amministrazione della giustizia e, in genere, dell'organizzazione istituzionale delle nuove compagini statali, non si sarebbe verificata alcuna frattura tra Tarda Antichità e Alto Medioevo, ma i re e i principi barbari avrebbero semplicemente continuato a legiferare – come gli imperatori romani – e sarebbe sopravvissuto un

interdipendenza. Infatti, la storia generale costituisce l'indiscutibile presupposto di quella giuridica, perché il diritto non può mai prescindere, nella sua configurazione ed evoluzione storica, dalla ricostruzione attenta delle dinamiche politiche e socio-economiche di ogni epoca. Allo stesso tempo, l'apporto della storiografia giuridica appare indispensabile – con il suo bagaglio di categorie e di elaborazioni tecniche – per l'esatta comprensione dei singoli istituti e delle articolazioni giuridiche delle società del passato. Per una visione generale delle posizioni storiografiche sui temi oggetto della presente indagine, *Forme stragiudiziali o straordinarie di risoluzione delle controversie nel diritto comune e nel diritto canonico*, a cura di P.A. BONNET – L. LOSCHIAVO, Napoli 2008, pp. 5 ss., L. LOSCHIAVO, *La risoluzione dei conflitti in età altomedievale: un excursus storiografico*, in E. CONTE – M. MIGLIO, *Il diritto per la storia. Gli studi storico-giuridici nella ricerca medievistica*, Roma 2010, pp. 91-107, A. PADOA-SCHIOPPA, *Giudici e giustizia nell'Italia carolingia*, in *Amicitiae pignus. Studi in ricordo di A. Cavanna*, a cura di A. PADOA-SCHIOPPA – G. DI RENZO VILLATA – G.P. MASSETTO, III, Milano 2003, pp. 1623-1635. Si vedano anche alcuni contributi contenuti in, *Disputes and Settlements. Law and Human Relations in the West*, ed. by J. BOSSY, Cambridge 1983, *The Settlement of Disputes in Early Medieval Europe*, ed. by W. DAVIES – P. FOURACRE, Cambridge 1986.

² Sull'equità, la transazione e la consuetudine, si veda in dettaglio più avanti.

legame con la concezione pubblica del potere politico e dell'articolazione statale, al di là di ogni retorico richiamo ai secoli bui in cui il potere – e le connesse funzioni – sarebbero stati in gran parte privatizzati³.

La storiografia *tout court* – soprattutto di origine anglosassone – ha invece considerato queste concezioni troppo dogmatiche e, pertanto, andrebbe sposata una tesi meno rigida e meno influenzata da prospettive storiografiche anacronistiche ed eccessivamente attualizzanti, basate sull'applicazione, alla realtà politico-istituzionale dei regni barbarici, della prassi degli stati moderni, caratterizzati dall'uniforme applicazione e diffusa conoscenza del diritto, da un apparato burocratico solido e definito, in grado di far rispettare la giustizia sull'intero territorio, sulla diffusione dell'alfabetizzazione e, quindi, della capacità dei consociati – e dei magistrati – di conoscere e comprendere il significato delle leggi⁴. I regni barbarici, invece – argomenta l'altro filone storiografico – avevano strutture politiche fluide, il personale amministrativo era molto ridotto, spesso non alfabetizzato, le popolazioni erano incapaci di leggere e scrivere, la corruzione dilagava e, soprattutto, il potere dei re era meno forte di quanto si possa pensare, costretto a confrontarsi, quotidianamente, con le pretese dell'aristocrazia fondiaria e con i suoi

³ Per una visione d'insieme di tali posizioni storiografiche si vedano M. ASCHERI, *I diritti del Medioevo italiano*, Roma 2000, M. BELLOMO, *Società e diritto nell'Italia medievale e moderna*, Roma 2002, S. BRAMBILLA, *Sintesi storica e fonti del diritto*, Torino 2008, F. CALASSO, *Medio Evo del Diritto. Le Fonti*, I, Milano 1954, A. CAVANNA, *Storia del diritto moderno in Europa. Le fonti e il pensiero giuridico*, I, Milano 1982, P. GROSSI, *L'Europa del Diritto*, Roma-Bari 2008, dello stesso Autore, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, Firenze 1962, A. PADOA-SCHIOPPA, *Storia del diritto in Europa*, Bologna 2007.

⁴ Tra i massimi rappresentanti di tale indirizzo storiografico, C. WICKHAM, *Comunità e clientele nella Toscana del XII secolo. Le origini del comune rurale nella Piana di Lucca*, Roma 1995, pp. 100 ss., 179 ss., ID., *Justice in the kingdom of Italy in the eleventh century*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-XI)*, 11-17 aprile 1996, I, Spoleto 1997 (Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XLIV), pp. 170-185. L'Autore è convinto che il ricorso a criteri stragiudiziali di risoluzione delle controversie era ben vivo ancora in piena età comunale, nella Toscana del XII sec. La civiltà comunale, quindi, nonostante la riscoperta del diritto romano – *ius commune* – non avrebbe rappresentato una frattura nell'applicazione delle pratiche giudiziarie precedenti. Sul punto si veda anche ID., *Sonnambuli verso un nuovo mondo. L'affermazione dei comuni italiani nel XII secolo*, Roma 2017, pp. 5 ss.

poteri di patronato e clientela⁵. Le compagini barbare erano fondate sul policentrismo di poteri, anziché sull'uniformità politico-amministrativa degli stati moderni, un policentrismo animato da una continua e violenta dialettica fra l'autorità centrale – regale o principesca – fonte e garante della legge codificata, e i poteri locali – pubblici o signorili – maggiormente legati agli usi consuetudinari, a pratiche arbitrali e solleciti a intervenire, nella risoluzione delle controversie, in competizione con il potere centrale⁶. Secondo tale filone storiografico, dunque, le *Leges Barbarorum* sarebbero state un semplice espediente politico-ideologico utilizzato dai sovrani per giustificare il loro potere, attraverso un esplicito richiamo al passato imperiale, rispetto al quale essi miravano a porsi in continuità, utilizzando altisonanti titoli onorifici per connotare la loro funzione⁷. Inoltre, il carattere di espediente politico-ideologico di tale legislazione si riverberava anche sull'attività giurisdizionale. Secondo la consueta prassi germanica, infatti, essa si svolgeva in placiti pubblici – sorta di grandi *happening* – con la partecipazione di un gran numero di persone – *adstantes* – che, generalmente, erano ecclesiastici del luogo o individui di sesso maschile, in età pubere e di condizione libera, proprietari terrieri soggetti agli obblighi militari, ed esponenti

⁵ L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo. Dal crollo dell'Impero romano d'Occidente alla formazione dello ius commune*, I, Torino 2011, pp. 18 ss.

⁶ Sui regni barbarici in generale e sulle loro strutture burocratico-amministrative, J. DE LAVIGNY, *I regni romano-barbarici*, Ginevra 1974, pp. 15 ss., A. MARCONE, *I regni romano-barbarici: dall'insediamento all'organizzazione statale*, in *Gli stati territoriali nel mondo antico*, a cura di C. BEARZOT – F. LANDUCCI – G. ZECCHINI, Milano 2003, pp. 35-55, G. ROMANO – A. SOLMI, *Le dominazioni barbariche in Italia*, Milano 1940, pp. 105 ss., B. SAITTA, *Aspetti sociali ed economici dei regni romano-barbarici*, Catania 1992, pp. 30 ss., C. WICKHAM, *L'eredità di Roma. Storia d'Europa dal 400 al 1000 d. C.*, Bari 2014, pp. 1 ss.

⁷ Sulle *Leges Barbarorum* come espediente politico-ideologico e, nello specifico, sull'Editto di Rotari, A. VISCONTI, *L'influenza della personalità di re Rotari sulla legislazione del popolo longobardo*, in *Atti del I Congresso internazionale di studi longobardi* (Spoleto 27-30 settembre 1951), Spoleto 1952, pp. 517-28, P. WORMALD, *The Leges Barbarorum: law and Ethnicity in the post-roman West*, in *Regna and Gentes. The Relationship between Late Antiquity and Early Medieval peoples and Kingdoms*, ed. by H.-W. GOETZ – J. JARNUT – W. POHL, Leiden-Koln 2003 (The Transformation of the Roman World, 13), pp. 21-38.

della classe dirigente del luogo, spesso provvisti anche di un minimo di alfabetizzazione⁸. Agli *adstantes* si aggiungevano il magistrato e il collegio giudicante, quasi a costituire una sorta di palcoscenico processuale in cui ogni attore recitava il proprio ruolo⁹.

⁸ Sulla definizione del placito medievale come *happening*, M. ASCHERI, *Introduzione storica al diritto medievale*, Torino 2007, pp. 103 ss. Nella documentazione processuale, la categoria degli *adstantes* era indicata con altre svariate denominazioni, ad esempio *arimanni*, *singuli circumstantibus*, *idonei homines*, *plurimi adstantes*, *plurimorum adstantes* ecc. *Codice Diplomatico Longobardo*, I-II, a cura di L. SCHIAPARELLI, Roma 1929-1933 (Fonti dell'Istituto Storico Italiano per il Medioevo), I, nn. 21, 81, II, n. 46. Sugli *adstantes* longobardi, si veda anche, S. GASPARRI, *La questione degli arimanni*, in «Bullettino dell'Istituto storico italiano per il Medioevo e Archivio Muratoriano», LXXXVII (1978), pp. 121-135.

⁹ H. KELLER, *I placiti nella storiografia degli ultimi cento anni*, in *Fonti medievali e problematica storiografica*. Atti del Convegno di studi delle fonti del Medioevo europeo in occasione del 70° della fondazione dell'Istituto storico italiano (Roma, 14-18 aprile 1953), Roma 1957, pp. 41-60. Per Wickham il processo – precisamente il placito – era soltanto uno dei differenti modi con cui i soggetti giuridici, nella vita quotidiana, potevano risolvere le loro vertenze giudiziarie. La vita reale in città e, soprattutto, nelle campagne andava diversamente, perché i *pauperes* preferivano ricorrere a procedure meno costose, più sbrigative, e alle autorità più vicine ai loro luoghi di residenza e, nello specifico, ai signori, alla transazione e all'arbitrato. I placiti pubblici erano organismi assembleari molto dispendiosi che si svolgevano, di solito, nei centri urbani più importanti, e la maggior parte delle controversie non arrivava in questi consessi, ma era decisa localmente. La giustizia praticata nei placiti era ritualizzata e altamente formale, presupponeva una buona assistenza processuale e una buona conoscenza delle formule giuridiche. La mancanza di abbondante documentazione – relativa ai modi informali e, talvolta, stragiudiziali di tutela dei diritti – non deve indurre a pensare ad una scarsa diffusione degli stessi. In ogni caso, al di là delle dichiarazioni di principio o programmatiche, contenute nei prologhi delle normative altomedievali – comprese quelle longobarde – bisogna tenere presente che una valutazione attendibile della qualità della giustizia applicata nei secoli dell'Alto Medioevo impone di constatare come, nella gran parte dei casi, l'applicazione del diritto era sacrificata – attraverso la sua disapplicazione totale o il tradimento della *ratio* ispiratrice delle normative – alle opportunità politiche del momento, al fine di non alterare i rapporti sociali esistenti a favore, casomai, degli *humiliores*. Anche la documentazione processuale della Longobardia minore dimostra come, nella gran parte dei casi, erano i *potentes*, soprattutto i grandi enti ecclesiastici – vescovati e monasteri – ad ottenere tutela giuridica in sede processuale, collezionando sentenze compiacenti. Tutto ciò non può che essere il prodotto di un atteggiamento pregiudiziale di favore, da parte dei giudici locali e degli stessi sovrani, nei confronti delle chiese episcopali o dei grandi monasteri. Sulla

L'esame della documentazione processuale proveniente dal Mezzogiorno longobardo – *notitiae iudicati* – consente, seppure in modo frammentario, di constatare l'esistenza di un sistema giudiziario articolato e plurale, fondato sul rispetto della legge scritta – Editto di Rotari¹⁰ in primis – e, al contempo, sull'applicazione di fonti normative diverse, formalmente esterne all'Editto, come la *consuetudo loci* e l'*aequitas*¹¹.

struttura del processo altomedievale e sul suo carattere ideologico, cioè il luogo in cui si manifestava la giustizia del re, si vedano, G. ALBINI, *Poveri e povertà nel Medioevo*, Roma 2016, pp. 148 ss., A. CASTAGNETTI, *Giustizia partecipata. 'Lociservatores', scabini e astanti nei placiti lucchesi (785-822)*, in «Studi medievali», LVI, 1 (2015), pp. 1-25, R. MCKITTERICK, *Perceptions of Justice in Western Europe in the ninth and tenth Centuries*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-XI)* cit. (nota 4), pp. 1076 ss., A. PADOA-SCHIOPPA, *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 59 ss.

¹⁰ ID., *Giustizia medievale italiana. Dal Regnum ai Comuni*, Spoleto 2015, pp. 61 ss. Non si dimentichi che, a dispetto della tanto esaltata autonomia del ducato longobardo di Benevento, esso era parte integrante del regno longobardo, almeno fino alla sua caduta, ad opera dei Franchi, nel 774. Soltanto a partire da quella data può parlarsi, a buon diritto, di piena autonomia. Nell'849, inoltre, la compagine unitaria del ducato si frammentò in due principati distinti – Benevento e Salerno – cui si aggiunse, per secessione da Salerno, il principato di Capua (fine IX sec.). I tre principati furono, poi, sottomessi dai Normanni, nella seconda metà dell'XI secolo e persero la loro indipendenza politica. Riguardo la legislazione vigente nella *Langobardia minor*, dunque, oltre all'Editto di Rotari – ed ai suoi emendamenti successivi ad opera dei re Grimoaldo (662-671), Liutprando (712-744), Ratchis (745-749) e Astolfo (749-756) – si applicavano anche i capitoli integrativi emanati dai principi di Benevento – Arechi II (758-787) e Adelchi (853-878) – rispettivamente nel 782 e nell'866. La promulgazione dei capitoli integrativi beneventani ebbe, senza dubbio, anche un valore di tipo propagandistico e ideologico, come emerge dalla lettura delle singole disposizioni della legislazione arechiana e dal Prologo legislativo di Adelchi, premesso alle norme da lui emanate. Sugli emendamenti beneventani all'Editto, P. BERTOLINI, *Arechi II*, in *Dizionario biografico degli Italiani*, IV, Roma 1962, pp. 25 ss., T. INDELLI, *Arechi II. Un principe longobardo tra due città*, Salerno 2011, pp. 45 ss. Sul Prologo di Adelchi, ADELCHI, *Prologo*, in *Le Leggi dei Longobardi. Storia, memoria e diritto di un popolo germanico*, a cura di C. AZZARA e S. GASPARRI, Roma 2005, p. 306.

¹¹ Il pluralismo giuridico fu una delle principali eredità che le stirpi germaniche, insediate all'interno dei confini dell'impero romano, lasciarono all'Europa medievale, almeno fino alle soglie dell'Età Contemporanea (XVIII sec.) e delle grandi codificazioni, elaborate sotto l'impulso dell'Illuminismo e del Positivismo giuridico. Lo stesso Editto longobardo contemplava, espressamente, l'ipotesi che il magistrato giudicante potesse decidere *extra legem*, ossia *per arbitrium*, secondo criteri equitativi.

La *consuetudo* era la prassi del luogo che informava i rapporti sociali e, in linea teorica, doveva essere conforme alla normativa editale, non potendo derogarvi, avendo una funzione puramente integrativa della legge scritta. Ovviamente, mancando una disciplina organica delle fonti normative – e una chiara gerarchia delle stesse – non era improbabile che, nell'ordinamento della Longobardia minore, il diritto non scritto potesse anche prendere il sopravvento sulle prescrizioni editali e che, col tempo, i giudici applicassero, nei loro tribunali, le consuetudini del luogo, anziché l'Editto¹².

Ciò è quanto avvenne a Benevento nell'839, in un giudizio presieduto, a palazzo, dal principe in persona, Sicardo (832-839)¹³. Il principe

Re Liutprando (712-744), infatti, in un suo emendamento all'Editto di Rotari impose alle parti di sottostare alle sentenze emanate dagli ufficiali regi, pena il pagamento al fisco di una sanzione di 20 solidi. Se le parti di un processo, però, lamentavano un'ingiustizia, il re consentiva l'impugnazione, davanti al tribunale regio, delle sentenze *contra legem* emesse dai suoi *iudices*; l'impugnazione della sentenza era consentita anche quando il giudice si era pronunciato *per arbitrium*. La formula *per arbitrium* – contenuta nella disposizione liutprandina – si è prestata a varie interpretazioni. La più fondata, comunque, rimanderebbe ad una decisione giudiziaria su una fattispecie non contemplata espressamente dall'Editto e, pertanto, disciplinata dal giudice in via equitativa o con il ricorso ad una consuetudine – *cawarfida* – non recepita nella legislazione editale. Ovviamente, non è da escludere che la norma facesse riferimento anche ad un caso di arbitrato *sui generis* affidato, previo accordo tra le parti, anziché ad un privato, al giudice, cui veniva chiesto di giudicare secondo equità, derogando al dettato normativo anche su una fattispecie editale. In entrambi i casi, comunque, accertato il comportamento illegittimo del giudice – e l'ingiustizia della sentenza o del lodo – il magistrato era condannato ad una pena di 40 solidi, da devolvere parte al re e parte all'appellante. Sul punto, LIUTPRANDO, cap. 28, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 22 e A. PADOA-SCHIOPPA, *Ricerche sull'appello nel diritto intermedio*, I, Milano 1967, pp. 150 ss.

¹² Ovviamente, nulla ostava a che il legislatore, col tempo, recepisce nell'Editto le norme formatesi in via consuetudinaria.

¹³ Nel Mezzogiorno longobardo la competenza a giudicare spettava, in suprema istanza, al duca e, dal 774, al principe, mentre, a livello periferico, giudicavano i gastaldi, suoi subordinati. Con la formazione dei principati di Benevento, Salerno e Capua (IX sec.), la funzione giurisdicente spettò sempre al principe e, su sua delega, in ambito periferico, ai gastaldi e, sempre più spesso, ai conti. I conti presentavano una natura ibrida, a metà tra quella del pubblico funzionario investito, dal principe, di competenze e di un territorio da amministrare, e quella del vero e proprio dinasta locale, praticamente indipendente dal potere principesco e titolare di pieni poteri su beni e uomini della

giudicò una causa tra chierici che avrebbe dovuto essere demandata, di rigore, al tribunale ecclesiastico – *ratione personae et materiae* – e, precisamente, tra il vescovo di Benevento e l'abate del cenobio di S. Maria in Luogosano. In tal caso, il principe non applicò l'Editto ma, in base a quanto espressamente dichiarato nella sentenza, si conformò a quanto previsto dalla *consuetudo loci* che consentiva ad un monastero, a detta delle parti, di possedere e gestire, in totale autonomia dalla diocesi – e dal vescovo – una chiesa con annesso fonte battesimale (la chiesa di S. Felice, a Benevento)¹⁴.

Il giudicato esaminato dimostra come il diritto scritto non prevaleva necessariamente su quello consuetudinario, secondo il modello offerto

contea. A partire dal X secolo ai tradizionali ufficiali si associò il giudice monocratico – *iudex* – membro di una categoria di veri e propri professionisti del diritto di cui, però, si ignorano luoghi e modalità di preparazione e formazione tecnica. Gli *iudices* – uomini ben alfabetizzati e di buone conoscenze giuridiche – in genere giudicavano a palazzo, nella sede del potere centrale, su appello o in prima istanza, e da soli, cioè senza essere coadiuvati da *adssesores*. Spesso il principe presenziava ai dibattimenti – ma non interveniva nel processo – lasciando al giudice monocratico il compimento di tutti gli atti processuali fino alla pronuncia della sentenza, di cui si redigeva processo verbale. In ogni caso, non c'erano criteri di competenza particolarmente rigidi – per materia e territorio – tali da non poter essere, in molte circostanze, derogati. Sulla natura della funzione e dei poteri comitali nel Mezzogiorno longobardo, N. CILENTO, *Le origini della signoria capuana*, Roma 1966, pp. 30 ss., A. DI MURO, *Ancora sulle contee del Mezzogiorno*, in «Rassegna Storica Salernitana», XXIX, 58, 2 (2012), pp. 202-213, ID., *Le contee longobarde e l'origine delle signorie territoriali nel Mezzogiorno*, in «Archivio storico per le Province Napoletane», CXXVIII (2010), pp. 52-66, V. LORÉ, *I conti nel Mezzogiorno longobardo: una nota*, in «Rassegna Storica Salernitana», XXIX, 58, 2 (2012), pp. 195-210. Sullo *iudex* monocratico, P. DELOGU, *La giustizia nell'Italia meridionale*, in *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli IX-XI)* cit. (nota 4), pp. 270-285. Sui gastaldi e i duchi, S. M. COLLAVINI, *Duchi e società locali nei ducati di Spoleto e Benevento nel secolo VIII*, in *I Longobardi dei ducati di Spoleto e Benevento*. Atti del XVI Congresso Internazionale di Studi sull'Alto Medioevo, (Spoleto 20-23 ottobre 2002 - Benevento 24-27 ottobre 2002), Spoleto 2003, pp. 142-160, C.G. MOR, *Gastaldo*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VII, Torino 1961, pp. 763 ss., ID., *I gastaldi con potere ducale nell'ordinamento pubblico longobardo*, in *Atti del I Congresso Internazionale di Studi Longobardi* cit. (nota 7), pp. 414-425.

¹⁴ *Iudicatum* (839, Benevento, marzo), in V. FEDERICI, *Chronicon Vulturense del monaco Giovanni*, III, Roma 1925-1938 (Fonti dell'Istituto Storico Italiano per il Medioevo), p. 388.

dalla prassi processuale tardoromana¹⁵. Tra la norma scritta e quella consuetudinaria non esisteva neppure quella rigida contrapposizione semantica – tipica delle codificazioni contemporanee – com'è dimostrato dalle ricorrenti espressioni normative quali *lex et consuetudo*, più volte rinvenibili nella documentazione legislativa e giudiziaria e che risultano difficilmente comprensibili alla sensibilità giuridica contemporanea¹⁶. Il sistema giuridico dell'epoca, quindi, non conosceva una rigida contrapposizione tra legge scritta e consuetudine, sottoinsiemi che non apparivano necessariamente distinti e contrapposti – come negli ordinamenti contemporanei – tanto che quando ci si riferiva all'una, spesso si richiamava anche l'altra – *lex et consuetudo* – in modo endiadico¹⁷.

¹⁵ Seguita anche da buona parte degli ordinamenti giuridici contemporanei di derivazione romanistica.

¹⁶ Nel caso della consuetudine, ad esempio, il richiamo espresso è molto frequente nella documentazione processuale. Nel caso specifico della codificazione longobarda – e del suo rapporto con il diritto consuetudinario – bisogna premettere che esso fu sempre dialettico e di continua e incessante osmosi, senza barriere nette tra norma scritta e orale. Ciò si comprende meglio se si tiene in considerazione che il patrimonio giuridico tribale dei Longobardi – come di tutte le tribù germaniche – era costituito da norme consuetudinarie, non scritte – le ben note *cawarfidae* – e che l'opera legislativa di Rotari fu soprattutto opera di codificazione, di messa per iscritto di un patrimonio fino a quel momento composto da norme tramandate oralmente, di generazione in generazione. Tuttavia, nonostante la codificazione rotariana e gli emendamenti successivi, molte *cawarfidae* continuarono a sopravvivere, nella prassi sociale, senza che il legislatore si preoccupasse, tranne alcuni casi e molti anni dopo, di codificarle. Una *cawarfida* non inserita originariamente nell'Editto poteva, però, esservi inserita successivamente. Alcune di queste consuetudini, con il tempo ed il progredire del processo di acculturazione dei Longobardi in senso cattolico-romano, finirono per apparire contrarie allo spirito e alla lettera della legislazione scritta, molto più al passo coi tempi. In alcuni casi, certi usi furono espressamente aboliti, in altri la prassi sociale fu così tenace da impedirne la soppressione con un intervento legislativo, come nel caso del duello, riguardo al quale Liutprando dichiarò di non poterlo abolire, sebbene lo ritenesse un istituto ingiusto e incompatibile con i principi cristiani. Sulle *cawarfidae* in generale, S. GASPARRI, *La memoria storica dei Longobardi*, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. XVII-XXX. Per alcune *cawarfidae* codificate successivamente all'emanazione dell'Editto, nel VII sec., e inserite nel testo legislativo, si veda, LIUTPRANDO, capp. 73, 77, 133, in *Le Leggi dei Longobardi* cit., pp. 180, 182, 218. Sui limiti imposti all'uso del duello da Liutprando e sul tentativo fallito di abrogare l'istituto, cap. 118, *ibid*, p. 208.

¹⁷ Esempi di riferimento alla *lex et consuetudo* sono reperibili in *Codex Diplomaticus*

La consuetudine poteva incidere non solo sul piano del “diritto sostanziale”, ma anche su quello procedurale, come avvenne in un processo tenuto a Benevento in cui, per mancanza di documentazione andata perduta, il principe, Radelchi II (881-884 e 897-900), consentì ad Adelperito, prevosto del monastero di S. Pietro, di provare la proprietà di tutto ciò che il monastero possedeva in terre, casali e servi, per donazione del palazzo o per altre vie, col giuramento di cinque *scariones* – procuratori legali – della chiesa, secondo la *consuetudo loci*¹⁸.

La norma consuetudinaria poteva prendere il sopravvento anche in una materia molto delicata come la giurisdizione penale e la repressione dei reati. Alcuni giudicati della Longobardia meridionale, infatti, erogano sanzioni criminali diverse – e, in genere, meno afflittive – rispetto a quelle contemplate nell’Editto per illeciti della stessa specie. Ad esempio, nel caso di falsificazione di documenti – *crimen falsi* – la sanzione prevista nel Mezzogiorno longobardo sembra essere stata la confisca dei beni e non l’amputazione della mano, prevista dall’Editto di Rotari e, probabilmente, mutuata dal coevo diritto bizantino (VII sec.)¹⁹. L’amputazione dell’arto era prevista, ancora nell’VIII sec., dall’Ecloga dell’imperatore d’Oriente, Leone III Isaurico (717-741), per le falsificazioni di atti legali o monete, e certamente applicata, all’epoca, nei possedimenti bizantini del Sud²⁰. La confisca dei beni per tale fattispecie criminale, frequentemente applicata nel Mezzogiorno longobardo – come si evince dalla documentazione processuale –, non era prevista né nell’Editto di Rotari né negli emendamenti dei principi Arechi II (VIII sec.) e Adelchi (IX sec.)²¹.

Cavensis, I-VIII, a cura di M. MORCALDI – M. SCHIANI – S. DE STEPHANO, Milano-Napoli-Pisa, 1873-1893, IX-X, a cura di S. LEONE – G. VITOLO, Badia di Cava, 1984-1990, I.163, 490, IV.590, 609.

¹⁸ *Cartula iudicati* (899, Benevento, agosto), in *Chronicon Vulturense* cit. (nota 14), 79, II, pp. 20 ss.

¹⁹ Per la sanzione contro i falsificatori di documenti e monete, ROTARI, capp. 242-243, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 76.

²⁰ LEONE III, *Ecloga*, 17.18, ed. by L. BURGMANN, *Das Gesetzbuch Leons III und Konstantinos V*, Frankfurt 1983 (Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte, 10), p. 231.

²¹ Ovviamente nulla esclude l’esistenza, all’epoca, di norme giuridiche emanate dai predetti principi, ad integrazione dell’Editto, che disponevano in tal senso. Norme che, però, non ci sono pervenute.

Probabilmente, i giudici che agivano in tal modo lo facevano indipendentemente dall'osservanza dell'Editto, in ottemperanza ad una consuetudine locale, formata *ob causam aequitatis*. Tra i casi di falso ben documentati, si ricordi quello del notaio Godefrid, falsificatore di molti documenti, che subì la confisca dei beni del suo patrimonio, poi donati dal principe Arechi II al cenobio beneventano di Santa Sofia, da lui stesso fondato (762 ca.)²². Allo stesso modo, Arechi II agì contro il notaio-falsario Talarico, i cui beni furono confiscati e donati a Santa Sofia. Accusato della falsificazione di alcuni documenti legali, il notaio si sottrasse alla sanzione prevista dall'Editto – amputazione della mano – e fuggì a Napoli. Per tale motivo subì la confisca dell'intero patrimonio, probabilmente in applicazione degli emendamenti all'Editto, promulgati da re Ratchis (VIII sec.)²³.

²² *Praeceptum oblationis* (774, Benevento, novembre), in *Chronicon Sanctae Sophiae* (cod. Vat. Lat. 4939), a cura di J.-M. MARTIN, Roma 2000 (Fonti per la Storia dell'Italia Medievale. Rerum Italicarum Scriptores, 3), II, 4.

²³ *Iudicium* n. 77 (novembre, 758-774), in *Codice Diplomatico Longobardo*, IV.2. *I diplomi dei duchi di Benevento*, a cura di H. ZIELINSKI, Roma 2003 (Fonti per la storia d'Italia, 65). L'Editto di Ratchis puniva tutti coloro che, senza autorizzazione regia, emigravano in territorio nemico (nel caso esaminato nel testo – Napoli – che, all'epoca, era territorio bizantino). RATCHIS, cap. 9, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 268. Per l'amputazione della mano del falsario, ROTARI, cap. 243, *ibid.*, p. 76. Tuttavia, nonostante i casi menzionati nel testo, non sembra che una consuetudine espressamente contraria al dettato legislativo potesse trovare frequente applicazione nei tribunali. Essa andava probabilmente disapplicata, oltre che proibita, come è dimostrato da alcune disposizioni in tal senso, rinvenibili nell'Editto stesso. La norma scritta e la volontà del legislatore, adeguatamente espresse, facevano piazza pulita della prassi contraria e il giudice era tenuto a conformarsi al diritto scritto. Ad esempio, re Astolfo proibì espressamente la *mala consuetudo* ovvero che i monasteri del regno, sotto la sua protezione, esigessero, in caso di illeciti commessi a loro danno, composizioni pecuniarie superiori del doppio rispetto all'ordinario, profittando del *mundeburdio regio* di cui usufruivano. Il re dispose che la composizione riservata ai monasteri sotto patrocinio regio fosse quella esigibile da tutti gli altri luoghi di culto per i medesimi illeciti. In un altro caso, il principe di Benevento, Arechi II, vietò la *infamis et illicita consuetudo* che autorizzava le donne nubili o vedove – per sottrarsi al *mundio maschile* – ad abbracciare fittiziamente la vita religiosa e a pronunciare i voti, continuando a vivere nel lusso e nella corruzione morale. Esse furono costrette – anche contro la loro volontà – ad entrare effettivamente in monastero e lasciare la vita secolare. Il principe beneventano Adelchi proibì la *mala consuetudo* dei servi di

La deroga alle prescrizioni edittali – a seguito dell’applicazione della *consuetudo loci* – non escludeva l’applicazione dell’Editto in tutti gli altri casi. In un giudicato pronunciato da Arechi II, *in palatio*, a carico di Alipergera che, nonostante la sua monacazione, aveva contratto matrimonio con *Taurus, filius Ramfoni*, il principe applicò integralmente la normativa edittale – a cui rinviò espressamente nel testo della sentenza – stabilendo la totale confisca dei beni della colpevole²⁴. Tuttavia, nel testo dei giudicati, molto spesso si faceva riferimento all’applicazione testuale dell’Editto, senza specificare le disposizioni normative effettivamente applicate²⁵. Ad esempio, nel 1030, *in sacro salernitano palatio*, il principe di Salerno, Guaimario IV (1027-1052), giudicò espressamente *secundum legem*, in prima persona e senza assistenza di giudici, a quanto risulta dal testo del giudicato riportato in un *memoratorium* redatto, ai fini di prova, dal notaio Giovanni, nell’interesse del cenobio salernitano di S. Massimo che era parte nel processo. Il principe – definito, nel *memoratorium*, “*gloriosa potestas*” – molto probabilmente intervenne al posto del giudice, data la delicatezza della questione, poiché una delle parti coinvolte era Maione, abate di S. Massimo, monastero salernitano attiguo al *palatium* e sotto patronato della stirpe principesca. Un giudice intervenne, in corso di giudizio, solo per svolgere, con l’assistenza di un notaio, un’*inquisitio* ordinata dal principe nei luoghi

sposarsi o convivere con donne libere, pena la riduzione in servitù anche della donna. Da questi esempi ne consegue – salvo rare eccezioni – che la cattiva consuetudine – espressamente contraria alla normativa dell’Editto – non poteva esplicitare valore, in sede giudiziaria, né poteva abrogare, in tutto o in parte, la normativa scritta, secondo il principio della desuetudine. Generalmente, era il legislatore a proibirla, con il dettato normativo, o il giudice a disapplicarla in sede processuale. Sul punto, ASTOLFO, cap. 17, ARECHI II, cap. 12, ADELCHI, cap. 1, *ibid.*, pp. 290, 302, 308.

²⁴ Alipergera – che aveva abbandonato il monastero per sposare Tauro – subì la confisca dell’intero patrimonio, in ottemperanza a quanto previsto dal cap. 30 dell’Editto di Liutprando che puniva i religiosi che, violando i voti, tornavano a vivere nel secolo. *Iudicium* n. 51 (novembre, 758-774), in *Codice Diplomatico Longobardo* cit. (nota 23), IV.2, LIUTPRANDO, cap. 30, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 158.

²⁵ Cosa che rende molto difficile, all’interprete, individuare le norme giuridiche applicate. Ovviamente non è da escludere – data la genericità dei riferimenti normativi – che espressioni come *secundum legem*, *secundum Edictum*, *secundum Edicti tenorem*, rinvenibili nei giudicati, occultino una vera e propria attività creatrice di norme giuridiche, da parte dei giudici, anziché di semplice applicazione delle stesse.

dove erano ubicate le terre del cenobio per accertare i confini delle proprietà²⁶. Solo qualche anno prima, nel 1025, a Salerno, in *sacratissimo salernitano palatio*, Guaimario IV, già associato al trono dal padre (1018 ca.) Guaimario III (999-1027), aveva assistito con il genitore ad un procedimento, presenziando alla causa, ma non intervenendo direttamente, e lasciando la direzione del giudizio al giudice Rageprando. Lo *iudex* operò in prima persona, interrogando le parti e disponendo un'*inquisitio* nei luoghi in cui erano ubicati i fondi oggetto della lite e, alla fine, sentenziò *secundum legem*, dando ordine al notaio Ademario di trascrivere il giudicato²⁷.

L'applicazione testuale dell'Editto avvenne anche nei giudicati conosciuti come "placiti cassinesi", o "di Capua", dal nome di una delle località in cui furono pronunciati. I placiti furono, in tutto, quattro: il primo fu pronunciato a Capua (marzo 960), il secondo a Sessa Aurunca (marzo 963) e gli ultimi due a Teano (luglio e ottobre 963), in località diverse, ma tutte ubicate nel principato capuano. Salvo variazioni marginali, in tutti e quattro i placiti la procedura eseguita e il mezzo probatorio utilizzato – testimonianza giurata sull'avvenuto usucapione – furono i medesimi. I giudici furono chiamati a decidere in merito alla controversia vertente sulla proprietà di immobili spettanti all'abbazia di Montecassino, ma di cui si era impossessato Rodelgrimo, figlio di Lupo, un longobardo originario di Aquino²⁸. A Capua, le testimonianze giurate furono rese, a favore del monastero, dal monaco e diacono Teodemondo, dal monaco e chierico Mari, dal chierico e notaio Gariperto²⁹. Il giudizio contro Rodelgrimo d'Aquino fu intentato dall'abate

²⁶ *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), V, n. 822.

²⁷ *Ibid*, p. 112, n. 776. Come si è detto più sopra, la presenza fisica dei principi, nell'aula del palazzo in cui si svolgeva il processo, è una delle caratteristiche di molti procedimenti giudiziari svoltisi tra X e XI secolo nei principati del Mezzogiorno.

²⁸ I giudici che emisero le sentenze furono diversi: Arechi, a Capua, nel palazzo principesco, al cospetto dei principi – che non intervennero né nel dibattito né nella pronuncia della sentenza – Maraldo, a Sessa Aurunca e Bisanzio, a Teano. I 4 placiti sono ben noti perché contengono la prima testimonianza del volgare italiano.

²⁹ Nel "placito di Capua" la formula della testimonianza giurata fu «*Sao ko kelle terre, per kelle fini que ki contene, trenta anni le possette parte sancti Benedicti*». L'estensore dei documenti utilizzò il latino, ma trascrisse in volgare le sole testimonianze giurate. Formule di testimonianza giurata in volgare, si rinvennero, con alcune varianti, anche

di Montecassino, Aligerno (949-986), e dall'avvocato del monastero, il chierico e notaio Pietro. A Sessa e a Teano il giudizio fu promosso dai rappresentanti di due prevosture dell'abbazia cassinese, rispettivamente S. Salvatore di Cocuruzzo e S. Maria in Cingla³⁰. In tutti i casi i giudici decisero – valutate le prove addotte – applicando la normativa editale in merito all'usucapione trentennale di beni immobili – *praescriptio longissimi temporis* – da parte del possessore di buona fede³¹.

Come è possibile notare da alcuni giudicati summenzionati, non solo la legge scritta, ma anche la competenza giurisdizionale dei giudici – *ratione materiae, loci et personae* – era facilmente derogabile, soprat-

negli altri tre placiti campani. Il giuramento, generalmente, avveniva sui Vangeli forniti dalla controparte che non giurava. Esempi di giuramento sono in *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), I, nn. 115, 148, 177, 180, 186, II, nn. 201, 227, 338, 339, 377, III, nn. 461, IV, n. 592, V, n. 797, VII, nn. 1143, 1195, VIII, nn. 1265, 1321, 1373, IX, nn. 13, 94. Sull'importanza giuridica e linguistica dei placiti campani, I. BALDELLI, *La letteratura dell'Italia mediana dalle origini al XIII secolo*, in *Letteratura italiana. Storia e storiografia*, I. *L'età medievale*, Torino 1987, pp. 30 ss., M. BARTOLI, *Sao ko kelle terre...*, in «Lingua nostra», VI (1944-45), pp. 1-23, F. BRUNI, *L'italiano. Elementi di storia della lingua e della cultura italiana: testi e documenti*, Torino 1984, pp. 55 ss., A. CAMILLI, *Il placito di Arechisi, giudice di Capua*, in «Studi di filologia italiana», VII (1944), pp. 183-188, P. FIORELLI, *Marzo novecentosessanta*, in «Lingua nostra», XXI (1960), pp. 1-25, G.F. FOLENA, *I mille anni del placito di Arechisi*, in «Il Veltro», IV, 3 (1960), pp. 49-60, A. GENTILE, *Carte campane del secolo decimo nell'abbazia di Montecassino. I giudicati di Capua, Sessa e Teano con formule testimoniali in volgare*, Napoli 1988, pp. 3 ss., G. SANGA, *Il volgare nei placiti cassinesi: vecchie questioni e nuove acquisizioni*, in «Rivista Italiana di Dialettologia. Lingue, dialetti, società», 18 (1994), pp. 8-24.

³⁰ Sui particolari rapporti tra l'abbazia cassinese e la realtà politica dei principati longobardi, in particolare Capua – nei cui confini l'abbazia era compresa – si veda anche N. CILENTO, *Capua e Montecassino nel IX secolo*, in *Montecassino. Dalla prima alla seconda distruzione. Momenti e aspetti di storia cassinese (secc. VI-IX)*. Atti del II Convegno di studi sul medioevo meridionale (Cassino-Montecassino, 27-31 maggio 1984), a cura di F. AVAGLIANO, Montecassino 1987, pp. 347 ss., M. DELL'OMO, *Montecassino. Un'abbazia nella storia*, Montecassino 1999, pp. 10 ss.

³¹ Normativa desunta dal diritto romano e contenuta nell'Editto di Rotari fin dal VII sec. Nel caso dei placiti campani, si tratta di una delle prime applicazioni processuali certe del diritto romano, prima ancora della sua riscoperta, a partire dal XII sec., ad opera della scuola dei Glossatori di Bologna. Sulla *praescriptio* nell'Editto, GRIMALDO, cap. 4, e ARECHI II, cap. 15, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 132 e 304.

tutto quando erano coinvolti, nei conflitti giudiziari, enti ecclesiastici – diocesi, cenobi – e i relativi patrimoni³². Ciò è dimostrato anche da un giudicato del 762, emanato a Benevento dal duca Arechi II, nella causa tra l'abate del cenobio di S. Benedetto in Xenodochio e alcune famiglie servili alloggiate sulle terre del monastero, ubicate in località Prata (Avellino), che rivendicavano la libertà al cospetto del duca. In questo processo, svoltosi a palazzo, Arechi II – un laico – applicò sia l'Editto che i canoni ecclesiastici contenuti in alcuni volumi che lo stesso abate di S. Benedetto, Maurizio, aveva portato con sé in giudizio, esibendoli al cospetto del duca³³. Nella fattispecie, Arechi decise non solo *secundum legem Langobardorum*, ma anche applicando le norme dell'ordinamento ecclesiastico³⁴.

A differenza della *consuetudo*, l'*aequitas* era l'insieme delle regole elementari di giustizia e di disciplina dei rapporti sociali, radicati – per

³² Di giudice naturale – precostituito per legge a giudicare su determinate materie o persone – non si può proprio parlare, per l'epoca in esame.

³³ *Iudicatum* n. 45 (agosto 762), in *Codice Diplomatico Longobardo* cit. (nota 23), IV.2.

³⁴ Secondo il testo della *notitia iudicati*, il duca si fece consegnare i volumi di diritto canonico e, dopo averli consultati e individuato le norme da applicare – canoni non ben specificati, emanati nei concili di Nicea, Ancira e nel sinodo romano di papa Silvestro (IV sec. d. C.) – sentenziò a favore del cenobio, confermando la servitù dei servi del monastero (alcuni dei quali erano presenti in giudizio, in rappresentanza di tutti gli altri) e annullando alcuni precedenti atti di affrancamento degli stessi. Nessun ecclesiastico fece parte, in quell'occasione, del collegio giudicante, ma Arechi II giudicò in prima persona, applicando la normativa canonica che annullava gli atti di disposizione dei beni del patrimonio ecclesiastico – compresi gli affrancamenti servili – senza le dovute autorizzazioni. La sentenza di Arechi fu un vero e proprio capolavoro di ambiguità giuridica, «una decisione ingiusta e fallace anche in termini di stretto diritto. Appare verosimile che il duca abbia voluto compiacere con la sua decisione l'abate di un importante monastero del suo ducato, in una fase nella quale intendeva rafforzare il proprio potere. E questo con l'aiuto di argomentazioni legali verosimilmente predisposte dallo stesso abate. Viene naturale osservare quanto diverso avrebbe potuto essere il dibattito se anche gli uomini di Prata – già liberi da anni e ora nuovamente ridotti allo stato servile – avessero potuto disporre di un avvocato a loro difesa, in grado di controbattere le argomentazioni legali del combattivo abate Maurizio», cf. PADOA-SCHIOPPA, *Giustizia medievale italiana* cit (nota 10), p. 103. Insomma, una sentenza in cui il dato giuridico fu sacrificato sull'altare dell'opportunità politica e piegato ad esigenze di potere.

volontà divina – nel profondo della coscienza – *recta ratio* – di ogni uomo e, pertanto, naturali e razionali, oltre che autoevidenti³⁵. Il concetto di *aequitas* – non ignoto al diritto romano – nell’Alto Medioevo fu rielaborato dalla cultura ecclesiastica su base teologica e scritturale e divenne patrimonio comune della cultura giuridica europea, della legislazione e della prassi processuale³⁶. L’insieme di queste regole costituiva lo *ius naturae*, il diritto naturale, a sua volta sottospecie dello *ius divinum*³⁷. L’*aequitas* non era altro che l’applicazione di questo diritto – *semper aequum et bonum* – fatto di regole semplici che, proprio perché volute dal Creatore, erano uguali per tutti, eterne e universali, valide in ogni tempo e in ogni luogo, a prescindere dalle mutazioni storiche e dalle oggettive differenze di natura culturale – e anche giuridica – tra i vari gruppi umani³⁸. In teoria, lo *ius positum* – il diritto scritto di produzione statale – non poteva derogare all’*aequitas* e, in caso contrario, era illegittimo e andava disapplicato. L’adeguamento costante – da parte del legislatore e dei giudici – della giustizia umana a quella divina e

³⁵ Sull’*aequitas* romana, D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2006, pp. 178 ss., R. ROBAYE, *Le droit romain*, Bruxelles 2005, pp. 43 ss.

³⁶ Sul concetto di *aequitas* e, più in generale, di *iustitia*, si vedano, G. DEL VECCHIO, *La giustizia*, Bologna 1924, pp. 22 ss., M. ELIA, *Origini e funzioni del diritto*, Torino 1972, pp. 32 ss., J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, Milano 1982, pp. 5 ss., G. TARRELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna 1976, pp. 45 ss.

³⁷ Sullo *ius naturae*, si veda anche, G. AMBROSETTI, *Diritto naturale cristiano*, Roma 1964, pp. 73 ss., P. BOVATI, *Vie della giustizia secondo la Bibbia. Sistema giudiziario e procedure per la riconciliazione*, Bologna 2014, pp. 22 ss., C.H. DODD, *Evangelo e legge. Rapporto tra fede ed etica nel cristianesimo primitivo*, Brescia 1968, pp. 35 ss. Sul concetto romanistico di *ius naturae* si veda M. BRETONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 2003, pp. 341 ss.

³⁸ Il concetto di *aequitas* cristiana fu plasmato su quello già conosciuto ed elaborato dal pensiero giuridico e filosofico romano, ovviamente con opportune modifiche. Inoltre, secondo la nota etimologia altomedievale del termine diritto, *ius* derivava da *iustitia* e il diritto era, dunque, ciò che è sempre giusto. ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etimologie o Origini*, a cura di A. VALASTRO CANALE, Torino 2004, I, p. 388. Sull’*aequitas* cristiana e sul concetto di *ius naturae*, A. CAVANNA, *Diritto e priorità etica della persona umana nell’Alto Medioevo*, in *Scritti (1968-2002)*, Milano 2007, pp. 590-614, G. MAGLIO, *La coscienza giuridica medievale. Diritto naturale e giustizia nel Medioevo*, Pavia 2014, pp. 4 ss.

ai principi dello *ius naturae* prendeva il nome di *aequitas*³⁹. L'*aequitas*, dunque, poteva indurre il giudice a derogare palesemente al dettato normativo scritto – *ob causam iustitiae* – quando esso fosse ingiusto, adeguando la legalità formale a quella sostanziale e, più in generale, l'ordinamento alle necessità e ai mutamenti socio-economici del contesto sociale.

In alcuni procedimenti, le sanzioni criminali erogate dai giudici erano molto meno afflittive (ma sono documentati anche casi contrari) di quelle previste dall'Editto longobardo – come nel caso della falsificazione dei documenti legali o dell'omicidio – e i giudici agivano, anche nel settore penalistico, in deroga alla legge scritta, conformandosi a vaghi criteri equitativi⁴⁰. Nel caso della repressione dell'omicidio, punito dall'Editto con il pagamento di un *wergeld* proporzionato alla dignità sociale dell'ucciso – *angargathungi* – sono invece attestati casi in cui il giudice si comportò diversamente dalle prescrizioni edittali, erogando sanzioni più severe, ma sempre di natura pecuniaria⁴¹.

Ad esempio, il pluriomicida Vertari subì la confisca dell'intero patrimonio – attribuito, dal giudice, al cenobio beneventano di Santa Sofia – decurtato del risarcimento dovuto alle famiglie delle vittime⁴². Anche

³⁹ Sull'influenza del cristianesimo – e della concezione cristiana dell'*aequitas* – sulle legislazioni romano-barbariche, compreso l'Editto di Rotari, G. VISMARA, *Cristianesimo e legislazioni germaniche. Leggi longobarde, alemanne e bavare*, in *La conversione al Cristianesimo nell'Europa dell'Alto Medioevo* (Spoleto 14-19 aprile), Spoleto 1967 (Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, XIV), pp. 397-412.

⁴⁰ L'applicazione di criteri equitativi, soprattutto in ambito repressivo-penale, poteva tradursi in una sanzione più lieve o in una più grave, a seconda della particolarità del caso sottoposto alla supervisione del giudice, della necessità di mediare tra i contrapposti interessi – dell'offeso e dell'offensore – salvaguardando il senso di umanità e temperando la durezza e astrattezza del dettato legislativo.

⁴¹ Nel caso dell'omicidio disciplinato dall'Editto longobardo si veda, ROTARI, capp. 144 e 326, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 41 e 94.

⁴² In tal caso, Vertari di Conza, imputato di ben nove omicidi, fuggito a Napoli, in territorio bizantino, subì la confisca dei beni, molto probabilmente in applicazione del cap. 9 dell'Editto di Ratchis che puniva coloro che, senza permesso regio, abbandonavano il territorio del regno, per fuggire in territorio nemico. La disposizione di Ratchis, nel giudicato esaminato, fu applicata adeguandola al contesto geopolitico del Mezzogiorno. *Iudicium* n. 83 (novembre, 758-774), in *Codice Diplomatico Longobardo* cit. (nota 23), IV.2.

nel caso di crimini particolarmente gravi come l'alto tradimento, che si concretizzava in una varia tipologia di condotte, tutte ugualmente pericolose per la stabilità dello stato, l'incolumità della persona del re o del principe, e per cui era prevista la morte, nella Longobardia meridionale sembra si procedesse diversamente⁴³. Ad esempio, Gaiderisi che aveva complottato contro Arechi II e gli aveva sottratto 10000 solidi venne punito con la semplice confisca del patrimonio, mentre il fratello, che aveva ugualmente complottato contro il sovrano e si era reso responsabile dell'omicidio di sua moglie, Simplicia, venne punito con una semplice multa di 1200 solidi – prevista per l'uccisione della donna libera – ma non fu sanzionato per il tradimento⁴⁴. In quest'ultimo caso, la deroga a una parte della disciplina edittale è palese, ma resta oscura la *ratio* che giustificava una prassi processuale del genere, soprattutto nella repressione di un delitto tanto grave come il tradimento verso il principe. Probabilmente, l'adozione di una semplice sanzione patrimoniale – confisca dei beni, ammenda – rispetto alla condanna a morte, aveva una ragione culturale e politica al tempo stesso. Da una parte, il processo di cristianizzazione dei Longobardi, ormai concluso anche nel Mezzogiorno (fine VII sec.), rendeva sempre più difficile accettare, con leggerezza, la pena capitale, dall'altra si preferiva non infierire troppo sui condannati, soprattutto per reati dal chiaro significato politico, per accreditare un'immagine benevola e clemente – equitativa – del sovrano⁴⁵.

Molto spesso, erano ragioni chiaramente economiche a prevalere,

⁴³ Per l'alto tradimento contro la persona del sovrano, si veda ROTARI, cap. 1, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 16.

⁴⁴ *Iudicatum* n. 364 (marzo 758-774 novembre) e *Iudicatum* n. 365 (marzo 758-ante 774 novembre), in *Regesti dei documenti dell'Italia meridionale 570-899*, a cura di J.-M. MARTIN – E. CUOZZO – S. GASPARRI – M. VILLANI, Roma 2002, pp. 202 e 203. L'applicazione testuale dell'Editto è chiara in molti punti del giudicato: Gaiderisi subì la confisca dell'intero patrimonio, devoluto al cenobio di S. Sofia, a Benevento, per aver congiurato contro il duca, in applicazione del cap. 1 dell'Editto di Rotari, ma non fu messo a morte, come prescriveva la stessa norma. Il fratello, invece, fu punito in applicazione del cap. 200 dell'Editto che sanzionava l'uccisione di una donna libera con una forte sanzione pecuniaria. ROTARI, capp. 1 e 200, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 16 e 64.

⁴⁵ Sulla cristianizzazione dei Longobardi, T. INDELLI, *Langobardia. I Longobardi in Italia (VI-XI sec.)*, Padova 2013, pp. 85 ss.

poiché la confisca dei beni o l'ammenda consentivano di rimpinguare il fisco pubblico che, certamente, non avrebbe tratto alcun beneficio da una condanna a morte. Lo stesso discorso può essere fatto nel caso in cui, anche in palese deroga alla legge scritta, si procedeva alla riduzione in servitù – presso il palazzo – del condannato, anziché all'erogazione della pena di morte prevista dall'Editto⁴⁶. In un giudicato del IX sec., ad esempio, i fratelli Aldolo e Waldiperto furono ridotti in servitù, su ordine del principe Radelchi I di Benevento (839-853), anche se accusati di alto tradimento, perché fuggiti a Salerno, dal principe Siconolfo (839-851), in un momento di forte contrapposizione, anche militare, tra i due principati longobardi⁴⁷. Le ragioni finanziarie della *curtis* principesca avevano un peso nel determinare l'erogazione di questa tipologia di sanzioni, e ciò sarebbe comprovato dalla condizione di particolare floridità in cui si trovava il complesso dei beni demaniali dei tre principati, almeno fino alla conquista normanna, quando iniziò il loro declino ad opera dei conquistatori⁴⁸. In ogni caso – e come i casi summenzionati dimostrano – l'applicazione di sanzioni criminali anche più lievi di

⁴⁶ Un trattamento più umano nei confronti dei condannati alla pena di riduzione in servitù, è ravvisabile nella legislazione di Arechi II di Benevento, in conseguenza del processo di acculturazione cristiana della stirpe longobarda. Il principe, infatti, dispose che colui che era stato ridotto in servitù, nel caso di insolvenza dovuta all'impossibilità di pagare la *compositio* stabilita dall'Editto, poteva ritornare a casa per soli due giorni, ogni settimana, al fine di mantenere la moglie e la famiglia sprovvisti di adeguati beni economici. ARECHI II, cap. 6, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 300.

⁴⁷ La fuga dalla provincia, soprattutto in periodo di guerra, era equiparata al tradimento e punita con la morte. Sul punto, ROTARI, cap. 3, *ibid.*, p. 16. Per il giudicato si veda, *Iudicatum* 677 (settembre 839-luglio 840), in *Regesti dei documenti dell'Italia meridionale 570-899* cit. (nota 44), p. 344.

⁴⁸ Nel fisco principesco confluivano i proventi delle imposte indirette, derivanti dallo sfruttamento delle terre pubbliche, le *terre exfundatae* – abbandonate dai proprietari – e parte dei patrimoni non acquisiti da nessun successore. Si comprende l'utilità politica della disponibilità di un ingente patrimonio da parte dei principi che, in tal modo, potevano procedere ad opportune redistribuzioni di rendite e beni, soprattutto immobili, tra i loro *fideles*. Sul patrimonio ducale e, in seguito, principesco, nella Longobardia meridionale, J.-M. MARTIN, *La Longobardia meridionale*, in *Il Regno dei Longobardi in Italia. Archeologia, società e istituzioni*, a cura di S. GASPARRI, Spoleto 2004, pp. 329-334.

quelle prescritte dall'Editto, da parte del giudice, nell'esercizio dei suoi poteri discrezionali, per ragioni d'equità o per osservanza della *consuetudo loci*, costituisce una palese violazione del principio romanistico del *nullum crimen et nulla poena sine praevia lege* – pilastro indiscusso dell'odierna disciplina penalistica – che impone di sanzionare reati tassativamente disciplinati da una legge, entrata in vigore prima del fatto, e con sanzioni da essa previste⁴⁹.

Per concludere, non si può non fare riferimento alla *convenientia-transazione*, cioè ad uno dei mezzi più frequentemente attestati nella documentazione del Mezzogiorno longobardo – accanto alla consuetudine e all'equità – per la composizione delle liti giudiziarie, soprattutto nei giudizi divisorii, relativi, cioè, a comunioni legali di diritti. Le *notitiae iudicati* hanno consentito di rilevare che i giudici ricorrevano molto spesso a questo istituto, tra l'altro ben conosciuto dal diritto ro-

⁴⁹ Sebbene il principio di legalità risalga, nella sua formulazione letterale, al XVIII sec., già alla giurisprudenza romana, in epoca imperiale, apparve chiaro che, nella repressione penale, «*non exemplis, sed legibus iudicandum est*». Tuttavia, durante l'impero romano il principio di legalità ebbe una funzione molto diversa da quella attuale, di garanzia della persona e dei beni dell'imputato. Infatti, per i giuristi romani, ribadire il primato della legge significava, innanzitutto, tutelare il ruolo istituzionale dell'imperatore – unico produttore di norme – a discapito della discrezionalità dei funzionari giurisdicenti. Si vedano sulla questione, P. CERAMI – A. CORBINO – A. METRO – G. PURPURA, *Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica. I fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale*, Napoli 2001, p. 301, L. GAROFALO, *Piccoli scritti di diritto penale romano*, Milano 2008, p. 106, V. GIUFFRÉ, *La repressione criminale nell'esperienza romana. Profili*, Napoli 1997, pp. 110 ss., S. PIETRINI, *Sull'iniziativa del processo criminale romano (IV-V secolo)*, Milano 1996, pp. 150 ss., G. VASSALLI, *Nullum crimen sine lege*, in «Giurisprudenza italiana», XCI (1939), pp. 49-44, Nell'Alto Medioevo, erano ovviamente sconosciute altre tipologie di garanzie giuridiche dell'imputato che connotano l'odierna civiltà giuridica, come la presunzione d'innocenza, il diritto alla difesa, il giudice naturale precostituito per legge. Com'è stato giustamente sottolineato, mai, come nel campo del diritto penale, la civiltà giuridica medievale ha evidenziato discrasie tra l'elaborazione formale e teorica degli istituti e la prassi giudiziaria. Di garantismo non è proprio il caso di parlare, com'è dimostrato dal proliferare di pratiche come l'applicazione estensiva della normativa penale, la possibilità di giudizi equitativi e dell'applicazione dell'arbitrato in una branca del diritto che, oggi, appare sempre più caratterizzata da garanzie giuridiche a favore dell'imputato, addirittura di rango costituzionale.

mano (*pactum transactionis*)⁵⁰. Si trattava dell'accordo con cui le parti processuali, con la mediazione del giudice e facendosi reciproche concessioni, giungevano ad una soluzione concordata del loro conflitto, evitando l'imposizione autoritaria di una pronuncia giudiziale⁵¹. Nel caso di *convenientia*, la disciplina edittale era derogata o, comunque, disapplicata, perché l'accordo tra le parti era ispirato a principi equitativi – di giustizia comune – strettamente connessi alla particolarità della fattispecie giuridica, e la soluzione della lite prescindeva da un espresso richiamo ad una disciplina generale contenuta nelle *Leges*

⁵⁰ Il sostantivo *transactio* nella lingua latina – e in senso tecnico-giuridico – aveva il senso di transigere, accordarsi, riappacificarsi, ossia raggiungere un accordo su una *res litigiosa et dubia*, fonte di conflitto tra le parti. Oggetto dell'accordo potevano essere tutte le controversie vertenti su rapporti giuridici privati, di contenuto patrimoniale, e, in rari casi, personale. Nell'esperienza giuridica romana la transazione – *transactio*, *pactum transactionis* – conservò, a lungo, il carattere di atipicità negoziale e l'aspetto di un contratto atipico – *conventio sine nomine* – di una causa negoziale, posto che poteva assumere, nella prassi sociale, la veste giuridica più diversa. C. BERTOLINI, *Della transazione in diritto romano*, Torino 1900, pp. 324 ss., M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano 1936, pp. 326 ss.

⁵¹ Basata sull'applicazione del diritto scritto, della consuetudine o dell'equità. Sulla *convenientia* nell'Editto longobardo, LIUTPRANDO, cap. 8, ASTOLFO, cap. 16, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 142 e 288. Nel diritto longobardo l'accordo transattivo poteva assumere le più diverse forme, dal contratto consensuale a quello scritto, con effetti reali o soltanto obbligatori. Non si dimentichi che l'ampio ricorso all'uso della *convenientia*-transazione, nell'esperienza processuale altomedievale, è da collegarsi al diverso concetto di controversia giuridica che permeava l'esperienza normativa longobarda e, più in generale, barbarica, rispetto a quella moderna. Il concetto moderno di controversia giuridica, infatti, rimanda a una situazione di conflitto, di contrapposizione tra distinte pretese giuridiche, vertenti intorno alla violazione di una norma di diritto positivo oggettivo – attributiva di diritti e di obblighi giuridici – percepita come ingiusta da una o entrambe le parti processuali. Generalmente, negli ordinamenti contemporanei, la soluzione del conflitto non è demandata ai singoli soggetti giuridici – si pensi al ricorso alla faida - ma ad una istanza terza – il giudice – che detiene anche il monopolio esclusivo dell'esecuzione forzata della sua stessa decisione. Negli ordinamenti altomedievali, caratterizzati da uno scarso grado di sovranità, cioè di capacità di monopolio della coazione, la pretesa soggettiva di un soggetto giuridico – il suo rivendicare un diritto – tendeva ad apparire essa stessa come giusta. Sul punto, M. SURDI, *Guerra e pace: il sistema feudale di Otto Brunner*, in *Faida, contratto, patto. Studi sulla capacità costituente*, Torino 2001, pp. 15-45.

*Langobardorum*⁵². Il ricorso alla transazione giudiziale poneva le parti al di fuori del contesto processuale e dei suoi schematismi, spesso rigidi, consentendo alle stesse di trovare un assetto dei propri interessi sostanzialmente condiviso e, forse, anche più conveniente. Il fine della *convenientia*, d'altronde, era la concordia, la *pax* tra le parti, più che la *iustitia* in senso tecnico, in una prospettiva di amichevole composizione delle divergenze che escludeva, per principio, il ricorso alla forza⁵³. L'ampio ricorso alla forma transattiva di risoluzione delle liti, inoltre, derivava dalla necessità delle parti di evitare le lungaggini dell'attività processuale, il pagamento delle spese conseguenti e la sottoposizione alle ordalie, cioè i "giudizi di Dio"⁵⁴.

Esempi di transazioni giudiziarie raggiunte in sede processuale, attraverso la mediazione del giudice, sono contenute in moltissimi giudicati, in tutto il territorio della Longobardia, persino in Puglia. In area pugliese, ad esempio, il ricorso alla *convenientia* era frequentissimo nelle controversie relative al regime patrimoniale vigente tra coniugi, cioè in materia di *morgengabe*, faderfio, mefio. Molto spesso le donne

⁵² Che, al limite, poteva anche mancare.

⁵³ DELOGU, *La giustizia* cit. (nota 13), pp. 270 ss.

⁵⁴ In realtà, di scarsissima diffusione nel Mezzogiorno, se si esclude il giuramento. E tra le ordalie, era soprattutto il giuramento che metteva a rischio la salvezza dell'anima dell'eventuale spergiuro. Casi di *convenientiae*, stipulate dalle parti, in presenza del giudice, per evitare il giuramento, sono attestati nella documentazione reperibile nel Mezzogiorno longobardo. *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), III, n. 522, VII, n. 1143, VIII, n. 1265, IX, nn. 13 e 104. L'ordalia (*Urteil*, giudizio) era uno strumento probatorio fondato sul presupposto che la divinità intervenisse, miracolosamente, nella realtà umana, anche alterando l'*ordo naturae*, assicurando ad una delle parti la vittoria nella lite, consentendo alla giustizia di trionfare. Le ordalie contemplate dall'Editto longobardo erano tre: il duello, il giuramento e la prova dell'acqua bollente, quest'ultima riservata ai soli servi. Sul giuramento e il duello, ROTARI, capp. 359-366, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 102 e capp. 164-166, *ibid.*, p. 50. Sull'acqua bollente, LIUTPRANDO, cap. 50, *ibid.*, p. 166. Per una trattazione organica delle prove ordaliche, R. BARLETT, *Trial by Fire and Water. The Medieval Judicial Ordeal*, Oxford 1986, pp. 5 ss., F. PATETTA, *Le ordalie. Studio di storia del diritto e scienza del diritto applicato*, Torino 1908, pp. 10 ss., CH.D. RADDING, *Superstition to Science: Nature, Fortune and the Passing of Medieval Ordeal*, in «The American Historical Review», 84 (1979), pp. 945-973, F. SINATTI D'AMICO, *Le prove giudiziarie nel Diritto longobardo*, Milano 1968, pp. 30 ss.

erano costrette a ricorrere al giudice per ottenere l'adempimento degli obblighi maritali relativi alla corresponsione degli assegni matrimoniali⁵⁵. A Bari, la vedova Archontissa, assistita da Silvestro, presumibilmente il suo *advocatus*-mundoaldo, agì in giudizio per ottenere la corresponsione del *morgincap*, di cui, alla morte del marito, Moses, si era impossessato illecitamente il figliastro Andreas. Una parte del *morgincap* le fu attribuito a seguito di una transazione-*convenientia* con Andreas, favorita dall'intermediazione del giudice (a. 1011)⁵⁶.

Anche in area beneventana, le *convenientiae* documentate non sono poche. Un esempio di composizione pacifica di una lite civile, favorita dalla stessa autorità giudiziaria, nel corso di un processo, è ben rappresentato dalla causa tra il cenobio di S. Vincenzo al Volturmo e il gastaldo Radoaldo, che agì in giudizio per conto dei figli del longobardo Alahis. La controversia riguardava alcuni beni entrati in possesso del cenobio di S. Vincenzo, in virtù di alcune concessioni ducali – *praecepta concessionis* – poi annullate. I beni erano finiti nelle mani del duca di Benevento, Gisulfo II (742-751), che li aveva distribuiti ai suoi fedeli, tra cui vi era proprio Alahis. Quando il cenobio rivendicò i beni, sulla base dei vecchi privilegi dei predecessori di Gisulfo, Alahis gli fece causa. Il processo andò avanti per molto tempo, finché il duca Arechi II – davanti al quale era stata portata la causa – non promosse tra le parti una transazione-*convenientia*, in base alla quale i beni vennero spartiti tra tutti contendenti, compreso Alahis⁵⁷. La causa fu chiusa e si stabilì che

⁵⁵ Sulla disciplina del matrimonio longobardo, ROTARI, capp. 178-189, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 54 ss. Sul regime patrimoniale vigente tra i coniugi, sul *morgengabe* e sui diritti successori della moglie, LIUTPRANDO, cap. 7, e ASTOLFO, cap. 14, *ibid.*, pp. 142 e 256. Sulla *subarrhatio cum anulo*, LIUTPRANDO, cap. 30, *ibid.* pp. 158 ss. Sull'istituto della dote romana, V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli 1978, pp. 454 ss.

⁵⁶ *Codice Diplomatico Barese-Pugliese*, ed. a cura della Società di Storia Patria per la Puglia, 34 voll., Bari 1897-1994, vol. IV. *Le pergamene di S. Nicola di Bari. Periodo greco*, a cura di F. NITTI, Bari 1900, n. 11.

⁵⁷ Arechi II intervenne al termine di una lite giudiziaria che si trascinava da decenni. Già precedentemente al giudizio arechiano, davanti al tribunale di Gisulfo II e del suo successore, il duca Liutprando (751-758), le parti in causa avevano raggiunto una *convenientia* transattiva che, però, era stata impugnata a Pavia, davanti al re Astolfo (749-756) che l'aveva corroborata e confermata, con lievi modifiche, con il rilascio

i trasgressori del patto avrebbero pagato 1000 solidi d'oro, a titolo di sanzione⁵⁸.

Ancora, nel 965, a Nocera – capoluogo di gastaldato rientrante nei confini del principato di Salerno – il gastaldo Pietro, davanti al quale erano convenuti in giudizio la longobarda Musanda e Pietro – presbitero e rettore della chiesa di S. Massimo – fu chiamato a dirimere una lite. La controversia, avente ad oggetto la delimitazione di confini tra alcuni fondi rustici contermini, ubicati nel territorio di Nocera, di proprietà della donna e della chiesa, si concluse con una *bona convenientia* tra il sacerdote e la donna, siglata con la mediazione del gastaldo, in cui vennero delimitati, di comune accordo, i confini tra le rispettive proprietà. La *convenientia* fu garantita dallo scambio di *wadiationes* reciproche e dalla presentazione di opportuni garanti-*mediatores*, con l'impegno a pagare la penale di 20 solidi, in caso di trasgressione del patto, vincolante le parti e i loro eredi⁵⁹. A Salerno, invece, nel 1075, alla vigilia della conquista della città ad opera dei Normanni (dicembre 1076),

di un *praeceptum confirmationis*. Nonostante il *praeceptum*, però, le parti iniziarono a litigare di nuovo, portando la questione al cospetto di Arechi II che si pronunciò in maniera definitiva.

⁵⁸ *Cartula convenientiae* (766, Benevento, giugno), in *Chronicon Vulturense* cit. (nota 14), 61, I, pp. 297 ss. Nel caso di una *convenientia* giudiziale, l'accordo tra le parti veniva corroborato dal giudicato pronunciato dal giudice e ciò dava ad esso un sigillo di maggior efficacia ed affidabilità – *firmitas* – che le conferiva anche il valore di piena prova, di inattaccabilità contro eventuali contestazioni di terzi.

⁵⁹ *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), III, p. 45, n. 248. Nel caso di stipulazione di una *convenientia*, potevano sempre sorgere controversie tra le parti in merito alla sua interpretazione ed applicazione. In tal caso, il ricorso al giudice era possibile e l'autorità giudicante poteva limitarsi ad omologare l'accordo intercorso tra le parti, imponendo ad esse il rispetto delle reciproche pattuizioni. Infatti, a garanzia del loro adempimento, era sempre possibile aggiungere clausole penali all'accordo - generalmente sanzioni pecuniarie - destinate a diventare operative nel momento in cui una delle parti si sottraeva al rispetto dei patti e ricominciava la lite. Per favorire l'adempimento della *convenientia* e l'eventuale pagamento delle penalità, ci si premurava di scambiarsi *wadiationes* reciproche, assistite da opportune fideiussioni di terzi, detti *mediatores*. Lo stesso Editto longobardo contemplando, espressamente, la possibilità di transigere una lite giudiziaria con accordi tra le parti garantiti dalla stipulazione di penalità, prevede che, in caso di inadempimento degli obblighi pattuiti, le parti erano tenute ad eseguire le penalità liberamente concordate. Sul punto, LIUTPRANDO, cap. 107, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 200.

Rodelgrimo, *comes et iudex*, in *sacro Salernitano palatio*, sentenziò in merito ad una controversia riguardante la proprietà di alcuni fondi rustici, ubicati in località Matierno, tra Pietro, figlio del conte Pietro, e Cesario, figlio di Dumnello. Il giudice sentenziò dopo aver esaminato i documenti ed aver disposto un'ispezione dei luoghi, assistito dal notaio e in compagnia delle parti, previo lo scambio della reciproca *wadia*, a garanzia dell'adempimento *della convenientia* raggiunta tra le parti⁶⁰.

Molto spesso il giudicante si serviva, nello svolgimento della sua funzione conciliatrice, di un collegio allargato, composto dai cosiddetti *boni homines*, notabili del luogo, sufficientemente alfabetizzati, ma sprovvisti della qualifica tecnica di *iudices*. È quanto avvenne nel marzo del 1071 quando il giudice Pietro, nel palazzo principesco di Salerno, svolse opera di conciliazione tra le parti in lite, i fratelli Stefano e Leone, figli di Giovanni atranese, e i fratelli Giaquinto ed Ademario, figli di Madelmo. Le parti litigavano riguardo la titolarità di un diritto reale di servitù di passaggio, vantato da Stefano e Leone su alcune proprietà di Giaquinto ed Ademario, ubicate in località Dragonea e contermini ai fondi in possesso degli attori. Alla fine, con i buoni uffici del giudice, assistito da una commissione di *boni homines*, in veste di mediatori, le parti arrivarono alla stipulazione di una *convenientia*: il passaggio sui fondi fu concesso in cambio del versamento della somma di otto tari. La *convenientia* fu solennemente stipulata nell'atrio della cappella palatina attigua al palazzo principesco – come dice il giudicato – e il

⁶⁰ *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), X, n. 56. La *wadia* era un atto giuridico con cui la parte obbligata a determinate incombenze processuali – o ad adempiere una *convenientia* – dava all'altra, a garanzia dell'adempimento di quanto dovuto, un bene mobile – spesso di valore simbolico – che, in caso di inadempienza, restava alla controparte. La parte che prestava la *wadia* indicava un fideiussore che offriva garanzia personale di adempimento, nel caso in cui la parte tenuta a farlo non lo facesse. Effettuata la consegna del bene, la parte aveva dodici notti di tempo per adempiere. In caso di forza maggiore o caso fortuito, poteva godere di un'ulteriore proroga di dodici notti, dopodiché perdeva definitivamente il bene dato in garanzia. Sulla *wadia*, ROTARI, cap. 360, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 102, LIUTPRANDO, cap. 15, *ibid.*, p. 148. F. ROGGERO, *Per guadium et fideiussionem. La wadia germanica nelle glosse della Lombardia*, Roma 2003, pp. 21 ss., N. TAMASSIA, *La "wadiatio" longobarda. Nota per la storia delle obbligazioni*, in *Scritti in onore di G.P. Chironi*, Torino 1915, pp. 25-40.

giudice diede immediatamente ordine al notaio di procedere alla verbalizzazione dell'accordo, riportato all'interno del testo del giudicato, in modo da corroborarlo con la propria autorità e renderlo giuridicamente inattaccabile⁶¹.

Conclusioni

L'esame di alcuni casi giudiziari ha tentato di chiarire quali fossero i meccanismi che presiedevano all'amministrazione della giustizia nella Longobardia minore, tra VIII e XI sec. Ne è emerso un quadro variegato, molto diverso da quello degli ordinamenti giuridici attuali, basati sul principio della preminenza del diritto scritto e della subordinazione dei giudici alla legge. Infatti, non si può comprendere come, in concreto, il *corpus* della legislazione longobarda veniva amministrato nei tribunali – *law in action* – se non ci si libera dal pregiudizio attualizzante che mira a comparare la giustizia moderna con quella dell'epoca analizzata, sostenendo la superiorità della prima sulla seconda⁶².

⁶¹ *Codex Diplomaticus Cavensis* cit. (nota 17), IX, n. 104. Per altri casi di *convenientia* si veda *ibid.*, III, n. 522, VII, n. 1143, VIII, n. 1265, IX, nn. 13, 104.

⁶² M. LUPOLI, *Alle radici del mondo giuridico europeo. Saggio storico-comparativo*, Roma 1994, pp. 31 ss. L'enorme differenza tra i sistemi giudiziari altomedievali e quelli contemporanei non deve meravigliare se si considera che, nell'Alto Medioevo, lo stesso termine *iurisdictio* indicava il complesso delle potestà giuridiche inerenti al potere pubblico e non soltanto la funzione giurisdizionale. La *bona, recta iurisdictio* stava ad indicare il corretto esercizio del potere, così come il *facere iurisdictionem* poteva intendersi non solo nel senso di "amministrare la giustizia", ma piuttosto in quello di "governare", "amministrare la cosa pubblica". La polisemia del termine *iurisdictio* è estensibile anche al termine *iustitia*. "Giustizia", nell'Alto Medioevo, rimandava alla giustizia ideale – l'*aequitas* – di esclusiva spettanza divina, di cui re e principi erano interpreti ed esecutori, ma anche alla "giustizia giudiziaria" – amministrata nei tribunali – e alla "giustizia tributaria", consistente nell'adempiere ai doveri fiscali, pagando le imposte – *iustitiae* – dovute al potere pubblico o al signore. Questo retroterra culturale era noto anche ai Longobardi del Mezzogiorno. Ciò è dimostrato dal già citato Prologo legislativo di Adelchi di Benevento (IX sec.) in cui il principe delinea una concezione dell'autorità principesca, di stampo decisamente romano-cristiano, frutto della completa acculturazione della stirpe longobarda nella penisola. I principi – sostiene il Prologo – sono rappresentanti in Terra dell'Altissimo, organi preposti all'emanazione della legge in attuazione di una giustizia superiore, «affinché [...] vivendo il popolo soggetto e tutta la stirpe nella legalità, e senza oltrepassare i

L'Editto di Rotari – e le sue emendazioni ad opera di Arechi II e di Adelchi – non ebbero mai, nel Mezzogiorno longobardo, pretese di completezza ed esaustività come i codici legislativi odierni, parte di un sistema che ha collocato, dogmaticamente, la legge scritta al vertice dell'ordinamento giuridico e la consuetudine ai margini, circoscrivendo, entro limiti ben precisi, l'applicabilità di forme alternative di giustizia (transazione, giudizio equitativo) che non fossero basate sull'asettica applicazione della norma codificata ai rapporti sociali⁶³. Solo abbandonando queste prospettive deformanti e abbracciando una visuale di indagine relativista, finalizzata ad inserire il diritto longobardo nel più ampio contesto dell'Europa altomedievale, è possibile comprendere e

limiti della legge stabilita, nessuno osava commettere azioni contro qualcun altro». La giustizia, quando era declinata al plurale, indicava soprattutto i “diritti”, cioè le situazioni giuridiche soggettive, tutelate dal potere pubblico attraverso la giurisdizione. Al plurale, il termine poteva indicare oltre alle imposte o ai censi, dovuti all'autorità competente, anche le sentenze, le procedure giudiziarie e le stesse norme giuridiche. Nell'Alto Medioevo, il termine *iurisdictio* era il nome comune del potere, più che una specifica funzione dello stesso. Nell'ordinamento del regno longobardo, il termine *iustitia* assumeva significati diversi, a seconda dei contesti normativi in cui era utilizzato, potendo indicare il “diritto oggettivo” – ordinamento giuridico – il “diritto soggettivo” – pretesa giuridicamente tutelata dall'ordinamento – la “giustizia” – valore metagiuridico – e, infine, la pronuncia giudiziaria. Sul Prologo di Adelchi, *Prologo*, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 306. Sui diversi significati del termine *iustitia*, nell'Editto longobardo, si vedano, nell'ordine, LIUTPRANDO, capp. 75, 114, 118, RATCHIS, cap. 2, *ibid.*, pp. 180, 204, 206, 260. Sul significato del termine *iurisdictio*, nel lessico medievale, si vedano anche S. BALOSSINO, *Iustitia, lex, consuetudo: per un vocabolario della giustizia nei capitolari italici*, in «Reti medievali», VI, 1 (2005), pp. 5-80, E. BUZIO, *Il concetto di “iustitia” nella legislazione longobarda*, in «Rivista di Storia del Diritto Italiano», 13 (1940), pp. 541 ss., P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano 1969, pp. 13 ss. Sul *facere iustitiam*, nel senso di adempimento di obbligazioni giuridiche e, quindi, pagamento dei propri debiti, ROTARI, cap. 251, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 76 ss.

⁶³ Negli ordinamenti attuali il margine di discrezionalità dei giudici, nella formulazione dei loro giudizi, è molto ristretto. Ad esempio, in molti ordinamenti contemporanei, i giudici possono ricorrere al giudizio equitativo solo in ambito civile – e non penale – e solo quando le parti lo richiedano espressamente per controversie non eccedenti un dato ammontare e riguardanti diritti di natura economico-patrimoniale. Sul punto, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas. Lezioni*, Torino 2013, pp. 165 ss.

accettare, con minore riluttanza, le tipicità di quell'esperienza giuridica, per quanto lontana dalla prassi giuridica romana non assunta più come acritico modello⁶⁴.

Infatti, per quanto l'Editto longobardo avesse avuto, fin dalle origini, come obiettivo la codificazione di tutte le consuetudini – *cawarfidae* – della stirpe, molte di esse continuarono a sopravvivere al di fuori dall'Editto, probabilmente modificandosi – in che misura non è dato sapere con esattezza – a seguito dell'interazione tra popolazione romana e longobarda, e ad essere applicate nei tribunali⁶⁵. Molte di esse furono, con il tempo, recepite nel corpo della normativa scritta – come espressamente previsto dall'Editto – altre, abrogate o desuete, scomparvero dallo scenario giuridico della Longobardia, venendo processualmente disapplicate⁶⁶. Molte consuetudini operarono, a livello locale, sulla legge scritta – modificandola parzialmente o totalmente – e condizionarono la prassi dei tribunali che andò evolvendosi in forme particolari, a seconda dei luoghi, pur all'interno di uno stesso contesto politico e statale, come è dimostrato dai frequenti richiami, nella fonti normative e nei giudicati, alla *lex et consuetudo Langobardorum*⁶⁷. Il ricorso all'e-

⁶⁴ Prospettive deformanti proprie, ad esempio, di buona parte della storiografia tedesca e italiana del XIX e della prima metà del XX sec. Per l'esaltazione del modello giuridico romano, connesso anche ai fermenti nazionalistici otto-novecenteschi, si vedano E. BESTA, *Storia del Diritto italiano*, Milano 1918, P.S. LEICHT, *Storia del Diritto italiano. Il diritto pubblico*, Milano 1966, pp. 25 ss., A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'Impero romano alla codificazione*, IX, Padova 1892-1903, G. ROMANO – A. SOLMI, *Storia politica d'Italia. Le dominazioni barbariche in Italia (395-888)*, Milano 1940, G. SALVIOLI, *Manuale di storia del diritto italiano. Dalle invasioni germaniche ai nostri giorni*, Torino 1899, F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, I. *Le persone, la famiglia*, Città di Castello 1907, N. TAMASSIA, *Storia del diritto italiano. Storia delle fonti dall'età romana ai tempi nostri*, Padova 1928, P. VACCARI, *Studi sull'Europa precarolingia e carolingia*, Verona 1956. Per un inquadramento generale della storiografia giuridica italiana e tedesca nell'Ottocento, E. CONTE, *Storicità del diritto. Nuovo e vecchio nella storiografia giuridica attuale*, in «Storica», 22 (2002), pp. 335-350.

⁶⁵ ROTARI, cap. 386, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), pp. 110 ss.

⁶⁶ C. AZZARA, "... *quod cawerfedae antiqua usque nunc sic fuisset*". *Consuetudine e codificazione nell'Italia longobarda*, in *Alto Medioevo mediterraneo*, a cura di S. GASPARRI, Firenze 2005, pp. 251 ss.

⁶⁷ Il riferimento alla specificazione consuetudinaria della legge scritta – *lex et ,con-*

quità nel giudizio, poi, era espressamente contemplato dal legislatore⁶⁸.

Nell'esperienza giuridica longobarda e, in generale, altomedievale, quel che contava, alla fine, era *facere iustitiam* più che i mezzi particolari o i tecnicismi formali con cui l'obiettivo – dovere sacro del sovrano e dei suoi ufficiali – era conseguito⁶⁹. Pertanto, il sistema giuridico dei principati meridionali – e dei *regna* altomedievali in genere – fu sempre bipolare, oscillante tra il rispetto formale della legge scritta – di cui non mancano richiami nella documentazione giudiziaria – e la consuetudine⁷⁰. A questo sistema si accompagnarono diversi strumenti di risoluzione delle controversie, comprensivi del processo – sostanzialmente unico per il civile e il penale – dell'arbitrato – funzione, al limite, svolta dallo stesso giudice – e della transazione stragiudiziale o giudiziale, in quest'ultimo caso favorita dallo stesso giudice in sede processuale⁷¹.

La documentazione processuale e la presente indagine dimostrano che il sistema giuridico della Longobardia meridionale lungi dall'essere primitivo o rudimentale era estremamente complesso e presupponeva la coesistenza, in un'unica compagine politica, di complessi normativi – diritto scritto, consuetudine, norme equitative – diversi per origine e

suetudo – è presente anche nelle fonti normative del Mezzogiorno longobardo, ad esempio in ADELCHI, cap. 3, in *Le Leggi dei Longobardi* cit. (nota 10), p. 310.

⁶⁸ LIUTPRANDO, cap. 28, *ibid.*, p. 22.

⁶⁹ L'Editto di Rotari, ad esempio, insiste frequentemente sul dovere del sovrano e dei suoi ufficiali, di perseguire sempre *veritatem et iustitiam*, con imparzialità e senso del dovere, a pena di gravi sanzioni. Il riferimento ai compiti giudiziari dei duchi e dei gastaldi, nelle norme dell'Editto, più che l'applicazione letterale delle norme in esso contenute, era sempre legato ad un'attuazione concreta dell'ideale di giustizia. Sul punto, ROTARI, cap. 25, *ibid.*, p. 22, RATCHIS, cap. 1, *ibid.*, p. 261.

⁷⁰ Il riferimento all'applicazione della normativa scritta dell'Editto di Rotari e, soprattutto, all'obbligo per i giudici di applicarla è reperibile anche nella legislazione dei principi beneventani, con la formula "*ex edicti tenore*". Si veda, ad esempio, ADELCHI, capp. 2 e 6, *ibid.*, p. 310. Sull'importanza della consuetudine nel diritto germanico, M. SCOVAZZI, *Le origini del diritto germanico. Fonti, preistoria, diritto pubblico*, Milano 1957, ID., *Scritti di storia del diritto germanico*, I-II, Milano 1975.

⁷¹ Sul frequente ricorso, ancora in epoca bassomedievale, a strumenti extragiudiziari o extra legali di risoluzione delle controversie, M. VALLERANI, *Procedura e giustizia nelle città italiane del basso Medioevo (XII-XIV secolo)*, in *Pratiques sociales et politiques judiciaires dans les villes de l'Occident à la fin du Moyen Age*, études réunies, par J. CHIFFOLEAU – C. GAUVARD – A. ZORZI, Rome 2007, pp. 2-30.

contenuto. I casi giudiziari esaminati provano che il giudice era tenuto a conoscere, oltre al diritto scritto – l’Editto –, anche la prassi consuetudinaria del luogo in cui la giustizia era amministrata, doveva essere capace, in caso di giudizio equitativo, di senso di moderazione ed equilibrio e, in caso di ricorso alla *convenientia*, di esercitare un ruolo valido di conciliazione e persuasione tra le parti.

In un mondo dominato dal particolarismo di poteri, dalla debolezza dello stato, dalla violenza dei *potentes*, dove tra le fonti normative non esisteva una rigida gerarchia e l’applicazione del diritto era influenzata da fattori contingenti di tempo, luogo, persino appartenenza sociale, forme diversificate di applicazione della giustizia risultavano pienamente comprensibili e normali e, pertanto, non devono essere concepite come deviazioni o anomalie sistemiche⁷². La stessa legislazione scritta, quindi, riacquista senso ed efficacia, in quanto effettivamente applicata, seppur inserita in un sistema generale molto diverso da quello presente e che contemplava anche fonti normative differenti. Essa era parte di un sistema più articolato, probabilmente non armonico, ma non aveva solo il valore ideologico o simbolico che alcuni studiosi hanno voluto attribuirle⁷³.

⁷² R. BOUTRUCHE, *Signoria e feudalesimo. Ordinamento curtense e clientele vassallatiche*, Bologna 1971, pp. 55 ss., G. CASSANDRO, *Lex cum moribus. Saggi di metodo e di Storia giuridica meridionale*, II, Bari 1994, pp. 453 ss.

⁷³ Lo storico Chris Wickham ha proposto di leggere le procedure di composizione dei conflitti giuridici, adottate nell’Europa altomedievale, come espressione di «*unprofessional legal system*», in contrapposizione a quelle adottate in Età Moderna e Contemporanea – sia nei sistemi di *Civil Law* che di *Common Law* – espressione, invece, di un «*professional legal system*». C. WICKHAM, *Conclusion*, in *The moral World of the Law*, ed. by P. CROSS, Cambridge 2000, pp. 240 ss.