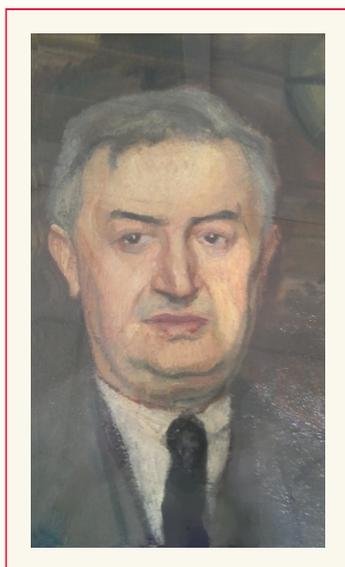




CENTRO STUDI DI STORIA DELL'UNIVERSITÀ DI TORINO
Lezioni e Inediti di 'Maestri' dell'Ateneo Torinese

FEDERICO PATETTA

LEZIONI TORINESI DI STORIA DEL DIRITTO



Università degli Studi di Torino

Federico Patetta.

Lezioni torinesi di Storia del diritto

a cura di Valerio Gigliotti, Elisa Mongiano, Isidoro Soffietti

INDICE

ISIDORO SOFFIETTI, *Introduzione*

Nota editoriale

FEDERICO PATETTA, *Appunti di Storia del diritto penale italiano*

FEDERICO PATETTA, *Lezioni di Storia del diritto italiano. Storia delle fonti*

SAGGI

ELISA MONGIANO, *Sulle tracce dei corsi torinesi di Federico Patetta*

VALERIO GIGLIOTTI, *Patetta storico del diritto penale medioevale*

SERGIO VINCIGUERRA, *L'eredità di Patetta nel diritto penale odierno*

Fonti iconografiche

Indice dei nomi

Nota editoriale

I testi che si pubblicano sono conservati presso la Sezione Antichi e rari Federico Patetta della Biblioteca Norberto Bobbio (Università di Torino).

Gli *Appunti di Storia del diritto penale italiano* reca sul frontespizio la marca della Tipografia Antonio Viretto, corso Valentino n. 23 (106) Torino e si compone di 56 carte numerate.

Le *Lezioni di Storia del diritto italiano. Storia delle fonti*, pubblicate a cura di Alberto Alberti, sono pervenute dattiloscritte nell'edizione della Libreria scientifica G. Giappichelli (Torino 1932, pp. 150).

Nello stabilire i testi si è adottato un criterio conservativo che rispettasse la natura degli scritti, pensati e redatti con finalità didattiche. È sembrato, pertanto, che la resa nella pronuncia orale non potesse non aver condizionato la stesura originaria dei testi, che probabilmente, almeno per quanto concerne gli *Appunti* non furono mai oggetto di una revisione per la stampa da parte dell'Autore. Si è scelto quindi di mantenere invariato il loro *ductus*. Analoghe considerazioni valgono per le *Lezioni* sulle fonti, anche se, presumibilmente, queste furono in qualche misura approvate da Patetta.

Gli interventi critici operati sono stati quindi minimi e, in linea di massima, orientati dai seguenti criteri :

- a) sono stati corretti gli errori meccanici e ortografici laddove riconosciuti ; in alcuni casi è stata integrata o corretta la sintassi per rendere più fluida la lettura;
- b) sono state sciolte e uniformate le abbreviazioni troppo sintetiche (ex. : s. = soldi; dir. = diritto ; p. e. = per esempio, ecc.), e uniformata la punteggiatura, adeguandola all'uso corrente;
- c) è stato uniformato all'uso corrente l'utilizzo delle iniziali maiuscole/minuscole per i nomi di cariche, popoli, istituzioni, discipline, ecc.;
- d) in luogo della sottolineatura presente nel testo si è utilizzato, ove necessario, il carattere corsivo. Sempre in corsivo sono stati resi anche i termini o le espressioni latine che non fossero già state inserite dal curatore tra virgolette doppie apicali (“ ”). Si è altresì mantenuto l'uso delle virgolette doppie apicali per le evidenziazioni semantiche, mentre si sono introdotte le virgolette basse ‘sergentine’ (« ») per le citazioni di testi;
- e) per gli *Appunti* è stato previsto un apparato di note a pie' di pagina limitato, tuttavia, alla segnalazione delle minime varianti testuali tra il manoscritto e la trascrizione e dei riferimenti interni utilizzati dal curatore;
- f) ai fini di restituire nella forma più lineare e asciutta il testo originale si è ritenuto di non sciogliere i riferimenti ai passi delle opere citate dall'Autore nelle correnti edizioni critiche.

I Curatori

Appunti
di
Storia del diritto Penale
Italiano.



Biblioteca
F. Patetta

Op.
M
13565

TIPO - LITOGRAFIA
ANTONIO VIRETTO
TORINO (108) - CORSO VALENTINO N. 23 - (108) TORINO
Telefono Interc. 61.042 - 1931 - IX

UNIVERSITA' DI TORINO

Ho raccolto i presenti
Appunti con l'autorizza-
zione del Prof. Patella, ma
sotto la mia esclusiva
responsabilità.

E. Dubois

Appunti di Storia del diritto penale italiano

a cura di E. Dubosc

Ho raccolto i presenti appunti con l'autorizzazione del Prof. Patetta, ma sotto la mia esclusiva responsabilità.

E. Dubosc

Il diritto penale italiano ha le medesime fonti degli altri rami del diritto italiano, ed è formato dagli stessi elementi: romano cristiano, germanico. Inoltre esso ha subito, nei vari periodi, l'influenza dei diritti degli Stati che via via dominarono nelle diverse regioni d'Italia; così fu profonda l'influenza dei diritti di Francia, di Spagna, della Germania. Nel secolo XVIII poi esso subì nuove profonde modificazioni fra le influenze dell'Illuminismo, del Razionalismo, ecc., ed infine per opera del libro del Beccaria: «*Dei delitti e delle pene* (1764)» che proponeva la modificazione radicale di tutto l'ordinamento penale italiano.

A questa massa di elementi del diritto penale, corrispondono i due primi volumi dell'«*Enciclopedia del Diritto Penale Italiano*» (Napoli 1905-06) diretta da Enrico Pessina. Al vol. I collaborarono: per l'elemento romano il Ferrini; per l'elemento germanico il Del Giudice; per il cristiano canonico lo Schiappoli (questo terzo elemento si venne formando, naturalmente, in tempi relativamente recenti, coll'istituirsi dei Tribunali speciali Ecclesiastici ai tempi dell'Inquisizione). Il vol. II dell'Enciclopedia comprende due sole monografie: la prima è del Calisse, e comprende la Storia del

diritto penale italiano dalle origini alla metà del sec. XVIII; la seconda è del Pessina, e prosegue la storia dal 1764, anno delle pubblicazioni del citato libro del Beccaria, al 1890, anno della pubblicazione del Codice che era in vigore quando fu pubblicata l'Enciclopedia.

Quanto alla divisione in periodi, seguiremo quella per la Storia del diritto italiano.

I°. PERIODO GOTICO-BIZANTINO

Dal 476 al 568 (anno dell'invasione longobarda in Italia).

Durante tutto questo periodo domina incontrastato il diritto penale *romano*, e precisamente: nel periodo gotico il diritto antegiustiniano, e nel periodo bizantino il diritto giustiniano.

A) Fonti del diritto penale durante la dominazione gotica: 1° - Il libro IX del cod. Teodosiano, comprendente le norme per la custodia dei rei, le sanzioni dei "crimina publica" mediante le varie *Leges Juliae*, le punizioni per coloro che si rifugiano presso le statue degli imperatori, ecc. 2° - Le *Novellae* post-teodosiane (438-476), che contengono esse pure parecchie norme penali. 3° - Le *Sententiae* di Paolo (l. V), fonte molto usata dai Goti, tanto che si può dire che l'Editto di Teodorico sia stato tratto per intero da questa opera. Tale editto è infatti quasi completamente composto di diritto romano, tranne alcune deviazioni causate dalle diverse usanze dei popoli a cui doveva essere applicato (così, per esempio, le pene vi sono tutte aggravate). Teodorico stesso d'altronde dichiarò di voler rispettare le leggi romane, e di voler soltanto fare una specie di raccolta pratica delle norme più comuni. Secondo il Solmi, i giureconsulti romani che compilarono questo editto subirono profondamente l'influenza del diritto germanico, ma questa idea non ha fondamento. I Goti avevano tribunali diversi per giudicare le cause fra Goti e quelle miste (fra Goti e Romani). Il magistrato che li presiedeva era detto "Conte Goto" e nelle cause miste doveva essere assistito da un *prudens* romano. È probabile che tali magistrati ledessero i diritti dei Romani nel giudicare le cause miste; però non si sa nulla di preciso al riguardo.

B) Nell'epoca bizantina, cioè dopo la conquista da parte di Giustiniano, si introdusse naturalmente anche in Italia il *Corpus iuris civilis*. E si hanno allora come fonti penali: il l. IX del Codex, ed i l. 47-48 del Digesto, «duo terribiles libri» contenenti le disposizioni intorno ai delitti privati, pubblici e straordinari. Nella costituzione "Tanta" ammessa¹ al Digesto, si trova la divisione dei delitti in: 1°

¹ Così nel manoscritto per: *annessa*.

delicta privata - sono quelli che si puniscono dando soddisfazione ad un privato. 2° *crimina publica* – sono quelli che si puniscono nell’interesse dello Stato. Dei *crimina publica* fanno parte i delitti straordinari – cioè puniti *extra ordinem* – ad arbitrio del pretore perché non esiste una legge né una *quaestio* perpetua che li punisca. Però questa distinzione fra delitti pubblici e straordinari, già fin dall’epoca imperiale, era solo più un ricordo storico, dato che ormai ogni delitto aveva la sua sanzione stabilita dal principe. Esempi di delitti straordinari: l’abigeato (furto di bestiame), la violazione di sepolcro, lo sterionato² (nome che si dava a qualsiasi frode che non avesse un nome specifico), ecc. Altra differenza fondamentale è che i delitti privati non entrano nel campo del diritto pubblico, e quindi possono essere sanati mediante “*pactiones*” fra le parti; ne sono esempi tipici: 1° il *furto* e 2° la *rapina* (che nel diritto primitivo non si distinguevano); contro chi compie una rapina (= furto con violenza) si può usare, oltre che l’*actio vi bonorum raptorum*, anche la semplice *actio furti*. 3° la *iniuria* (termine lato indicante, oltre all’ingiuria vera e propria, anche la calunnia, il sequestro di persona, il *membrum ruptum*, ecc.; insomma «quicquid non iure fit» – 4° il *damnum iniuria datum* e simili.

Le *pene* nel Diritto romano.

La parola “*poena*” deriva probabilmente da *poina* (= in greco, pagamento) e significava quindi in origine “composizione pecuniaria”. Nel campo penale il Diritto romano non è molto progredito: ha pene severissime e spesso barbare. I giureconsulti romani seguono il principio della “*emenda*” cioè dell’intimidamento preventivo, non del reo, ma degli altri - però generalmente si accontentano di esporre le pene senza commenti di sorta.

Nel Digesto sono puniti con maggior severità i delitti che avvengono più di frequente, per “*exemplum oculis*” (tale carattere hanno per esempio le persecuzioni dei Cristiani da parte di Diocleziano). I giuristi del Digesto distinguono fra *dolum* e *culpa* (nel diritto penale la “*culpa lata*” non si equipara al dolo, come avviene invece nel diritto civile). La “*intentio mala*” si indica con le espressioni: *mala mente*, *per nequitiam*, *malitiose*, ecc. Nel Digesto si accenna pure ai ‘*modi*’ in cui si commette un reato: *impetu* (per ubbriachezza, lascivia, ecc.) – *casu* (quando il danno supera l’intenzione: caso tipico ne è l’omicidio involontario, p. es. a caccia; altro caso è l’uccisione di persona che si vuol solo percuotere) – *intentione* (con premeditazione).

Per l’esame delle pene bisogna tener presente la distinzione fra delitti privati e pubblici:

1°. Per i delitti *privati* anzitutto c’è sempre la possibilità di addivenire ad una composizione pecuniaria col leso, sfuggendo così alla pena, anche interrompendo l’azione penale già iniziata: –

² Così nel manoscritto per: *stellionato*.

l'azione penale si può interrompere mediante: fatto remissorio, o remissione pura e semplice («precibus impetravit ne secum ageretur») o trascuranza da parte del leso. In questo genere di reati lo Stato non interviene, se non per alcuni casi di rapina armata mano, considerati e giudicati *extra ordinem*. L'azione si scioglie pure per morte del colpevole, ma in questo caso il leso ha il diritto di ripetere dagli eredi quanto abbiano eventualmente lucrato in conseguenza del delitto (sia oggetto o denaro). Le pene per i delitti privati sono, nel diritto classico, le seguenti: 1. la *consegna* del reo alla parte lesa; 2. la *addictio*, cioè la composizione pecuniaria, che per il furto è in “quadruplum”; 3° il *talio* (taglione), che però già nelle leggi delle XII Tavole si applica solo in caso di mancata composizione. La pena pecuniaria è l'unica che resta nel Diritto Giustiniano.

2°. Quanto ai *crimina publica*, la loro punizione, nei primi tempi di Roma, era rilasciata al tribunale familiare, specie nell'ambito dei reati famigliari. L'autorità pubblica puniva la “perduellio” (tradimento alla patria), mediante pena di morte e sacertà (consacrazione agli dei infernali). Il primo reato familiare che fu punito dall'autorità pubblica fu il *parricidio* (nome che si estese poi a tutti i delitti famigliari), perché altrimenti sarebbe facilmente rimasto impunito, quando il figlio parricida diventava a sua volta paterfamilias e quindi giudice del suo proprio delitto. Il Tribunale domestico e il *jus vitae et necis* del paterfamilias scomparvero però presto, e il diritto di giudicare e punire si accentrò in mano dello Stato.

Le *pene* per i *crimina publica* vanno dalla pena di morte alla fustigazione. La *pena di morte* è già nelle XII Tavole. Paolo (Sent. I. V.) ne indica tre aspetti: *crux – crematio – decollatio*, ma ve ne sono anche altre. La crocifissione è una pena ordinaria: nelle XII Tavole è indicata coll'espressione «arbori infelici reste suspendito» in seguito prese pure la forma dall'inchiodamento alla croce con rottura delle gambe. Le donne non potevano subire questa pena: erano strozzate o consegnate ai parenti perché le uccidessero; le Vestali che venivano meno al loro obbligo di castità erano lasciate morire di fame, ed il loro complice crocifisso.

La *decollatio* si usa specialmente per i militari, essa non è preceduta dalla *flagellatio*, come tutte le altre pene. Il rogo (*crematio*) si usa di solito per punire i colpevoli di incendio doloso.

Un'altra forma di pena di morte molto comune a Roma consisteva nel precipitare il reo dalla rupe Tarpea. I parricidi venivano chiusi in un sacco di cuoio insieme ad un serpente o ad una scimmia, ed annegati nel Tevere: era questa una pena “sacra”, in quanto non contaminava il suolo patrio. Infine era molto frequente, specie al tempo dell'Impero, la condanna *ad ludos gladiatorios*. (Giova notare che presso i Romani la pena di morte ha il doppio significato di vendetta dello Stato e di sacertà religiosa).

Affine alla pena di morte è la condanna *ad metalla*, cioè ai lavori forzati a vita nelle miniere, con perdita della cittadinanza e marchio sul viso, e spesso anche con accecamento di un occhio e rottura

di una gamba. Il marchio sul viso fu abolito da Costantino per ragioni religiose, perché non fosse deturpato nelle sue creature il semblante di Gesù Cristo, e dopo di allora il marchio si fece sulle mani o sulle gambe: pure per ragioni religiose Costantino abolì la crocifissione.

Meno grave della condanna ad metalla è la condanna *ad opus publicum* (cioè a lavori di pubblica utilità) che può essere temporanea.

La *flagellatio* che si fa con verghe o bastoni o flagelli (staffili) si usa solo per le persone di basso ceto (*humiliores*); per gli *honestiores* c'è piuttosto la relegazione oppure una pena pecuniaria (tale distinzione fra i due ceti si trova in tutti i diritti antichi, poiché i ricchi possono sempre sfuggire alle pene corporali mediante il danaro).

Altre pene frequenti nel diritto romano sono: la *deportazione* a vita, con perdita della cittadinanza, generalmente in un'isola; la *relegazione*, che può essere temporanea ed in luogo non determinato: è simile all'*esilio*, quest'ultimo però è di solito scelto volontariamente dall'accusato per sfuggire alla pena, ma se torna in patria può essere impunemente ucciso.

Nel diritto romano il *carcere* non è usato come pena, ma serve soltanto per la custodia temporanea dell'accusato prima della sentenza: «*carcer ad custodiendos homines, non ad puniendos haberi debet*» (Digesto). Avviene talvolta che un accusato vi sia trattenuto per parecchi anni, magari per dimenticanza, ma senza che il fatto assuma mai il carattere di pena.

Pene accessorie sono: la *perdita della libertà* (con la pena capitale, la deportazione, *l'aqua et igni interdictio*, la condanna ad metalla, ecc.); la *confisca dei beni*; la *condanna della memoria*: taluni reati (p. es. quello di lesa maestà) si perseguono anche dopo la morte del colpevole; la condanna della memoria importa il divieto ai parenti del colpevole di seppellirne il cadavere e di portargli il lutto.

Circa il *materiale penale* del periodo che stiamo considerando, sono notevoli anzitutto i Memoriali dei Martiri, in cui sono ricordate pene gravissime. Inoltre l'Editto di Teodorico (non quello di Atalarico, che non è se non una declamazione retorica di Cassiodoro), le Varie di Cassiodoro e parecchie cronache. Teodorico, mediante il suo Editto, avrebbe voluto sottoporre i suoi sudditi alle leggi romane, ma non vi riuscì, perché i Goti non volevano rinunciare alla faida germanica, e continuarono ad esercitarla (a questo c'è un accenno nel caso di Amalasantha, figlia di Teodorico, che Teodato fece uccidere, e per nascondere il suo misfatto disse ch'era stata uccisa da alcuni Goti per vendetta). Altre notizie sull'epoca gotica si possono trarre dall'Editto di Teodorico, e precisamente dalle sue disposizioni contro i fautori di Odoacre, dei quali ordinò la confisca dei beni, vietando loro di far testamento (perché li considerò rei di lesa maestà): ma poiché queste disposizioni avrebbero colpito un troppo grande numero di persone, Teodorico le revocò ben presto per intercessione di S. Epifanio, vescovo di Pavia. Infine è da ricordarsi, per questo periodo, il processo contro Simmaco e

Boezio, accusati di lesa maestà contro Teodorico: essi furono condannati, secondo la tradizione, ad una atroce morte.

La classificazione dei reati nel Diritto penale romano.

Per i delitti privati basta ricordare le 4 categorie principali già citate³. Per i *crimina publica*, nel Digesto fu adottata la classificazione seguente, seguendo le varie leggi dell'epoca imperiale in materia penale:

1°. La *lex Julia maiestatis* punisce il reato di lesa maestà, in cui si confonde l'antica *perduellio*; questo reato è perseguibile anche dopo la morte del colpevole, con la confisca dei suoi beni: se non aveva sostanza, la pena si riduce alla condanna della memoria; il cadavere del reo viene gettato nel Tevere, e se le acque lo rigettano, è vietato toccarlo. Nel diritto giustiniano, al delitto di lesa maestà è parificato quello di lesa maestà divina: nell'epoca pagana tale delitto non era considerato, per il principio «de hominum iniuriis di cusant» secondo il quale non tocca agli uomini il punire le ingiurie contro gli dei; cosicché al sorgere del Cristianesimo, il rifiuto dei Cristiani a giurare e sacrificare per gli imperatori ed a porger loro l'ossequio materiale di incenso (vedi Atti dei Martiri) era considerato un reato di lesa maestà umana, non divina – Giustiniano punisce molto gravemente la bestemmia ed i reati di religione in genere, perché si credeva che tali reati, provocando la collera divina, fossero causa di carestie, terremoti, ecc.

2°. La *Lex Julia de adulteriis coërcendis* comprende tutti i reati contro il buon costume (specialmente: adulterio, incesto, pederastia). Per gli adulteri, la *lex Julia* stabilisce soltanto la deportazione in due isole diverse dei due colpevoli: inoltre si confinavano i beni dell'uomo, e la dote della donna passava al di lei marito. Coloro che non avevano sostanze subivano la fustigazione a compenso della mancata confisca. Il matrimonio della donna adultera era valido ma lo si puniva. Costantino tramutò la punizione in pena di morte per ambo i colpevoli e gli imperatori Costanzo e Costante parificarono l'adulterio al parricidio; quindi lo punirono col rogo o con l'annegamento in sacco di cuoio: ciò è stabilito nella costituzione 339 del cod. Teodosiano («tamquam sacrilegos nuptiarum») la quale costituzione è ripetuta da Giustiniano, che però riduce la pena alla decapitazione “gladio” e stabilisce inoltre che l'adultera può essere reclusa a vita in convento. Molte modificazioni apportate da Giustiniano all'antico diritto sono determinate dal nuovo modo di sentire portato dal Cristianesimo: così, questo aveva abolito, rispetto ai reati, la distinzione fra liberi e schiavi; perciò, mentre nel diritto precedente per gli schiavi non esisteva l'adulterio (in quanto la loro unione non era considerata matrimonio) né la pederastia degli schiavi era considerata un reato, nel diritto

³ (*pag. 6*): il rinvio, in corpo di testo ma qui omissso nella trascrizione, fa riferimento alla carta manoscritta delle dispense.

Giustiniano i due reati sono puniti egualmente nei liberi e negli schiavi. Così pure, si comincia solo con Giustiniano a considerare reato l'aborto procurato, e si giunge fino a punire con pena capitale, l'aver nascosta la gravidanza. E parimenti, si punisce ora gravemente il lenocinio sia del marito per la moglie, come del padre per le figlie, e del padrone per le schiave, mentre il diritto Romano precedente non puniva che il primo di questi tre casi.

3°. La *Lex Cornelia de sicariis* contempla in origine solo il mandato di omicidio, ma intorno ad essa vennero poi raggruppandosi numerosi altri reati, fra cui: l'omicidio, il veneficio (anche se solo tentato), la falsa testimonianza. Sempre in base a questa legge sono pure puniti: il giudice che condanna un innocente, colui che tiene libri magici, colui che abbia provocato ad altri la morte con una medicina, ecc. Coloro che fanno incantesimi sono puniti col rogo o con la condanna *ad bestias*.

4°. La *Lex Pompeia de parricidiis* comprende l'uccisione dei genitori, dei figli, dei fratelli, dei liberti; in origine la voce "parricidium" significava: uccisione di un uomo libero, o compiuta da un uomo libero, poiché nel diritto Romano primitivo solo il *paterfamilias* era libero e veniva giudicato dall'autorità pubblica. Nelle sentenze di Paolo è detto che tale delitto in origine era punito coll'annegamento nel sacco di cuoio, e in seguito col rogo o la condanna *ad bestias*.

5°. La *Lex Cornelia testamentaria de falsis* in origine contempla solo il falso testamento, e in seguito tutti i reati che con questo hanno analogia, cioè tutti i falsi: il reato di falsa moneta, il rifiuto di moneta buona, i danni alle monete, il porre termini falsi, il fingere una parentela inesistente, il vender fumo (vantare protezioni che non si hanno, e simili). I rei di tali delitti, «aut relegantur aut capite puniuntur».

6°. Le *Leges Juliae de vi publica et privata* puniscono tutte le forme di violenza: nell'epoca classica era considerata "pubblica" la violenza armata e privata quella senza armi, ma tale distinzione non vale nel diritto primitivo, né in quello Giustiniano. Tale legge punisce pure il magistrato che condanna una persona senza tener conto del suo appello al popolo o all'imperatore («Provocatio ad populum vel ad Imperatorem»). (Paolo ed Ulpiano anzi considerano come *vis publica* solo questo reato). Del diritto di appello all'imperatore; che era la continuazione storica della antica *provocatio ad populum*, si troveranno tracce in tutto il medio evo (confronta le costituzioni di Teodorico II e la Tavola Amalfitana): esso era negato ai militari ed agli infami. Ne abbiamo un esempio tipico nel caso di S. Paolo (v. Atti degli Apostoli) che, arrestato a Gerusalemme dal tribuno romano, fu condotto nel Pretorio ed incatenato: quando stavano per flagellarlo si dichiarò *civis romanus* ed allora il centurione non osò procedere oltre contro di lui e «solvit eum»; lo inviò a Cesarea al Governatore della provincia, il quale, dopo averlo trattenuto due anni, lo interrogò, dove volesse essere giudicato: «Caesarem appello» risponde Paolo, e il Governatore «Caesarem appellasti, ad Caesarem ibis». Tra i casi di *vis privata*, Paolo annovera: lo scacciare a mano armata una persona dalla sua casa, l'impedire una

sepoltura, l'incendio, l'accogliere in casa propria una persona condannata, l'andare armati in pubblico, l'impossessarsi arbitrariamente d'un pegno: per tutti questi reati la pena è, per gli *honestiores*, la perdita di un terzo della sostanza e la relegazione in isola; per gli *humiliores* la condanna *ad metalla*. Giustiniano pone in questa categoria il ratto *per vim* di monaca o fanciulla, e lo punisce con pena capitale.

7°. La *Lex Julia peculatus*, considera le malversazioni di denaro pubblico: in Paolo la pena per questo reato è pecuniaria, *in quadruplum*. Giustiniano invece la convertì in pena di morte per il funzionario colpevole e per chi gli avesse dato aiuto; ed inoltre estese la colpa anche alle malversazioni di *res sacrae*. Se le malversazioni sono state compiute da privati, la pena è ridotta alla deportazione.

8°. La *Lex Fabia de plagiariis* punisce colui che si impadronisce di un uomo libero o di uno schiavo altrui e lo vende, lo nasconde, lo lega, e parimenti colui che lo compera dal plagiario. In origine tale reato era punito con pena pecuniaria, ma già ai tempi di Paolo era considerato fra i *crimina publica extra ordinem*, per cui gli *honestiores* erano puniti con la perdita di metà delle loro sostanze e la relegazione perpetua, e gli *humiliores* con la condanna *ad metalla vel ad crucem*.

9°. La *Lex Julia ambitus* puniva colui che imponeva con minacce la propria elezione; delitto che ai tempi di Giustiniano, naturalmente, non avveniva più; essa non comportava la pena capitale.

10°. La *Lex Julia repetundarum* contemplava in origine solo il caso del funzionario provinciale che estorce danaro ai suoi amministrati, abusando della sua autorità: in seguito comprese qualsiasi mero illecito dei governatori e dei loro subalterni (che ne costituivano la *cohors*): oltre alla *cohors*, i governatori sollevano condurre con sé i *comites Augusti*, loro amici privati, a cui affidavano pure degli incarichi.

11°. La *Lex Julia de residuis* è un complemento della precedente: i "residui" sono gli avanzi di denaro pubblico rimasti in mano dei funzionari. Paolo non parla di questa legge, che è citata e definita nel Digesto.

12°. La *Lex Julia de annonae* punisce «qui contra annonam fecerit». Diocleziano punisce con pena di morte chi abbia comperato o venduto a prezzi diversi da quelli da lui fissati nella sua tabella. Nessuna di tali tabelle per l'annona è giunta fino a noi: Cassiodoro (Varie) ne spiega la necessità, ma non ne riproduce alcuna. In seguito la pena fu ridotta: per gli *honestiores* alla relegazione temporanea, e per gli *humiliores* alla condanna temporanea *ad opus publicum*.

II. PERIODO BARBARICO

Dal 568, anno dell'invasione longobarda, alla metà circa del sec. XI, epoca della formazione dei comuni.

Con l'invasione longobarda, l'Italia restò divisa in due territori, il longobardo ed il bizantino (comprendente Venezia, Ravenna, la Pentapoli, i territori di Roma e Napoli e la Sicilia) – e quindi si hanno da questo momento due diritti – nel territorio bizantino il diritto giustiniano, e nel territorio longobardo il diritto barbarico germanico.

A. *Il diritto bizantino* di questo periodo è ancora in linea di massima il diritto giustiniano, ma con due modificazioni essenziali che sono: la Egloga di Leone e Costantino e la compilazione dei Basilici. Queste due opere, insieme con una serie di Novelle Giustiniane, sono le principali fonti del diritto penale nell'Italia bizantina di questo periodo.

La Egloga, *ecloga tôn nómon*, è un piccolo codice in 18 capitoli scritto nella 1^a metà del sec. VIII dagli imperatori iconoclasti Leone Isaurico e Costantino Copronimo. Secondo il titolo vorrebbe essere una «scelta di leggi tolte dal Codice e dalle Novelle di Giustiniano» ma in realtà il diritto giustiniano vi è modificato profondamente (e infatti nel periodo successivo tale Egloga sarà considerata come facente parte della *Eversio*, cioè corruzione del diritto giustiniano). Essa fu largamente usata in Italia e vi ebbe grande influenza: le disposizioni penali sono raggruppate nel libro 17° e la classificazione dei reati è la seguente:

1°. *Lo spergiuro*: questo reato nell'antico diritto romano, non era punito per se stesso, perché faceva parte del reato di lesa maestà; così pure nel diritto giustiniano è punito solo in quanto mezzo ad altri reati. Invece nella Egloga è considerato delitto di lesa maestà divina ed è punito col taglio della lingua (pena che nel medio evo sarà riservata ai bestemmiatori).

2°. *Il reato di lesa maestà*: circa questo reato, il Codice giustiniano (l. 9°) riportava la costituzione «Si quis imperatori maledixerit» di Teodosio I (del 393) che stabiliva che tale delitto non si deve punire, perché non può essere causato che da leggerezza o da pazzia, o da ira per ingiustizie dei funzionari imperiali. Viceversa in seguito, la lesa maestà fu punita con la decapitazione e confisca totale dei beni; inoltre i figli del reo avrebbero dovuto esser mandati anch'essi a morte come rei di un delitto ereditario, ma di solito erano lasciati in vita, col divieto di possedere, in modo che per essi la vita fosse un supplizio, la morte un sollievo.

L'Egloga pure stabilisce la pena di morte e la confisca dei beni, ma fissa che la sentenza non possa essere eseguita se non dopo l'approvazione dell'imperatore, per impedire eventuali abusi da parte dei funzionari.

3°. *L'eresia*: nel Codice giustiniano era punita con pena capitale, nell'Egloga invece non se ne parla quasi e quantunque i due imperatori autori fossero iconoclasti, non vi si trovano neppure disposizioni contro gli iconolatri (forse perché l'Egloga fu fatta prima o dopo il periodo in cui l'iconoclastia imperversò).

4°. *Il furto*: nel diritto giustiniano era considerato un delitto privato, e punito semplicemente con la restituzione *in quadruplum*, più tardi si erano aggiunte *extra ordinem* altre pene. Nell'Egloga invece c'è la distinzione fra i furti compiuti negli accampamenti e fuori di essi; per i primi il furto d'armi è punito con la fustigazione, il furto di cavalli col taglio della mano; per i secondi, se il ladro non è ancora recidivo è punito con la restituzione *in triplum* o, se non può pagare, con la fustigazione; in caso di recidiva, col taglio della mano. C'è poi una serie di furti aggravati (abigeato, furto sacrilego, plagio, violazione di sepolcro) che vengono puniti in più di un modo: così l'abigeato è punito con la fustigazione, il taglio della mano e il bando; il furto sacrilego con l'accecamento.

5°. I reati di *libidine* sono nell'Egloga puniti molto severamente: la pederastia e l'incesto colla pena di morte: l'adulterio, la violenza ecc., col taglio del naso: questa pena non è un'innovazione degli autori dell'Egloga; già prima si era verificato il caso dell'imperatore Giustiniano II Rinotmeto, e più tardi quello di Eufemio da Messina, che aveva subito questa pena per aver rapita una monaca. L'Egloga punisce poi ogni unione extramatrimoniale con la flagellazione: 12 colpi per gli ammogliati e 6 per gli scapoli.

6°. *L'omicidio*: nel diritto giustiniano erano esclusi dal diritto di asilo nelle chiese gli omicidi e gli adulteri; l'Egloga invece non accenna a tale esclusione, però la consuetudine che venne prevalendo riguardo a tale diritto di asilo è che esso non giovasse agli assassini manifesti, se invece un assassino non ancora scoperto si rifugiava in chiesa e si confessava, allora doveva sottostare solo alle pene ecclesiastiche, e all'autorità laica rimaneva il compito di dividere i beni del colpevole fra la famiglia dell'ucciso e la Chiesa e più tardi col fisco. Il diritto d'asilo è molto usato in questo periodo, in quanto chi lo viola è punito per lesa maestà divina: esso naturalmente era riservato ai cattolici, era vietato ai rei di lesa maestà e di peculato, ed agli schiavi, i quali, se fuggivano in chiesa per sfuggire ai maltrattamenti dei padroni, erano, dal preposto alla chiesa riconsegnati ai padroni, dietro promessa di questi di non punirli.

7°. *L'aborto procurato* – nel diritto romano non era considerato reato, tranne nel caso che la donna avesse abortito per far dispetto al marito; l'Egloga invece lo punisce gravemente. La compilazione dei *Basilici*, opera degli imperatori Basilio il Macedone e Leone il Sapiente, appartiene alla 2^a metà del sec. IX; essa segna il ritorno al dir. giustiniano in quanto riproduce nei suoi 60 libri, il contenuto del *Corpus iuris*, sopprimendo la distinzione fra *leges* e *iura*, e contiene pure indici e commenti alle fonti giustiniane. Non possediamo l'opera intera, però la parte penale, che è nel l. 60°, ci è giunta

integra. Questa compilazione, che rappresenta la reazione all'Egloga, ebbe scarsissima influenza in Italia. Il diritto bizantino fu studiato con particolare cura dallo Zacharie von Lingenthal, il quale nota che le fonti bizantine non danno una trattazione completa del diritto penale, né hanno portato innovazioni al diritto penale giustiniano; solo l'Egloga se ne allontanò alquanto per ciò che concerne le pene: delle pene romane rimane solo la decapitazione, mentre tutte le altre scompaiono. D'altra parte sorgono in questo periodo altre pene ignote all'antico diritto romano: così la *mutilazione* (taglio della mano, del piede, della lingua, evirazione, ecc.). Lo Zacharie trova una giustificazione di questa pena nel Vangelo di S. Matteo («se il tuo occhio ti scandalizza, strappalo da te, e gettalo») e nota inoltre che influenza grande sul diritto penale bizantino, ebbero le disposizioni ecclesiastiche in materia di *penitenze* pubbliche, in quanto, chi si sottoponeva a tali penitenze, poteva sfuggire alle sanzioni delle leggi laiche. Le disposizioni al riguardo, erano contenute nei cosiddetti libri penitenziali (parecchi dei quali sono giunti a noi e l'ultimo dei quali appartiene all'epoca di S. Carlo Borromeo) che sono veri trattatelli di diritto penale, poiché contengono elenchi di peccati colle relative penitenze, di solito gravissime: per esempio il chierico omicida deve vivere 10 anni in esilio a pane ed acqua, poi tornare e soddisfare i parenti dell'ucciso; a queste penitenze ecclesiastiche lo Zacharie connette pure il diritto d'asilo: però a nostro parere questo diritto deriva direttamente dall'uso romano pagano di rifugiarsi presso le statue degli imperatori.

Lo Zacharie così distingue le pene bizantine: 1°. *pena di morte*, che però diventa molto rara, tanto che sotto parecchi imperatori non si eseguì alcuna condanna capitale; le condanne non si potevano eseguire prima che fossero trascorsi 30 giorni dalla sentenza, e solo dopo l'approvazione imperiale; la pena capitale si eseguiva mediante decapitazione o impiccagione. 2°. *mutilazione*: in principio si usava solo per gli schiavi ed i non romani. 3°. *flagellazione*. 4°. *marchio* sulle mani. 5°. *bando* ed *esilio*. Nell'Egloga il carcere non è ancora usato come pena, né vi è la reclusione in monastero per l'adultera. 6°. *pene pecuniarie*: sono usate raramente; la confisca dei beni solo per il reato di lesa maestà.

Nell'Egloga non ha luogo la distinzione fra honestiores e humiliores; inoltre in essa non si accenna al sistema delle composizioni, romano e germanico.

B. Il *diritto longobardo*. È un diritto barbarico primitivo, che però, con la venuta dei Longobardi in Italia subì profondamente le influenze romane e cristiane. Ne sono fonti: l'*Edictum Longobardorum*, costituito dall'Editto di Rotari (643) in 388 capitoli, di cui i primi 132 contengono disposizioni di diritto penale; all'Editto di Rotari seguono le aggiunte di Grimoaldo (688), in 9 capitoli, che risentono profondamente l'influenza romana, quindi le aggiunte di Liutprando (713-735), in 155 capitoli, che rispecchiano l'avvenuta conversione dei Longobardi al Cristianesimo, ed infine le aggiunte di Rotari

e di Astolfo. L'Editto longobardo, insieme col Capitolare franco-longobardo dell'epoca seguente, forma il cosiddetto *Liber papiensis*. Per il principio della personalità del diritto si usarono pure, in questo periodo, in Italia la legge Salica e la Alamanna ed altre leggi barbariche, che però non lasciarono quasi tracce da noi. Il diritto penale longobardo ha caratteri del tutto primitivi: vi si notano profonde le tracce delle antiche istituzioni germaniche; così il criterio di distinzione dei reati è fra reati che offendono la comunità e quelli che offendono un privato e la sua famiglia: nel primitivo diritto germanico l'autorità pubblica interveniva solo nel primo di questi due casi, in quanto nel secondo si ricorreva alla faida, cioè al sistema della vendetta privata da parte della famiglia del leso. Le notizie che Tacito dà nella sua *Germania* intorno al diritto degli antichi Germani, danno la misura di quanto il diritto dei Longobardi al tempo della loro venuta in Italia derivasse ancora dal primitivo diritto germanico. Tacito, nei primi capitoli dell'opera sua, dice che presso i Germani le cause di maggiore importanza erano giudicate dai principi e le minori da tribunali popolari detti *concilia*. Egli fa poi una *distinctio poenarum et delictorum*, distinguendo i "flagitia" più gravi, dagli "scelera": i primi, essendo infamanti, devono essere tenuti nascosti e perciò si puniscono con l'annegamento nel fango; i secondi invece debbono essere puniti pubblicamente, mediante impiccagione. I reati minori sono puniti mediante composizioni, consistenti per lo più in cavalli od altri animali, di cui una parte va al re, l'altra alla famiglia del leso. Accanto alla distinzione fra reati puniti con pena capitale e reati puniti con composizioni, abbiamo in Tacito, al capitolo 19°, un accenno al reato d'adulterio: dice che l'adultera è punita col bando dal paese, dopo essere stata percossa ed aver subito il taglio dei capelli, ed aggiunge che presso i Germani gli adulteri sono rarissimi, data la grande purezza dei costumi, per cui sono vietati pure il divorzio e le seconde nozze. Occorre ricordare che la *Germania* è un libro tendenzioso, in quanto Tacito, avvertendo il pericolo che i Germani presentavano per Roma, mira a far accorti i Romani di quanto fosse per loro pericolosa la loro corruzione, esaltando e mettendo in evidenza le virtù primitive delle popolazioni germaniche. Venendo a parlare dell'istituto della "faida" Tacito dice che non sempre essa ha luogo, poiché, se il gruppo familiare del colpevole non intende difenderlo, può consegnarlo alla parte lesa, che si occuperà della sua punizione. Questo caso però si verifica raramente, in quanto è reputato atto disonorevole il rinunciare alla guerra privata la quale, però, non dura eternamente: ad essa si può infatti porre termine mediante la consegna di un certo numero di capi di bestiame da parte di tutti i componenti il gruppo familiare del colpevole, a tutti i parenti del leso, in parti proporzionali; in tal modo si può compensare perfino l'omicidio. Negli editti dei re longobardi d'Italia, a cominciare da quello di Rotari (anno 643) si ritrovano, come abbiamo detto, le tracce di tutti gli istituti germanici, dalla faida alle composizioni ed ai sistemi di punizione, tutti però alquanto modificati dalle influenze romane e cristiane. Dopo la conquista delle terre romane i sovrani longobardi si trovarono in una posizione nuova, come eredi degli imperatori romani, con

potere assoluto sulle popolazioni romane, e così essi vennero rafforzando sempre più la loro autorità, a scapito di quella dell'antica assemblea popolare: a questo incremento dell'assolutismo regio contribuì pure la dottrina cristiana, assolutistica per eccellenza; così è che al c. 2: di Rotari si trova la frase: «corda regum in manum Dei, credimus esse» tratta dai proverbi di Salomone.

Durante il regno longobardo in Italia l'istituto della faida continua ad essere largamente usato, quantunque l'Editto di Rotari, come già le leggi barbariche precedenti, cerchi di indurre gli offesi a seguire le vie legali: forse non tanto per mantenere la pubblica pace, quanto perché era interesse pecuniario del sovrano che si ricorresse all'autorità pubblica, poiché, in questo caso, la metà delle composizioni spettava al fisco, che allora era tutt'uno col re. Rotari appunto dichiara d'aver stabilito composizioni maggiori di quelle fin'allora in vigore, per indurre la parte lesa a ricorrere ai tribunali rinunciando alla vendetta privata. Per quanto concerne le *composizioni* c'è un vero e proprio "sistema" di esse, comune a tutte le leggi barbariche: una serie di tariffe, aventi per base la stima della persona del leso, tenuto conto del suo valore personale e delle sue condizioni di libero o di aldio o di schiavo. Nell'Editto di Rotari non sono indicate tariffe fisse per le composizioni: vi si dice solo che esse si computeranno «secundum qualitatem personae». Nelle leggi barbariche le composizioni constano di due somme distinte: una è la vera e propria "compositio" spettante al leso ed alla sua famiglia, l'altra, che è la parte spettante al fisco, prende il nome di *fredo*, cioè pena per la pace violata (Friedensgeld): nelle leggi franche (per esempio nella Salica) le due somme furono sempre tenute distinte; nelle leggi longobarde, invece, furono fuse in una sola, nominalmente, però in realtà sussisteva la distinzione. Circa le condizioni dei Romani sotto la dominazione longobarda, l'ipotesi da molti sostenuta che essi fossero in condizione servile non ha alcun fondamento, anzi, il fatto stesso che Rotari non stabilisce alcuna tariffa fissa per le composizioni dimostra che non si faceva ai Romani un trattamento particolare; d'altronde è certo che i re longobardi stabilivano le leggi per i sudditi longobardi, continuando i Romani a vivere secondo le loro leggi, in conformità al principio della personalità del diritto, e seguendo probabilmente le norme longobarde solo nei rapporti col dominatore.

L'ordine dei reati e delle pene nell'Editto di Rotari: nella categoria dei delitti pubblici sono in primo luogo considerati i reati contro la *sovranità* e l'ordine pubblico; il reato di *lesa maestà* è contemplato nel cap. 1° dell'Editto che punisce il complotto, sia individuale (*cogitatio*) che collettivo (*consilium*) contro la persona del sovrano. Tale reato è punito con pena capitale e confisca totale dei beni («animae suae incurrat periculum et res eius infiscentur»). Si noti che la pena della confisca dei beni dovrebbe sorgere solo dopo che si è stabilita la proprietà individuale, mentre quando Rotari fece il suo Editto la proprietà aveva ancora carattere familiare; ma Rotari che subiva l'influenza del diritto

romano modellò i diritti del fisco longobardo su quelli del fisco romano. Tra i reati contro l'ordine pubblico si considera quello che invita i nemici ad entrare nel regno, al quale è parificato quello di chi esce dal regno senza il permesso del re, perché i territori circostanti al regno longobardo (o "Provincia Italia") erano tutti Bizantini, cioè nemici. Questi reati sono puniti con pena capitale, come pure il tentativo di provocare sedizioni nell'esercito, e di opporsi al re o al capo dell'esercito. Lo *scandalum* nell'assemblea non è punito con pena di morte, ma con la massima pena pecuniaria longobarda, ammontante a 900 soldi d'oro (il soldo era battuto ad 1/72 di libbra d'oro, ed equivale a circa 12 lire oro). Chi non poteva pagare era sottoposto a pena corporale o a *noxae deditio*: se poi i parenti dell'accusato ne riconoscevano la colpa, la pena si aggravava. Nel campo dei delitti privati la famiglia del leso ha, come si è visto, la scelta fra la faida e il ricorso ai tribunali pubblici: la faida era in origine ammessa in ogni caso, senza riguardo all'intenzione del colpevole; si puniva il danno, senza badare alla colpa. Rotari cercò di mitigare questo principio barbarico stabilendo che non avesse luogo la faida per reati preterintenzionali: «cessante faida eo quod nolendo fecit» e che si dovesse solo pagare la composizione. Parimenti egli esclude la faida per le persone che si trovino in viaggio dirette dal sovrano, sia di loro spontanea volontà che chiamate dal re.

Tale principio andò sempre estendendosi, finché si giunse alla cosiddetta "tregua di Dio" che sospende la faida intorno ai santuarii, ed alle "paci di Dio" per determinati periodi: la "tregua di Dio" fu poi estesa alle fiere per l'interesse che avevano le città a che il popolo accorresse numeroso alla fiera. Ed infine pare che la faida fosse pure esclusa nella casa del colpevole.

Il principale reato privato delle leggi barbariche è l'*omicidio*, che dà infatti la misura per la composizione: la composizione per l'omicidio si chiama *guidrigildo*, la somma non ne è indicata, come si è visto, da Rotari. Liutprando invece stabilì un *guidrigildo* variabile da 150 soldi per i liberi delle infime classi a 300 per i *gasindi* (*comites regis*), i quali ultimi non potevano essere stimati a meno di 200 soldi. Vi sono omicidi che non vengono puniti così: Rotari (cap. 2) stabilisce che non sia punito chi uccide una persona per ordine del re, essendo impossibile che sia innocente chi muore per ordine del re. Tale principio compare anche in altri capitoli, così mentre il *consilium mortis* è solito punito con 20 soldi d'oro, invece «si quis cum rege de morte alterius consiliaverit ... in nullo sit culpavelis»; così non è punito l'omicidio di persona introdottasi clandestinamente nella *curtis* altrui. E ancora: Liutprando punisce le riunioni di rustici aventi per scopo un qualche atto di violenza: molti "rustici" avevano perciò escogitato il sistema di mandare le loro donne a compiere la violenza: il legislatore stabilì allora che l'eventuale uccisione o ferimento di tali donne non venisse punito. L'omicidio per legittima difesa è da Liutprando punito con la semplice comparizione, anziché con la confisca totale dei beni.

Omicidii aggravati sono invece quelli premeditati *in absconse* (che sono puniti con 900 soldi d'oro) e quelli commessi in persona di una donna (per i quali la pena è di 1200 soldi anche se l'uccisore è il marito).

È aggravante pure il nascondere o spogliare il cadavere dell'ucciso (in questo caso si paga, oltre il guidrigildo, una multa di 80 soldi).

Quanto ai reati minori contro la persona: per le ferite gravi, la pena si commisura sul guidrigildo; per le ferite recate ad un aldio si paga un terzo della somma dovuta per un libero; e per quelle recate ad uno schiavo si paga metà della somma dovuta per un aldio. Per le ferite lievi, invece, Rotari stabilisce delle tariffe fisse. Egli distingue fra: *vulnus* (ferita cruenta) e *livor* (percosse) e stabilisce che per il *livor* fatto ad un libero, la pena sia di tre soldi ognuno fino a quattro percosse e per quello fatto ad un aldio, sia di un soldo (pure fino ad un massimo di 4), le persone ad un servo non sono punite. Per le *plagae* (ferite al capo) ad un libero, la pena va da un minimo di sei soldi ad un massimo di 18. Per l'aldio da 2 a 4 soldi, e per il servo da uno a 2. Per la rottura delle ossa del cranio si paga per il libero da 12 a 36 soldi; per l'aldio fino a 4 soldi e per lo schiavo fino a 3. A questo modo seguono le disposizioni per i danni agli occhi, al naso, alle labbra, ai denti, alle orecchie, alle braccia, ai piedi.

I reati che offendono l'onore sono severamente puniti dalle leggi longobarde, specie quando siano tali da turbare la pace delle famiglie. Le offese si distinguono in verbali e reali, per le *offese verbali* le leggi distinguono fra quelle fatte "per furorem" (ingiurie) e quelle "per intentionem" (diffamazione, denigrazione) che sono punite più gravemente delle altre: così l'ingiuria maggiore, che è secondo Rotari (381) l'accusa di viltà (il chiamare qualcuno "arga" cioè vile), se fu fatta "per furorem", è punita con 12 soldi d'oro; se "per intentionem" occorre provarla mediante duello, che è la forma esclusiva di giudizio di Dio, per gli uomini liberi. Rotari (197 e 198) considera il caso di chi accusa una donna di essere "fornicaria" o "striga"; se l'accusa è lanciata dal mundoaldo della donna, e questo sia il padre o il fratello, l'accusa cade senza intervento dell'autorità: se il mundoaldo è un parente meno prossimo, perde il mundio, e la donna passa sotto quello d'un altro parente del re, a suo piacere (poiché la donna longobarda non può mai essere *selbst mundia*, cioè *sui iuris*): per conservare il mundio, il parente deve dimostrare di non aver lanciata l'accusa. Se l'accusa è invece lanciata da un estraneo, questi può scolparsi asserendo d'averla lanciata "per furorem", oppure sostenere che l'accusa corrisponde a verità: nel 1° caso deve giurare, insieme ai 12 *coniuratores*, che non gli consta che la donna sia colpevole (i *coniuratores* o *sacramentales* dovevano essere scelti fra i parenti del convenuto, il loro numero variava fra i 3 a i 12; essi prestavano il *iuramentum credulitatis*, cioè giuravano non sulla verità del fatto, ma sulla credibilità della persona assistita. Col disgregarsi dei gruppi famigliari, divenne sempre più difficile trovare delle persone disposte a prestar giuramento,

cosicché quest'uso andò perdendosi finché Ottone I lo sostituì senz'altro col duello probatorio. Nel 2° caso, cioè quando l'accusatore voglia mantenere l'accusa, deve provarla mediante duello coi parenti della donna; secondo l'esito del duello la donna è condannata, oppure l'accusatore deve pagarne il guidrigildo come se l'avesse uccisa. Questo c. 198° di Rotari che ammette l'accusa di strega ad una donna, è in contraddizione col c. 376° (facente parte dei 20 capi aggiunti) in cui è detto che non esistono streghe, e che i Cristiani non devono credere questo, e quindi punisce chi uccide una donna come masca.

Anche le *ingiurie reali* sono minutamente considerate nell'Editto. Rotari prevede il caso di chi pone le mani su una persona libera, o la lega, senza ordine del re; tale ingiuria è punita con una pena corrispondente ai 2/3 del guidrigildo della persona. Sicardo punirà il legare una persona con 100 soldi. Chi percuote un servo appena uscito dalla casa del padrone è punito con 20 soldi; se invece il servo usciva dalla casa di un contadino qualunque, l'ingiuria arrecatagli non è punita. Chi costringe un uomo a scender da cavallo, è punito con la grave pena di 80 soldi. Il *pugno* è punito con la pena di 3 soldi, lo schiaffo invece con 6 soldi, perché è reputato maggiormente offensivo (questa disposizione passò negli usi del medio evo: cfr. il c. 16° della vita del Cellini, dove è detto che in Firenze lo schiaffo era punito con 25 scudi, e il pugno con poco o nulla. Le leggi romane invece, e così la Lex romana Wisigothorum che da essa deriva, puniscono molto più gravemente il pugno che non lo schiaffo). Le offese reali arrecate ad una donna sono punite molto più gravemente di quelle ad un uomo; così mentre l'impedire il passaggio per strada ad un uomo è punito con 20 soldi, l'impedirlo ad una donna è punito con la pena massima di 900 soldi (la stessa pena è comminata a chi leghi una donna); Liutprando pure commina pene gravi a chi fa sgarbi ad una donna libera: se tali sgarbi sono fatti da un aldio o da uno schiavo, questo deve essere consegnato al mundoaldo della donna, ed il suo padrone deve pagare 60 soldi. Il Del Giudice considera fra le offese reali anche la violazione di domicilio che era punita con 20 soldi: chi s'introduce di notte nella *curtis* altrui può essere ucciso, se non alza le mani.

Larga parte nelle leggi longobarde hanno le disposizioni per i reati contro l'ordine delle famiglie ed il buon costume. Dei reati di *libidine*, Rotari considera solo quelli aventi attinenza col *matrimonio*. Nel diritto germanico il matrimonio avveniva per *compra vendita* (quando gli sposi appartengono alla stessa vicinia; il matrimonio è allora detto endopago) oppure per *ratto*, forma lecita ed ammessa per il caso che gli sposi appartengano a vicinie diverse (matrimonio esopago). L'Editto di Rotari non ammette apertamente questa seconda forma, ma nemmeno la vieta del tutto: dispone che il rapitore si accordi coi parenti della donna. Nel contratto di matrimonio, la donna non era soggetto, ma oggetto del contratto, ed era pagata con cavalli, armi e simili (la cosiddetta "meta"). Se il mundoaldo della donna non era suo padre o suo fratello, non poteva costringerla a sposarsi contro la sua volontà né

poteva impedirle un matrimonio conveniente. In tali casi la donna poteva ricorrere all'autorità regia. Però lo sposare una donna senza il consenso del suo mundoaldo era un'offesa che l'uomo pagava con 20 soldi alla famiglia della donna, più altri 20 per evitare la faida, oltre al pagamento per la compera del mundio sulla donna. Queste disposizioni riguardano soltanto la donna longobarda, non la romana, come è chiaramente espresso dal c. 127 di Liutprando, in cui è detto che se una donna longobarda che abbia sposato un romano resta vedova può contrarre un secondo matrimonio a suo piacere, poiché è oramai *selbst mundia* (è questo uno dei pochi accenni ai Romani nelle leggi longobarde).

Il matrimonio longobardo soleva essere preceduto dalla cosiddetta *sponsatio*; fra questa e la *tradio puellae* dovevano trascorrere due anni; se durante questo tempo la donna contraeva matrimonio con altri che lo sponso, e col suo consenso, il nuovo marito doveva pagare 20 soldi ai parenti della donna, 20 per la faida, e il doppio della "meta" stipulata dal primo marito; se la donna non era consenziente, allora la pena per il violatore della *sponsatio* era di 900 soldi (di cui una metà andava al re, l'altra ai parenti della donna), più il pagamento della "meta" al primo marito.

Il matrimonio di donna libera con un aldio era permesso: rimasta vedova, ella poteva tornare presso la sua famiglia restituendo la "meta" alla famiglia del marito. Invece il matrimonio di donna libera con uno schiavo è punito severamente: lo schiavo viene ucciso e la donna consegnata ai suoi parenti con l'obbligo di ucciderla o venderla schiava fuori del regno entro un anno: in caso di inadempienza il gastaldo del re la rende schiava del re; i figli nati da tali matrimonio sono schiavi.

La donna che si dà ad uno schiavo suo è punita molto più gravemente che se si desse ad uno schiavo altrui: nel 1° caso è uccisa, nel 2° diventa schiava del padrone dello schiavo.

Le leggi longobarde contemplano e puniscono il *matrimonio incestuoso*, caso frequente in quanto prima del Concilio tridentino non occorre formalità per il matrimonio: bastava il consenso degli sposi; l'incesto fuori del matrimonio non è invece neppure nominato. L'Editto di Rotari considera illeciti i matrimoni fra i genitori e i figli, fratelli e sorelle, padrigno e figliastra e il matrimonio colla cognata (*uxor fratris*): la pena è di 100 soldi per l'uomo, la perdita di metà delle sostanze per la donna, e la separazione dei due colpevoli. Liutprando, re molto devoto, che informa la sua legislazione al diritto canonico, porta ancora nuove limitazioni al matrimonio fra parenti in ossequenza alle disposizioni ecclesiastiche: egli proibì il matrimonio colla vedova del cugino materno (*consubrinus*), e lo punì con la confisca di tutti i beni, per l'uomo, lasciando impunita la donna. Egli considera pure il caso di matrimonio con una monaca; l'uomo è punito con l'eccezionale pena di 1000 soldi, la donna viene consegnata al re, che la puniva a suo piacere. Nelle leggi di Liutprando ed in quelle di Arechi, duca di Benevento, troviamo citati e puniti due curiosi sistemi escogitati dalle donne per sfuggire al mundio: Liutprando cita il caso della donna che sposa un bambino per diventare *selbst mundia*: dichiara nullo tale matrimonio e stabilisce che il bambino, giunto alla maggiore età, sia libero di

sposare, o meno, la donna che l'ha scelto. Arechi invece deplora l'abitudine delle vedove di farsi monache, senza peraltro entrare in monastero, per non tornare sotto il mundio parentale; egli dice che tali donne, abusando della lor libertà, si permettevano qualsiasi eccesso e perciò ordina ai parenti di costringerle a ritirarsi in monastero entro un anno dalla vedovanza. Quanto al reato di *bigamia*, Rotari considera solo quello della donna: ed ordina la pena capitale per essa e per il secondo marito. Grimoaldo invece considera anche la bigamia del marito, e la punisce con multa di 500 soldi, di cui una metà spetta al re e l'altra ai parenti della moglie offesa, la quale è libera di continuare la vita matrimoniale o di tornare coi parenti.

Il reato di *adulterio* è estesamente e minutamente considerato; le disposizioni sono particolarmente severe per le donne: l'adulterio da parte del marito anzi non è neppure considerato; solo se egli mantenga ostentatamente una concubina, la moglie ha diritto di ricorso al re. Il marito che trovi la moglie in flagrante adulterio ha il diritto di uccidere entrambi i colpevoli; quando invece non abbia luogo la scoperta in flagrante, ed il marito accusi la moglie di adulterio, questa può essere difesa dai parenti mediante duello o giuramento coi 12 *coniuratores* (Grimoaldo): se la prova viene a vantaggio della donna, il marito è punito col pagamento del di lei guidrigildo; se invece la difesa non riesce, «*animae suae incurrat periculum*». Se i parenti rifiutano di difendere la donna, questa è già una prova della sua colpevolezza. Quanto al complice della donna, può anch'egli difendersi col duello o col giuramento, oppure pagare il proprio guidrigildo al marito della donna.

La donna che fu indotta alla prostituzione dal marito stesso è nondimeno punita con pena capitale, perché avrebbe potuto ricorrere al re contro l'abuso del marito, il quale in questo caso è punito semplicemente col pagamento del guidrigildo della donna ai di lei parenti. È parimenti considerato reato il fatto della donna che, vivente suo marito, si promette sposa ad altro uomo: ambedue i rei sono puniti come per adulterio. La donna che attenta alla vita del marito senza riuscire ad ucciderlo, è consegnata al marito stesso per la punizione: se invece lo uccide, allora la legge stabilisce «*moriatur*» (si noti che l'espressione con cui è comunemente indicata nelle leggi longobarde la pena capitale «*animae suae incurrat periculum*» significa che dell'esecuzione della condanna non si occupava lo stato, ma il colpevole veniva additato alla vendetta pubblica, era *friedlos*, fuori della pace, scacciato dalla *civitas*, ed abbandonato a se stesso; egli ha però la possibilità di redimersi. Nei casi in cui essi invece il colpevole deve assolutamente essere ucciso allora è usata, come nel caso suesposto, l'espressione «*moriatur*» o «*occidatur*». Le leggi di Liutprando considerano i reati di bigamia e di adulterio anche rispetto agli schiavi poiché, con l'avvento del Cristianesimo, l'unione degli schiavi era diventata un vero e proprio matrimonio: la schiava adultera però non è punita con pena capitale, ma è solo bastonata, per esempio alle altre.

Il reato di *fornicazione* con donna libera consenziente è punito, per l'uomo, con la pena di 20 soldi d'oro se sposa la donna; se i parenti di essa non acconsentano al matrimonio, la pena sale a 100 soldi. Quanto alla donna essa è esposta alla vendetta dei suoi parenti, che possono percuoterla, venderla schiava ed anche ucciderla; se essi «neglexerint aut noluerint vindictam facere», il gastaldo la fa schiava del re che la punirà a suo libito.

Rotari considera al c. 194° la fornicazione con una schiava, ed è questo l'unico capitolo in cui Rotari pronuncia l'aggettivo "romano" dicendo che la fornicazione con "ancilla gentilis" è punita con 20 s. pagati al padrone della schiava, quella con "ancilla romana" con 12 soldi: "ancilla gentilis" significa forse schiava d'origine barbarica, oppure schiava d'un longobardo. Liutprando considera la fornicazione con una *ancilla* dedicata dal padrone al servizio d'una chiesa: in questo caso la pena è di 40 soldi (poiché i reati su *res sacrae* sono sempre puniti col doppio della pena ordinaria). La fornicazione con donna religiosa è punita da Liutprando con una multa di 200 soldi.

Dei *reati contro la proprietà* è esempio tipico il furto, per il quale la pena andò aggravandosi in processo di tempo nelle leggi barbariche longobarde. Rotari distingue fra i furti di maggiore e minore entità: per questi ultimi la pena consiste nella restituzione del valore della cosa rubata, più otto volte il valore stesso cioè in *octogild* o il *sibi nonum* del valore. Non è punito il furto di oggetto il cui valore sia inferiore a 10 siliques (la siliqua corrisponde a 1/24 del soldo d'oro, cioè a circa 60 centesimi oro).

Rotari distingue pure fra il ladro sorpreso in flagrante e quello scoperto per delazione: il primo, oltre alla pena del furto, deve pagare una composizione di 80 soldi, corrispondente al diritto che il derubato avrebbe di ucciderlo. Questa disposizione non vale per la donna libera, che anche se scoperta in flagrante furto, deve solo restituire in *octogild*: in questo caso il "comprendere" cioè legare la donna non è punito. Per analogia ricordiamo il fatto della donna che passa sul seminato: Liutprando dispone che, se il padrone del fondo prende e lega la donna e la porta in casa sua, deve pagare la pena di 900 soldi, meno 6 per il danno subito dal seminato: egli deve accontentarsi di prenderle un pegno (*pignerit eam*), per poi dai di lei parenti il pagamento di 6 soldi.

Aggravanti del furto. 1°. È aggravato il furto commesso a danno del re: per principio generale, per qualsiasi danno al re la pena era duplicata, a meno che ammontasse già a 900 soldi tale disposizione vale anche per il furto così, ad esempio, Liutprando dice che il gastaldo che abbia vendute le terre del re, è punito col doppio della pena in *octogild*. 2°. La pena è parimenti raddoppiata per i furti a danno della Chiesa. 3°. Costituisce pure aggravante l'essersi il ladro travestito e l'aver esercitato violenza (Rotari, 31° de Walopaus), la pena in questi casi è accresciuta di 80 soldi. E questo supplemento di pena paga pure colui che, ucciso un uomo, ne spoglia il cadavere e chi spogli un cadavere trovato per via: quest'ultimo non è punito, naturalmente, se si è impadronito degli oggetti del morto al solo scopo

di impedire che altrui li rubi, ma in tal caso deve restituirli subito a chi di dovere. E ancora Liutprando (c. 85) stabilisce che paghi 80 soldi colui che durante una sedizione contro il re approfitti del tumulto per saccheggiare le case dei partigiani dal re (l'azione del saccheggio è indicata in questo capitolo col verbo "bruttare" che compare solo qui, e che ricorda il tedesco "blossen" ed il piemontese "biut", spogliato): naturalmente il reato di sedizione è punito a parte con la pena di morte per il capo, e il pagamento del proprio guidrigildo per i suoi seguaci.

Il reato di *violazione del sepolcro* con spoglio del cadavere è considerato talmente grave in sé, che in questo caso non si considera nemmeno il furto e la pena è di 900 soldi da pagarsi integralmente alla famiglia del morto: in mancanza di parenti, la somma viene devoluta tutta al re, per mezzo del gastaldo: è questo l'unico caso, nel sistema longobardo delle composizioni, in cui la somma non vada divisa fra i parenti del leso ed il re.

Attenuanti del furto. La rapina è, nella legislazione longobarda, considerata come furto attenuato: disposizione dettata dall'ammirazione che i popoli barbarici provano per ogni atto che dimostri forza e coraggio, il quale sentimento li spinge a punire con maggior severità i reati perpetrati *in absconse*. Perché abbia luogo il furto occorre che intervenga la mala fede, l'*animus furandi*; chi si impossessa di cose altrui per isbaglio, non è tenuto alla restituzione di esse. Chi sale sul cavallo altrui collo scopo di fare una passeggiata e non esce dai confini della vicinia, deve solo pagare 2 soldi per il furto d'uso: se invece esce dalla vicinia, deve rispondere come di furto. Chi s'impadronisce del cavallo altrui credendolo proprio, se riesce a trovare i 12 *coniuratores* ed a dimostrare che l'ha preso in buona fede, non è punito per furto. L'Editto di Rotari contiene inoltre un elenco di piccoli furti, tutti puniti con 6 soldi d'oro: il rubare un legno, un giogo, le briglie d'un cavallo, e simili; a questi piccoli furti sono parificati i danni su terra altrui, rompere siepi, segare fieno altrui, ecc. I reati contro la proprietà agricola sono minutamente considerati nelle leggi longobarde e sono quasi sempre puniti come furti: la pena per la rimozione dei termini è di 80 soldi per l'uomo libero, e di 40 per lo schiavo, il quale viene ucciso, se il suo padrone non è disposto a pagare tale somma. La stessa pena subisce colui che abbatta alberi segnati e chi vi apponga segni di proprietà (*snaida*⁴ - taglio) su alberi altrui.

Fra i reati contro la proprietà agricola si annoverano pure i *danni recati da animali*: se il danno è recato da un cavallo, il padrone del fondo danneggiato può impadronirsi dell'animale, ma deve tenerlo a disposizione del proprietario, il quale, all'atto della restituzione, pagherà una multa per il danno. Chi fa dolosamente pascolare i suoi animali nel prato altrui paga una multa di un soldo per ogni capo di bestiame. Particolarmente numerose e speciali sono le disposizioni riguardanti i maiali, che costituivano una delle maggiori ricchezze del regno longobardo. Le leggi longobarde obbligano

⁴ Nel manoscritto: *schneida*.

invece ad una certa larghezza verso i viandanti: così si deve permettere loro di far pascolare il cavallo nei fondi a pascolo: se il padrone del fondo impedisce il pascolo e anzi si impossessa dell'animale è punito in *octogild*, come per furto. Parimenti non è punito il viandante che prenda fino a tre grappoli d'uva. E in Liutprando troviamo una disposizione con cui limita di molto la responsabilità dei padroni dei pozzi: le leggi barbariche addossavano al proprietario tutta la responsabilità per le disgrazie che accadesero a chi si serviva dei loro pozzi; Liutprando pensando che, a causa di questa disposizione, i viandanti non avrebbero più trovato chi concedesse loro di dissetarsi, la modificò alleviando la responsabilità. Similmente, i padroni dei fondi non possono impedire ad alcuno di raccogliere quanto rimanga nei campi dopo il raccolto. Altre forme di furto sono ancora: il ricevere un oggetto rubato dal servo fuggitivo, il sottrarre alcunché dall'asse ereditario a danno dei creditori, l'impossessarsi arbitrariamente di un pegno, poiché non si può procedere alla pignorazione se non dopo tre citazioni; inoltre vi sono oggetti non pignorabili.

Per le disposizioni riguardanti il furto, la legislazione longobarda s'ispira tutta a Rotari: Liutprando però introduce come pena del furto, oltre la composizione, il *carcere* (è forse questo il primo caso in cui si trovi il carcere usato come pena); egli dispone che i ladri siano tenuti in prigioni sotterranee per due o tre anni, trascorso il quale tempo, se non possono pagare la pena pecuniaria in *octogild*, siano consegnati come schiavi al derubato; in caso di recidiva il ladro sia punito col taglio dei capelli, con percosse e col marchio in fronte (questa disposizione ricompare qui per la prima volta dopo che era stata abolita da Costantino); il ladro sorpreso per la terza volta a rubare dev'essere venduto schiavo, fuori dello Stato, ed il suo prezzo va al re. In un capitolare del 799 di Carlo Magno, sotto il titolo "De latronibus" è disposto che per la prima volta il ladro sia orbato di un occhio, alla seconda gli sia tagliato il naso, ed alla terza sia ucciso.

Data la gravità di tali disposizioni è presumibile che Carlo Magno intendesse per "latrones" banditi da strada, non i semplici ladruncoli: ma gli autori della *Expositio ad librum Papiensem* considerarono invece questo capitolo come tassativo riguardo al furto in genere, e dichiararono che esso aveva abolito per questo punto l'Editto di Rotari.

Coi reati contro la proprietà ha analogia il reato di *carta falsa*, cioè falso documento di vendita. In quel tempo era facile commettere questa frode, perché i documenti non venivano registrati; bastava che fossero scritti da un notaio e sottoscritti dai testimoni: perciò, passato un certo tempo, una volta morti i testimoni, la falsificazione era facilissima. Questo reato era punito col taglio della mano. Colla stessa pena era punito pure lo *spergiuro* (Rotari, c. 343 e Carlo Magno, capitolare del 779).

La prova della colpevolezza dello spergiuro doveva essere data, come per gli altri reati, mediante duello probatorio. Ora, dal tempo di Liutprando in poi, questa grave pena doveva parere ingiusta, se già Liutprando in parecchi punti delle sue leggi esprime dei dubbi sul valore del giudizio di Dio: così

al c. 118: «*incerti sumus de iudicio Dei, et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere*»; per mitigarne le conseguenze egli stabilì che chi fosse stato punito con la confisca totale dei beni in seguito a giudizio di Dio, e poi fosse riconosciuto innocente, fosse reintegrato nel possesso dei suoi beni. Per il reato di spergiuro le leggi stabilivano che anche i *coniuratores* dovessero perdere la mano. Lo spergiuro è il solo reato di *religione* che sia punito nelle leggi longobarde: i Longobardi erano infatti ariani ed in parte ancora pagani, quindi non troviamo nelle loro leggi quelle disposizioni contro gli eretici, gli apostati ecc., che abbondano invece nelle legislazioni dei popoli cattolici (Carlo Magno, per esempio, infierì a più riprese contro i pagani, decimando i Sassoni ed i Frisii, e contro gli Arabi di Spagna). Anzi, come abbiamo visto, Rotari condanna pure la superstizione delle streghe, che dice indegna di Cristiani (era soprattutto diffusa la credenza che le streghe mangiassero le viscere degli uomini). In un capitulare di Carlo Magno, dedicato ai Sassoni, è ripetuta la stessa cosa, e vi è la condanna a morte per chi brucia una donna come strega.

Le leggi di Rotari considerano pure il reato di *incendio doloso*, che è punito molto più lievemente del furto, cioè solo col triplo del valore della casa o del mulino incendiato: se insorgano dubbi sul valore della casa bruciata, si ricorre alla testimonianza dei vicini. La lievità della pena è determinata dal consueto modo di vedere dei legislatori longobardi: l'incendio è atto di violenza, quindi non vile come il furto. Rotari condanna al risarcimento dei danni il reo di *incendio colposo*: tale si considera chi abbia acceso il fuoco a 9 passi da un luogo incendiabile (es. un pagliaio) ed il viandante che accenda un fuoco per via senza curarsi di spegnerlo: quest'ultimo è responsabile dell'incendio verificatosi entro 24 ore, a meno che l'incendio si sia propagato al di là di un fiume e della pubblica via.

Nelle leggi longobarde mancano del tutto le disposizioni generali, e le distinzioni dottrinali peculiari dei diritti più evoluti: quindi non si può far altro che cercare di risalire ai principi generali dalla considerazione delle disposizioni specifiche.

Quanto alle *pene*, abbiamo visto che era largamente applicata la pena di morte per i reati contro l'ordine pubblico (lesa maestà, alto tradimento, ecc.).

Dalla descrizione d'un miracolo, fatta da papa Gregorio Magno, si può desumere che i Longobardi avevano adottato fra le pene di morte la decapitazione gladio. Narra infatti Gregorio Magno che al momento dell'invasione longobarda, dovendo un uomo essere decapitato, perché era fuggito colui per il quale egli si era dato garante, ogniqualvolta il carnefice alzava il braccio per eseguire la condanna, questo si irrigidiva, così che la condanna non poté essere eseguita.

La decapitazione colla spada fu poi indicata più tardi come “more teutonico” contrapposta alla mannaia, ch'era “more italico”. Abbiamo poi visto le varie pene corporali dal taglio della mano alla riduzione in schiavitù, che in realtà erano più frequenti di quanto pare a prima vista, poiché ad esse

soggiacevano pure tutti coloro che non potevano pagare la composizione. Già nel diritto romano primitivo l'insolvenza si compensava colla riduzione in schiavitù: in seguito poi era venuto prevalendo il principio della inalienabilità della libertà (perdurando una eccezione a questo principio solo per il caso in cui taluno acconsentisse alla vendita della sua persona per poter dividere il prezzo col venditore). Presso i popoli germanici, viceversa, non c'è grande rispetto per la libertà personale (Tacito ricorda che la ponevano perfino come posta di gioco).

Quanto alle *pene pecuniarie*, abbiamo visto che nelle leggi longobarde esse hanno sempre carattere di *composizione*: la più grave è la confisca totale o parziale dei beni; segue il *guidrigildo*, variabile da un massimo per la persona del re ad un minimo per i liberi delle infime classi. La composizione per i reati contro un aldio era valutata di solito ad 1/3 di quella che si pagava per un libero (e spettava in gran parte al patrono dell'aldio): e quella per i reati contro uno schiavo era valutata ad 1/2 di quella per l'aldio (ed andava per intero al padrone). A questa disposizione c'è una deroga nella «Notitia de actoribus regis» di Liutprando (in cui questo re impartisce norme ai suoi *actores*, cioè amministratori): al capitolo 3° vi è disposto che la composizione pagata per l'uccisione di uno schiavo spetti per 2/3 al fisco e per 1/3 alla famiglia dell'ucciso per l'uccisione di un aldio, metà al fisco e metà alla famiglia. Liutprando stabilisce però che tali disposizioni eccezionali valgano soltanto per la durata del suo regno. Per i reati contro la proprietà si tiene invece conto del valore della cosa. La natura di surrogato della vendetta della composizione è messa in evidenza da una disposizione di Liutprando (c. 13°) che dispone: «se venga ucciso un uomo che lasci delle figlie, ma non dei figli maschi, la composizione non deve essere pagata alle figlie, che tanto non potrebbero esercitare la faida, ma agli altri parenti maschi». Dalla stessa considerazione è dettata la disposizione di Rotari (cc. 200° e 201°), che stabilisce una composizione di 1200 soldi per l'uccisione di donna libera: poiché i parenti sono maggiormente spinti alla vendetta per l'uccisione di una donna che non per quella di un uomo (la spiegazione che alcuni storici vorrebbero trovare di tale fatto nella debolezza della donna non ha fondamento: perché allora dovrebbero pure esservi aggravanti per l'omicidio in persona di fanciulli, vecchi, ecc.).

Un caso particolare di *attenuazione* della pena si ha quando vi sia *insufficienza di prove* (non si fa luogo ad assoluzione come nel nostro diritto). Liutprando, sempre per la sua incertezza sull'efficacia del giudizio di Dio, stabilì che chi fosse stato convinto di omicidio solo in seguito a duello probatorio, fosse punito col semplice guidrigildo (anziché con la confisca totale dei beni, come egli aveva stabilito). Neppure per i casi di reato *preterintenzionale* e di reato semplicemente *colposo*, le leggi longobarde ammettono l'assoluzione, perché i barbari, non avvezzi a distinzioni psicologiche, danno importanza al *fatto* compiuto (uccisione, danno, ecc.) più che all'intenzione del re: si hanno esempi dell'applicazione di questo principio nelle disposizioni per i danni recati dagli animali; così il

cacciatore è responsabile per i danni recati dall'animale feroce da lui ferito. Altro esempio è nella responsabilità del padrone del pozzo⁵. Per tali reati preterintenzionali e colposi è esclusa la faida («cessante faida eo quod nolendo fecit») ma si paga la pena regolarmente. Parimenti non ci sono norme precise per la punizione del *tentativo* di reato: generalmente non è punito. Talvolta invece è considerato come un reato a sé (per questo il Brunner lo chiamò impropriamente: reato di tentativo): si comprende in questa categoria il “*consilium mortis*” (Rotari e 10° e 11°). Se è nei riguardi del re, è punito con pena capitale, se invece è diretto ad un privato è punito con 20 soldi; Liutprando (c. 138°), riferendosi ad una falsa interpretazione dei capitoli di Rotari suddetti, stabilì che l'istigare uno schiavo, con promesse o minacce, ad uccidere il suo padrone, sia punito come l'omicidio stesso (cioè con la confisca totale dei beni). Il *consilium mortis* della donna riguardo al maschio, è punito con la consegna della rea al marito stesso per la punizione. Il tentato avvelenamento è variamente punito secondo l'entità del danno: se il danno è molto grave, la pena è della metà del guidrigildo.

Per l'*istigazione* a commettere un reato, a giurare il falso, ecc., il reo deve pagare il proprio guidrigildo.

Il *complice* (per esempio chi abbia imprestata un'arma per commettere un reato) è condannato a concorrere col reo, pagando la metà della composizione.

La *seditio rusticanorum*, e l'associazione di più persone per commettere furti di bestiame, sono puniti come la sedizione⁶.

Quanto al *concorso*, può essere: di più persone per commettere un reato, o concorso di più reati commessi dalla stessa persona: il concorso di più persone non è considerato da Rotari un'aggravante del reato, anzi, i colpevoli non hanno che da concorrere tutti insieme al pagamento della composizione; se uno di essi si rifiuta di pagare, deve riuscire a dimostrare la sua innocenza, in caso contrario deve pagare l'intera composizione. Circa il reato di *favoreggiamento*, in un capitolare di Carlo Magno dell'805 è stabilito che gli autori di un complotto a danno del sovrano subiscano tutti la pena capitale, ed i loro *adiutores* siano condannati a percuotersi e a tagliarsi il naso reciprocamente. Rotari prevede il caso del *portonarius* (custode di un porto) che trasporti dei colpevoli per facilitarne la fuga: se trasporta qualcuno che voglia emigrare clandestinamente «*animae suae incurrat periculum*»; se invece trasporta un ladro, deve concorrere con lui, pagando la metà della composizione, più 20 soldi alla corte del re.

Carlo Magno ha disposizioni gravissime per chi dia ricetto ad un ladro⁷, perché lo considera reo di tradimento.

⁵ (vedi pag. 45): il rinvio, in corpo di testo ma qui omesso nella trascrizione, fa riferimento alla carta manoscritta delle dispense.

⁶ (vedi pag. 42): il rinvio, in corpo di testo ma qui omesso nella trascrizione, fa riferimento alla carta manoscritta delle dispense.

⁷ (vedi pag. 46): il rinvio, in corpo di testo ma qui omesso nella trascrizione, fa riferimento alla carta manoscritta delle dispense.

Il concetto di *infidelis* è importantissimo nei Capitolari di Carlo Magno: deriva dall'uso del giuramento di fedeltà dal popolo all'imperatore, che Carlo Magno aveva introdotto (tale uso vigeva già negli ultimi tempi dell'impero romano, e sotto i Goti); questo giuramento fa sì che qualsiasi danno al sovrano importi pure l'infedeltà al giuramento.

Un caso di concorso di più reati in una persona sola troviamo in un capitolare di Carlo Magno: chi, dopo aver rinunciato alla faida e fatto pace col colpevole, si vendichi ugualmente, è reo, oltre che di omicidio, anche di spergiuro e di *infidelitas* verso il sovrano. Parimenti in Rotari è menzionato il caso dell'uccisione di una donna gravida: il reo è punito come per due omicidi.

Come si è detto, nelle leggi longobarde non si accenna al sistema delle composizioni riguardo alle persone non viventi a legge longobarda: il caso di tali persone è preveduto spesse volte, ma mancano disposizioni al riguardo. Solo in seguito, durante la dominazione franca, vi troviamo un accenno in un capitolare di Pipino del 790, in cui è detto che per le persone viventi nel Regno d'Italia a legge straniera, le composizioni si determinino secondo la legge del leso.

Il diritto longobardo-franco, conservatosi nel cosiddetto *Liber Papiensis* ebbe profonda influenza sulla legislazione statutaria italiana, anche dopo il ritorno in vigore del diritto romano: per questo nella maggior parte degli statuti troviamo adottato il sistema delle composizioni; ma poiché, come si sa, il sistema delle composizioni importa che chi non può pagare risponda colla sua persona, avveniva con grande frequenza che le pene pecuniarie stabilite dalle leggi si mutassero, in realtà, in pene corporali, varianti dalla semplice fustigazione, alla pena di morte (nelle sentenze criminali conservate a Perugia si trova infatti una quantità enorme di condanne all'impiccagione).

Ma a partire dal sec. 16°, tale sostituzione di pena fu considerata un abuso, e si ristabilirono allora le pene corporali del diritto romano, che, come si sa, erano crudelissime. E così si formano in quest'epoca, per opera dei principi, le feroci costituzioni criminali le cui disposizioni saranno seguite fino al sec. 18° ed in parte ancora nel sec. 19°. Particolarmente notevole è la ferocia della *Constitutio criminalis carolina* di Carlo V, in cui è comminata la pena di morte anche per reati di piccola entità. In Piemonte la sostituzione delle pene corporali alle pene pecuniarie fu operata da Emanuele Filiberto.

Prof. FEDERICO PATETTA
Stabile di Storia del Diritto Italiano nella R. Università di Torino

L E Z I O N I
DI
STORIA DEL DIRITTO ITALIANO

STORIA DELLE FONTI
Pubblicate a cura del Dott. A. ALBERTI

Anno Accademico 1931-1932

1932 – X
LIBRERIA SCIENTIFICA
G. GIAPPICHELLI
TORINO
Via Vasco, 2 ang. Via Po

Lezioni di Storia del diritto italiano.

Storia delle fonti

A cura di A. Alberti

INTRODUZIONE

Le fonti giuridiche sono di tre specie: legislative, letterarie, documentarie.

- 1) Legislative: sono quelle che creano un diritto nuovo o modificano un diritto esistente o danno forma fisica a norme in vigore. Esse sono scritte (legge) o non scritte (consuetudine). Per il Savigny la consuetudine è la fonte unica primitiva del diritto, ed il legislatore non dovrebbe accogliere altro che questa. Noi non riteniamo esatta la formulazione del giurista tedesco, e ci accostiamo piuttosto alla definizione data dall'Hegel che ritiene la consuetudine come una manifestazione dei tempi meno colti. Nella Storia del diritto italiano le fonti consuetudinarie sono tenute in considerazione unicamente se scritte e riunite in raccolte (pubbliche o private). (Es. Le consuetudini di Genova del sec. X inserite più tardi negli Statuti).
- 2) Documentarie: mostrano come il diritto fosse usato in un determinato periodo, e come in pratica fosse applicato. Possono, a volte, indurre in errore conservando formule non più in uso, ma che pure rimangono nel documento come un corpo morto.

- 3) Letterarie: sono costituite dalle opere dei giureconsulti interpreti del diritto vigente a scopi pratici, oppure formulanti principî de iure condendo preparando la via all'opera legislativa.

Per lo studio della storia delle fonti abbiamo ora dei sussidî preziosi. La storia delle fonti, essendo queste la base di ogni conoscenza per addentrarsi nella storia degli istituti, è stata infatti oggetto di lunghe e minute elaborazioni; frutto di queste sono le opere fondamentali dello SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti: leggi e scienza*, 1904; del BESTA, *Legislazione e scienza giuridica dalla caduta dell'Impero Romano al sec. XVI*, in *Storia del Diritto Italiano*, pubblicata sotto la direzione di P. DEL GIUDICE, Milano 1923-25. E fuori d'Italia, per ricordare soltanto le più significative, le opere del SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, versione italiana Bollati, Torino 1854-57; del CONRAT, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, Leipzig 1889.

Per le fonti di diritto canonico le opere fondamentali sono sempre: MAASSEN, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts*, 1870, che contiene materiale di fonti sino alle decretali dello Pseudo-Isidoro a metà del sec. IX; SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des canonischen Rechts von Gratian bis auf die Gegenwart*, 1875-1880, che va dal *Decretum Gratiani*, composto probabilmente verso il 1440 (cfr. Schulte, Gaudenzi, Solmi) fino al 1880; FOURNIER, *Histoire des collections canoniques en Occident depuis les fausses décrétales jusqu'au Décret de Gratien*, di cui è ora uscito il primo volume: *De la réforme carolingienne à la réforme grégorienne*, 1931. Ricordiamo ancora TARDIF, *Histoire des sources du droit canonique*, 1887, e SCHNEIDER, *Kirchenrechtsquellen*, 1892.

Per le fonti germaniche ricordiamo le opere del MÜLLENHOFF (1870-83); HOLTZMANN (1873); KAUFMANN (1880); PALLMANN (1863-64); SCHMIDT (1904); WAITZ; BRUNNER; SCHROEDER.

Capitolo I

LE FONTI LEGISLATIVE

Nel primo periodogotico-bizantino (476-568) conviene tener presenti le due suddivisioni in cui esso si partisce, determinate da un fatto di non poca importanza per la storia del nostro diritto: la conquista di Giustiniano. Avremo in tal modo un primo periodo, prima della conquista giustiniana, caratterizzato dalla vita del diritto pregiustiniano (Codice Ermogeniano, Teodosiano, Novelle post-teodosiane, Legge delle citazioni ecc.) ed un secondo periodo caratterizzato dall'introduzione in Italia del diritto giustiniano, per quanto nelle zone occidentali dell'Europa avesse ancor vigore il diritto ante-giustiniano, sotto le forme della *Lex Romana Wisigothorum* o Breviario Alariciano, che, si può dire, soppiantano le opere genuine dei giureconsulti romani.

Nel secondo periodo dell'invasione longobarda (568-1056), il diritto longobardo proprio delle popolazioni barbariche si viene a porre accanto al diritto Giustiniano, mentre nelle terre rimaste sotto la dominazione bizantina il diritto Giustiniano, segue le sorti del diritto bizantino.

Nei territori, infatti, del regno longobardo abbiamo l'una accanto all'altra, due popolazioni diverse di razza, di lingua, di civiltà, di diritto; l'una, una minoranza, dominatrice, l'altra, la maggioranza sottomessa, e per quanto lo stato giuridico dei Romani soggetti abbia potuto, in seguito, migliorare alquanto, tuttavia non si giunse mai ad una vera fusione dei Longobardi coi vinti. Il diritto longobardo è il primo diritto barbarico che abbia lasciato tracce nelle nostre istituzioni giuridiche, e per quanto i romani del regno longobardo conservassero nel campo del diritto privato le loro istituzioni nazionali, tuttavia l'essere sottoposti in altri campi al diritto longobardo, fece sì che questo si propagasse e si estendesse anche nelle regioni bizantine.

Dopo la conquista franca oltre al diritto longobardo usato in Italia dalle popolazioni longobarde, notiamo anche l'uso di altre leggi barbariche conseguenza del principio delle personalità del diritto per il quale ogni suddito dello stato franco, in qualunque parte dello Stato si trovasse, continuava a vivere secondo il diritto della sua stirpe. Ricomparve anche, sporadicamente, in Italia l'uso di fonti ante giustinianee in particolar modo sotto la forma del Breviario Alariciano, di modo che in questo periodo possiamo distinguere, a seconda delle leggi a cui erano soggetti tre specie di Romani a) bizantini b) teodosiani c) giustiniane.

Caratteristico di questo periodo è il formarsi delle prime consuetudini, ad es. quelle di Genova verso la metà del sec. X che si presentano come una fusione di elementi germanici e romani. Vediamo, per citarne una, che le donne longobarde di Genova vogliono imitare quelle che vivevano a leggi romane cercando di liberarsi dalla tutela (*mundio*) e rendersi libere, cioè *ipse mundie*.

Nei sec. IX – X altri diritti vigenti in Italia sono:

a) Il diritto mussulmano, che si affermò in Sicilia dopo la conquista mussulmana, mentre in terra ferma, nonostante le continue incursioni, se ne trovavano pochissime tracce.

Ma dopo il regno di Federico II e di Manfredi quando gli Angioini succedettero nel dominio dell'isola, il diritto mussulmano andò mano scadendo ed i saraceni, rimasti in quelle terre, vengono fatti oggetto di persecuzione, considerati come servi e quasi interamente distrutti.

b) Il diritto normanno

FONTI FINO AL SECOLO XI

Ci occuperemo di fuggita della letteratura giuridica precedente al secolo XV scarsissima, di carattere evidentemente pratico, e per la massima parte, se non quasi esclusivamente anonima, ché molto più tardi si desterà negli autori l'orgoglio e il desiderio della notorietà e della fama.

Nel secolo XI sarà bene tenere distinti quattro categorie di fonti: a) romano, b) barbariche, c) canoniche, d) consuetudinarie e statutarie.

a) FONTI ROMANE

Consideriamo le fonti romane, secondo la solita distinzione di 1) ante-giustinianee, 2) giustinianee, 3) bizantine.

1° Fonti romane ante-giustinianee:

Abbiamo accennato come accanto ai romani giustiniani, dopo la conquista di Carlo Magno, vivessero nuclei di Romani teodosiani, che vivevano a leggi romane in alcune parti dell'impero e che vennero in Italia o per naturale immigrazione, o come funzionari dell'impero. Essi, in forza del principio della personalità del diritto, portarono tra noi il loro diritto ante-giustiniano rappresentato dalla così detta *Lex Romana Wisigothorum* più nota sotto il nome di Breviario Alariciano. E l'uso appunto del Breviario nell'Italia settentrionale è provato dal fatto che si trovano alcuni manoscritti del medesimo in città settentrionali come ad es. nella biblioteca del capitolo cattedrale di Vercelli. Il Breviario Alariciano segue la divisione romana di *leges* o di *iura*, distingue cioè esattamente le costituzioni e le novelle degli imperatori dalle opere dei giureconsulti. La maggior parte del Breviario era destinata alle *leges*. Dopo il *praeceptum* con cui Alarico II ordina l'osservanza e la pubblicazione del Codice, dichiarando che esso era dato e ai romani e ai visigoti, segue la raccolta di costituzioni tratta da tutti i sedici libri del Codice Teodosiano: circa un sesto del Codice Teodosiano venne accolto nella compilazione visigotica. Segue la parte destinata ai *iura* nella quale venne accolta una serie di estratti dalle *Sententiae* di Paolo che era l'opera più conosciuta in quei tempi anche per la brevità dei suoi paragrafi. Accanto alle sentenze di Paolo troviamo le Istituzioni di Gaio, il famoso libro che serviva per le scuole e che aveva assicurato a Gaio una grande autorità fra i giureconsulti romani per quanto egli non avesse avuto lo *ius respondendi*.

Le istituzioni di Gaio accolte nel Breviario Alariciano non erano però che un compendio dell'opera autentica, compendio che pare già esistesse e

che secondo alcuni sarebbe stato compiuto a Roma: secondo altri nelle Gallie tra il IV e V secolo. Noto sotto il nome di Gaio Visigotico: in questo compendio fu soppresso l'ultimo libro delle Istituzioni che tratta di materia penale mentre i primi tre libri venivano fusi e suddivisi in due:

Accanto alle Istituzioni di Gaio abbiamo nel Breviario Alariciano pochissime costituzioni prese dal Codice Gregoriano e dall'Ermogeniano compresi negli *iura*.

2° Fonti romane giustinianee.

In merito alle fonti romane giustinianee, non si può tenere per vera l'opinione sostenuta da parecchi e tra essi dal Calisse (cfr. *Diritto di Teodosio in Italia*, Macerata 1889), che la dominazione di Giustiniano non sia riuscita a soppiantare completamente il diritto cosiddetto teodosiano e che quindi le fonti teodosiane continuassero ad essere usate in Italia anche durante la dominazione di Giustiniano e dei Longobardi. A nostro avviso il regno di Giustiniano fu più che sufficiente ad eliminare completamente il diritto ante-giustiniano ed a far sì che in tutta Italia avesse efficacia unicamente il *Corpus iuris*.

Comunque le varie parti del *Corpus iuris* ebbero in Italia diverse vicende dopo la morte di Giustiniano, durante la dominazione dei longobardi, e se alcune parti di esso continuarono ad essere usate, altre scomparvero temporaneamente per poi ricomparire verso la metà del sec. XI, quando rifiorirono gli studi di diritto romano.

Ciò avvenne per la parte della compilazione giustiniana più importante, cioè per le Pandette. Esse ci furono conservate da quel famoso manoscritto che fu per parecchi secoli a Pisa e che dopo la conquista di questa città fu portato a Firenze, dove trovasi attualmente: è questo il Codice Pisano detto anche Codice Fiorentino, che si riteneva fosse il testo ufficiale delle Pandette di Giustiniano o che per lo meno fosse uscito dalla cancelleria dell'Imperatore. Ma le lacune che si incontrano e gli errori di trascrizione sono incompatibili con questa ipotesi e non è neppure scritto secondo le prescrizioni di Giustiniano che avrebbe voluto ad es. che i numeri fossero scritti in tutte lettere anziché in cifre.

Durante tutto l'alto medioevo per quattro o cinque secoli non abbiamo più traccia delle Pandette; l'ultima citazione è nelle lettere di Gregorio Magno (602 d.C.), e bisogna risalire alla metà del secolo XI per ritrovarne le prime tracce. La prima citazione di esse infatti si ha in un documento giudiziario, un placito del 1076 di Marturi presso Poggibonsi, placito a cui assisteva come causidico un Pepo che è probabilmente quello stesso ricordato come precursore di Irnerio dai bolognesi; che sarebbe stato in ordine di tempo il primo insegnante di diritto a Bologna, di cui ci sia giunto il nome, e lo stesso sembra aver fatto conoscere il Digesto ai giudici della contessa Matilde e della madre di lei contessa Beatrice.

Tutto questo è però detto in via d'ipotesi perché non si può assolutamente escludere che il passo sia stato ricavato da una di quelle raccolte di estratti di fonti romane in uso nel sec. XI di cui abbiamo un esempio nelle *Exceptiones Petri*.

La ricomparsa del Digesto si ha, come abbiamo detto, alla fine del sec. XI; ma non però del Digesto completo bensì di alcune delle sue parti a cui man mano si vennero aggiungendo le altre, finché nel secolo XII i glossatori recuperano tutto l'intero Digesto. La prima parte del Digesto che venne scoperta è il così detto *Digestum vetus* che comprende il testo del Digesto compreso nei primi XXIII libri con aggiunti i primi due titoli del XXIV e la prima legge del III. Più tardi vennero scoperti gli ultimi libri del Digesto (dal XXXIX al L) e ad essi fu dato il nome di *Digestum Novum*. In seguito si scoperse una delle parti intermedie, il cosiddetto *Infortiatum*, dal libro XXIX 3, al XXXVIII, 2, 82. Infine vennero scoperte le *Tres partes*, che vanno dal libro XXV, 2, 82 a tutto il libro XXXVIII. Il Digesto si era in tal modo completato.

Parimenti durante l'alto medioevo scomparvero le Novelle giustiniane tanto nella loro forma originaria, quanto in quelle delle raccolte: *Epitome Iuliani* e *Authenticum*.

L'Autentico scompare nel periodo barbarico; solo ne abbiamo qualche traccia nel sec. VI nelle epistole di Gregorio I (allegazioni della nov. XC e della nov. CXXIII) e probabilmente, benché un po' modificati gli estratti della nov. CXXIII e XLII si leggono nelle appendici di alcuni manoscritti

dell'*Hadriana*. Nell'epilogo dell'editto di Rotari e in Liutprando 121, il Tamassia riscontrò l'uso della Novella 78 in Rot. pr.; della 115 in Rot. 168-169-170-178; della 188 in Grimoaldo 8; della 123 in Liut.53 ecc.

La traduzione dell'Autentico ricompare nella metà del secolo XI in alcuni testi in collezioni canoniche, cosicchè è da ritenersi che in qualche archivio ecclesiastico fosse conservata questa traduzione letterale e che nel rifiorimento degli studi cagionati dalle polemiche fra i fautori delle idee imperiali e curialistiche sia venuta alla luce.

L'Epitome di Giuliano ci dà un compendio di 124 novelle; è attribuita a Giuliano, antecessore a Costantinopoli. È questa la fonte per cui furono conosciute le Novelle di Giustiniano nel periodo barbarico e durante l'alto medioevo fino alla scuola di Bologna, e furono la fonte più conosciuta per tutto il medioevo e non solo in Italia ma anche fuori mentre le altre non uscirono mai. La troviamo infatti citata da alcuni ecclesiastici francesi. Questo favore e questa diffusione delle Novelle si spiega col fatto che molte di esse interessavano vivamente gli ecclesiastici perché davano loro dei privilegi garantendo la proprietà delle chiese e dei monasteri.

Abbiamo poi il Codice e le *Institutiones*.

Queste ultime devono essere state conosciute abbastanza bene durante tutto il medioevo sia per il loro carattere elementare sia perché trattandosi di un libro piccolo in confronto alle altre parti del Corpus iuris, era più facile ad aversi e meno costoso. Inoltre esse furono molto probabilmente usate nelle scuole di grammatica e di retorica nonostante fossero scomparse le scuole di diritto.

Dei manoscritti relativamente antichi delle Istituzioni ne abbiamo due: uno a Torino e l'altro a Bamberg. Quest'ultimo è della fine del secolo X o principio dell'XI, quantunque gli sia stata attribuita qualche volta un'antichità maggiore, ed è completo, mentre quello di Torino è mutilo di parecchie parti. Il manoscritto torinese è il più antico, ma non certamente anteriore del secolo X. Esso è giustamente molto noto perché ci ha conservato le cosiddette «glosse torinesi alle Istituzioni» che sono verosimilmente dell'epoca di Giustiniano.

Resta ora a trattare del Codice.

Esso fu pubblicato in una prima edizione da Giustiniano come prima parte del *Corpus iuris* il 30 dicembre 529.

Fu poi pubblicata una seconda edizione del codice, il *Codex repetitae praelectionis*, nel quale dovevano essere tolte le antinomie esistenti tra la prima edizione e il Digesto, e a questa seconda edizione vennero incorporate le cosiddette: «quingenta decisiones» con cui Giustiniano risolse alcuni dubbi e casi controversi, durante i lavori preparatori del Digesto.

Della prima edizione del Codice che rimase in vigore per pochi anni non v'era traccia fino a questi ultimi anni.

Il Codice della seconda edizione è diviso in 12 libri dei quali i tre ultimi sono interamente dedicati al diritto pubblico, e alle magistrature che dopo la caduta della dominazione di Giustiniano in Italia non esistevano più. La loro evidente inutilità per la pratica fece sì che vennero interamente dimenticate; e ricomparvero solo nel secolo XI sempre staccate dal Codice come opera a sé. Essi vennero indicati con il nome di *Tres libri*, mentre il Codice nella terminologia dei glossatori è composto di soli 9 libri. Inoltre contenendo 9 libri molte costituzioni che per la pratica non avevano più alcuna importanza; vennero sostituiti da una scelta delle più importanti costituzioni (1/6 del contenuto reale) del Codice (in cui valse il criterio di copiare le più brevi).

Nacque in tal modo l'*Epitome Codicis* che è l'unica parte del Codice che noi possediamo in manoscritti relativamente antichi. Di manoscritti più antichi del Codice non abbiamo che dei frammenti, dei palinsesti a Verona. In seguito una parte dei testi esclusi nell'*Epitome Codicis* vennero restituiti nel Codice, e questo lavoro che costituì l'*Epitome aucta*, proseguì fino al sec. XI, secolo in cui il compendio venne abbandonato e tornò in uso l'edizione integrale dei primi nove libri.

Dell'*Epitome Codicis* primitiva non abbiamo nessun manoscritto; ne abbiamo invece dell'*Epitome aucta* uno a Pistoia del sec. X, uno a Parigi, uno a Pesaro, uno a Darmstadt della seconda e ciascuna reca aggiunte diverse, tolte da qualche esemplare del Codice genuino. Questa Epitome del

codice aumentata (*aucta*) di alcune costituzioni è l'unica forma in cui il codice fu usato nell'Italia settentrionale e centrale. Il Codice completo in 12 libri doveva essere invece dimenticato in qualche biblioteca e ricompare verso la fine del secolo XI. L'unica parte d'Italia ove si conoscesse il Codice completo è Ravenna, rimasta più a lungo sotto i bizantini.

Quando coi glossatori si cercò di ricostruire il Codice genuino alterato nei codici epitomati da una grande confusione nell'ordine delle costituzioni che essendo state aggiunte costituzioni a margine dell'epitome primitiva e a loro volta inserite nel testo nelle trascrizioni successive sovente fuori dal luogo in cui avrebbero dovuto trovarsi cronologicamente, turbando insomma l'ordine cronologico seguito in tutti i titoli del codice di Giustiniano, essi si trovarono di fronte al non facile problema di aggiungere le costituzioni mancanti e di restituire l'ordine genuino delle costituzioni. Essi giunsero al compimento dell'opera in modo mirabile. Aggiunsero al Codice epitomato un'appendice che conteneva tutte le costituzioni, che erano state omesse anteriormente, ordinandole con lettere dell'alfabeto, come possiamo rilevare nel manoscritto di Pesaro, è il più importante di tutti.

Il Codice giustiniano comprendeva inoltre un notevole numero di costituzioni greche, le quali però essendo nella maggior parte corrotte, nei manoscritti che erano a disposizione dei Bolognesi, furono omesse di modo che il Codice ricostruito fu mancante di queste, e i testi greci scomparvero del tutto. Nelle edizioni moderne i testi greci in parte vennero restituiti con l'aiuto di quei pochi frammenti del palinsesto di Verona e con le fonti bizantine (Basilici). Queste ultime però non danno la costituzione genuina, ma solo un sommario.

Nel territorio romano, che si può portare come tipico esempio di territorio in cui il livello della cultura giuridica si elevava molto poco, al Codice venne sostituito un indice o compendio di esso, noto sotto il nome di *Summa Perusina*, nome derivato dal fatto che l'unico manoscritto esistente si trova nella biblioteca del Capitolo Cattedrale di Perugia. Fu pubblicata dall'Heimbach negli *Anekdotia II* (1840) e poi dal Patetta col

titolo di *Adnotationes codicum domini Iustiniani*, nel «Bulettno dell'Istituto di Diritto Romano», XII, 1900.

L'autore evidentemente non ha fatto altro che scrivere, a margine delle costituzioni dei primi 9 libri del Codice, un piccolo sommario. Veramente i compendi vanno fino al titolo 53 del libro VIII, ma essendo la *Summa* mutila infine, può congetturarsi che abbracciasse tutti i primi nove libri del Codice.

Più tardi probabilmente si pensò che il testo del Codice non servisse più a nulla e che bastassero i Sommari scritti a margine sì che vennero trascritti come opere a parte. Onde si giustifica il suo nome di *Adnotationes*. Questi sommarii furono accolti dai tribunali romani anche dai più alti come testo di legge, e compare usata nel 1010, nel 1014, nel 1021 in placiti romani, e fu in questi territori, di tanta autorità da far supporre (Conrat) che abbia soppiantato il Codice, e che sia stato il libro che in luogo di questo l'imperatore Ottone III o altri per lui consegnava al giudice chiamato ad applicare il diritto giustiniano, imponendogli di giudicare con quel testo: Roma e la città leonina e tutto il mondo. E ciò si può affermare perché abbiamo un documento giudiziario degli ultimi anni della vita di Ottone III in cui egli ed il Papa congiunti presiedono il tribunale e nel testo della sentenza che viene emessa è riportato appunto un brano della *Summa perusina*.

La *Summa perusina* è quanto di più barbaro si possa immaginare non avendo molte volte l'autore capito neppure bene le frasi tecniche della lingua latina. Infatti in un punto in cui il testo parla di un «interdictio aquae et igni», dichiarando che essa non può ritenersi causa di scioglimento del matrimonio, l'autore crede che si tratti di un incendio, anziché di una pena.

L'autore dei sommarii doveva vivere nella seconda metà del secolo VII od al principio dell'VIII ed il fatto di aver scritto il Sommario e che quest'ultimo abbia acquistato così grande autorità da sostituirsi al Codice di Giustiniano è la migliore confutazione delle teorie del Fitting che afferma la continuità durante il medioevo della scuola di diritto di Roma e di uno stato di fatto per cui la scienza giuridica sarebbe stata più florida ancora che all'epoca dei glossatori.

Tanto dunque nel regno longobardo quanto nel territorio romano d'Italia abbiamo, per quello che riguarda il *Corpus iuris*, una condizione infelicissima. Queste constatazioni hanno un'importanza speciale anche per ciò che riguarda la letteratura attribuita all'Alto medioevo. Il Fitting pubblicò nel 1874 una raccolta di testi giuridici, intitolata *Scritti giuridici dell'alto Medioevo*, in cui appaiono dei frammenti distribuiti in ordine cronologico, per cui dall'epoca ante-giustiniana si giunse alla fine del secolo XI.

Per noi, un criterio per giudicare dell'epoca di uno scritto giuridico sta nel vedere se in questo scritto siano usate le Pandette, gli ultimi *Tres libri* del Codice, le Novelle di Giustiniano nella loro forma autentica. Quando noi ci imbattiamo in opere che dimostrano quanto sopra, possiamo affermare che non si tratta di opere dell'alto medioevo, ma di scritti dell'epoca dei glossatori, molte volte persino non italiani.

3° Fonti romane bizantine.

Accanto ai romani teodosiani e ai romani giustiniani abbiamo ricordato i romani bizantini- gli abitanti del territorio occupato dai bizantini- e che vanno man mano assottigliandosi. I romani della Sicilia e dell'Italia Meridionale seguono l'evoluzione del diritto che troviamo in Oriente, cioè seguono il diritto bizantino. La storia di questo diritto fu in particolar modo studiata dallo Zachariae von Lingenthal che pubblicò la principale raccolta delle fonti bizantine nel suo *Ius graeco-romanum* (Lipsia, 1856-84): espose sistematicamente questo diritto nel suo manuale *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*(ed. Berlino 1892). Lo Zachariae in questo suo lavoro distingue la storia del diritto bizantino in sei periodi dei quali però soltanto i due primi interessano l'Italia venendo a cadere gli altri in epoche nelle quali gli ultimi avanzi della dominazione bizantina in Italia erano del tutto scomparsi.

a) Il primo periodo è quello giustiniano che si inizia col regno di Giustiniano (565) e si protrae ai suoi immediati successori fino all'epoca di Leone Isaurico (717). In questo primo periodo si continua a svolgere il diritto giustiniano senza innovazioni fondamentali: abbiamo poche

Novelle che furono raccolte dal Lingham nel suo *Ius graeco-romanum* (vol. III, pag. 224 sgg.) e alcuni lavori di compilazione delle fonti giustiniane.

Giustiniano, sebbene avesse proibito qualunque lavoro di commento al *Corpus iuris* temendo che si venisse così ad oscurare e ad alterare il senso delle leggi, aveva permesso unicamente traduzioni letterali e compilazioni di indici e di paradigmi, disposizioni queste, però, che non furono scrupolosamente osservate come ci dimostrano numerose glosse dell'epoca giustiniana: es., Glossa Torinese. In ogni modo le opere principali di questo periodo restano nel campo segnato da Giustiniano e abbiamo quindi soprattutto sommari: *summae* e paradigmi.

Di questi lavori, indubbiamente, i più importanti sono i seguenti:

1) Lavori sulle Istituzioni

La così detta *Parafrasi* di Teofilo antecessore a Costantinopoli edita e tradotta dal Ferrini sotto il titolo di *Institutionum graeca paraphrasis Theofilo antecessori vulgo tributa* (Berolini 1884), che, come è già detto nel titolo, "parafrasa" in linea generale i quattro libri delle Istituzioni giustiniane desumendo però conoscenze storiche dalle Istituzioni di Gaio e da scoli più tardi, e, come poté ben dimostrare il Ferrini, attenendosi in più luoghi piuttosto alle Istituzioni gaiane che a quelle giustiniane.

2) Lavori sul Digesto

- a) un indice alle prime tre parti del Digesto probabilmente esso pure di Teofilo;
- b) un indice attribuito a Doroteo compilato dopo il 542;
- c) un indice di Stefano che risente della scuola nel frequente ricorso alla forma catechistica;
 - a) un indice anonimo;
 - b) un indice di Cirillo.

3) Lavori sul Codice

a) Un indice di Talaleo, probabilmente professore: a Berito, e uno dei destinatari della costituzione *Omnem rei publicae*. Talaleo tiene conto del

più antico diritto e delle controversie agitatesi tra i giuristi del V secolo; non di rado egli dà notizia circa il testo originario delle costituzioni.

b) Altri indici sono: quello di Isidoro, anch'egli uno dei destinatari della costituzione *Omnem*, quello di Anatolio, di Stefano, e di Teodoro lo Scolastico, discepolo di Stefano.

4) Lavori sulle Novelle

a) Un compendio di Teodoro eseguito sulla collezione delle 168 Novelle e compilato probabilmente sotto Maurizio II (582-602);

b) Un compendio di Atanasio, lo scolastico di Emessa, compilato sotto Giustiniano II (565-578).

A costoro vanno aggiunti gli anonimi autori dei *μονοβιβλίων* sulle azioni, sui termini, e le prescrizioni, sui legati e le donazioni *mortis causa*, e quell'interessantissimo *ἐναντιοφανής* che si proponeva di sciogliere le antinomie rimaste in Giustiniano.

5) Lavori sui Canonici

a) Raccolta di Canonici in 60 libri composta intorno al 535 a cui fu aggiunta la *Collectio XXV capitulorum*, la quale, attingendo al Codice giustiniano, dimostrò la prima tendenza a porre accanto alle norme date dalla Chiesa dai suoi organi legislativi quelle date dallo Stato.

b) La *Sinopsis canonum* di Stefano da Efeso.

c) La *Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita*.

d) La *Sinagoge canonum* composta intorno al 550 da Giovanni Scolastico in 50 titoli, cui fu più tardi aggiunta la *Collectio LXXV capitulorum* estratta dalle Novelle giustiniane.

b) Il secondo periodo si inizia col regno dell'imperatore Leone Isaurico (717) e si chiude col regno di Basilio il Macedone (867). Questo è un periodo di allontanamento dal diritto giustiniano. Leone Isaurico e Costantino Copronimo sono iconoclasti, ordinano la distruzione delle immagini sacre e contribuiscono a staccare dall'impero di Costantinopoli quelle parti d'Italia che fino allora erano rimaste ai bizantini.

Per quello che riguarda il diritto fin dall'epoca di Leone Isaurico abbiamo la pubblicazione, al momento in cui Leone si associa il figlio Costantino Copronimo verso il 740 di un piccolo manuale che secondo il titolo sarebbe di diritto giustiniano ma che in realtà si differenzia moltissimo, tanto che si sospetta in esso l'influenza di fonti barbariche. E' la famosa Ἐκλογή τῶν νόμων scelta di leggi del *Corpus iuris*, sebbene in realtà questo sia molte volte completamente dimenticato e presenti tali differenze da fare pensare ad infiltrazioni barbariche. Questa Egloga ebbe grande diffusione anche nell'Italia bizantina ed una prova ne possediamo in una compilazione barbarica di fonti diverse che nel titolo è una traduzione del titolo dell'Egloga: la cosiddetta *Lectio legum*.

Ella contiene frammenti dell'Editto di Teodorico, frammenti di leggi Visigotiche e frammenti dell'Egloga stessa, sotto il titolo *Lectio legum breviter facta a Leone piissimo papa et Constantino imperatore* che è evidentemente una diversa traduzione di quello greco dell'Egloga. Nel testo greco infatti, si parla di due imperatori, Leone l'Isaurico e Costantino Copronimo, in quello latino si parla del papa Leone e dell'imperatore Costantino come evidente intenzione di sostituire ai due imperatori iconoclasti il richiamo ad un papa e ad un imperatore cari e ricordati con reverenza dalla popolazione in Italia. La traduzione italiana dell'Egloga è l'unico manoscritto proveniente dal Monastero di Verri: di essa abbiamo vari riferimenti: l'*Egloga privata*, l'*Egloga privata aucta*, l'*Egloga mutata*. Tali diverse forme dell'Egloga dimostrano la sua diffusione, dovuta anche alla sua brevità. Oltre all'Egloga, si hanno tre brevi raccolte: a) le *Leges rusticae* (νόμος γεωργικὸς), raccolta privata di nuove pratiche concernenti i rapporti rurali, che aggiunse a disposizioni di derivazione giustiniana altre di nuova formazione; b) le *Leges navales* (νόμος ναυτικὸς) collezione privata di capitoli legali e di note di diritto marittimo attinto alle più diverse fonti; c) le *Leges militares* (νόμος στρατιωτικὸς), specie di codice militare desunto dalla tattica di Maurizio e dall'opera di un certo Rufo.

c) Il terzo periodo che lo Zachariae delimita dal regno di Basilio il Macedone (867) al regno di Costantino Monomaco (1042) e nel quale si ritorna al diritto giustiniano.

Dell'epoca di Basilio abbiamo due pubblicazioni: (πρόχειρος νόμος) compilate sugli indici giustiniani e le nuove leggi in 40 titoli e la Ἐπαναγωγή τῶν νόμων che secondo lo Zachariae sarebbe una correzione, un'edizione riveduta del πρόχειρος con aggiunte o modificazioni. Si inizia parimenti la grande opera compiuta da Leone il Saggio, cioè la compilazione dei *Basilici*, che non possediamo interamente. Questi in 60 libri riordinano e fondano le varie parti del *Corpus iuris*, sopprimendo la divisione fra le varie parti, la distinzione fra *leges* e *iura*. Qualche volta i testi del *Corpus iuris* sono rappresentati da traduzioni letterali greche, altre volte da frammenti degli antichi indici, delle antiche *summae*.

In questo periodo abbiamo qualche Novella che pare abbia avuto importanza per l'Italia. Fra esse è degna di nota quella di Romano Lacapeno del 922 che sembra aver importato nell'Italia meridionale la disciplina dell'Istituto della protimesi. Ancora in questo periodo conviene ricordare:

a) La Ἐπιτομή τῶν νόμων in 50 titoli redatta verso il 920 sotto il regno di Romano Lacapeno e di Costantino; estratto dalle parafrasi dei testi giustiniani e delle Novelle.

b) La Ἐκλογή καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν composta in ordine alfabetico sotto il regno di Costantino (945-959).

c) La *Epanagoge aucta*: revisione della Ἐπαναγωγή τῶν νόμων.

d) La πεῖρα sotto il regno di Basilio Bulgaroctono e di Costantino.

A prova dell'uso in Italia delle fonti di questo periodo stanno non solo i manoscritti italiani che si trovano in Sicilia, ma anche la compilazione di un *Prochiron legum* fatta in Italia nel secolo XII, edito dal Brandileone nella collezione dell'Istituto Storico Italiano, in cui sono inserite anche leggi normanne.

d) Il quarto periodo (1042-1206) s'inizia con Costantino Monomaco, che sale al trono nel 1042, noto a ragione per il tentativo di far rivivere a

Costantinopoli uno studio del diritto, e a cui provvide nell'anno 1045 con la Novella *περὶ τοῦ νομοφύλακος*.

Opere principali di questo periodo sono:

a) *Ἡ Περὶ τῶν ἡγούρων διδασκαλία ἐκ τῶν πράξεων* durante il regno dello stesso Costantino (1042-1054).

b) Commentario sull'*Epitome canonum* di Alessio Aristeno.

c) Il così detto *Tipucito* (τιπούκειτος) un indice sunto dei Basilici con cui si suole integrare quest'opera.

d) *L'Egloga ad Prochiron mutata*.

e) *L'Egloga privata acuta*.

Le opere delle lettere b, c, d, e furono compiute sotto il regno di Giovanni Comneno (1118-1143).

e) Nel quinto periodo che va da Teodoro Lascaris a Costantino Paleologo, e cioè dal 1206 al 1453, ricordiamo, solamente, le seguenti opere:

a) il *Prochiron auctum* dell'anno 1300, sotto il regno di Andronico Paleologo senior (1282-1327).

b) Il Manuale di Costantino Armenopulo sotto il regno di Giovanni Cantacuzeno (1347-1355).

In questo periodo la dominazione bizantina è scomparsa dall'Italia e comprende gli ultimi tempi dell'impero d'Oriente dal sec. XIII alla caduta di Costantinopoli (1453).

f) Il sesto periodo, che è quello caratterizzato dalla dominazione turca, esorbita completamente dalla nostra trattazione.

b) - FONTI BARBARICHE

Sono caratterizzate dal diritto longobardo-franco.

1) Diritto longobardo

Per il diritto longobardo abbiamo il famoso Editto Longobardo sostituito dalle leggi di vari re e prima di tutte quella di Rotari. L'Editto

di Rotari è la parte più importante dell'Editto Longobardo è compilato nel 643, più di 70 anni dopo che i longobardi erano venuti in Italia.

Fino a Rotari molto probabilmente non vi furono leggi scritte tra i Longobardi, ma semplici consuetudini per quanto sia stato anche congetturato che vi siano state delle leggi anteriori e che certe frasi dell'Editto di Rotari appaiano meno assurde di quello che possono sembrare (Rotari parla di «rinnovare e di completare le leggi esistenti»). Noi però non possediamo queste leggi a cui Rotari si riferisce.

a) L'Editto di Rotari che entra in vigore il 22 novembre 643 è l'unica parte dell'Editto longobardo che presenti un sistema non primitivo, una divisione, anche se non sempre conservata, un certo ordine insomma nella disposizione delle materie. L'Editto consta di 388 capitoli; i primi 132 contengono disposizioni di diritto penale per i reati contro il re, contro la sicurezza dello Stato, contro le persone; gli altri capitoli fino al 226 disposizioni di diritto ereditario, diritto di famiglia, emancipazione dei servi, ecc. i capitoli successivi riguardano il diritto delle cose, delle obbligazioni, i reati contro la proprietà.

Notevole è il fatto che Rotari stesso in uno dei suoi capitoli (il 386) prevede il caso di dover modificare l'Editto. Egli considera cioè l'Editto, come legge permanente cui si potranno fare delle aggiunte. Appunto dopo il capitolo 386 c'è l'aggiunta che riguarda l'uccisione involontaria dell'uomo libero, e che corregge il diritto germanico penale più antico, dichiarando che l'uccisore involontario dovrà comporre a denaro l'uccisione, ma non essere altrimenti punito.

Di questo capitolo si valsero i successori di Rotari che lo ricordano e citano quando devono fare delle aggiunte, ed anzi i Longobardi veramente non parlano mai di Editto di Rotari, di Grimoaldo, di Liutprando, ecc. ma solo di un *Edictum Langobardorum*.

b) Aggiunte di Grimoaldo. Le prime aggiunte furono fatte da Grimoaldo non molti anni dopo la compilazione dell'Editto (nel 668). Esse aggiunte constano di 9 capitoli che sono di grande importanza, in quanto dimostrano come l'influenza del diritto romano continui a farsi sentire introducendo

innovazioni nel diritto germanico. I principali capitoli sono quelli (1-2) che si riferiscono alla prescrizione trentennale e soprattutto il capitolo che sancisce il diritto di rappresentazione nell'eredità (cap. 5).

c) Aggiunte di Liutprando. Alle aggiunte di Grimoaldo fan seguito quelle di Liutprando, complessivamente costanti di 153 capitoli divisi in 15 aggiunte pubblicate in 15 assemblee generali in anni diversi del suo lungo regno. Le aggiunte Liutprando le chiama *volumina*. Il suo regno va dal 713 al 744, ma nel 735 si associa al trono il nipote Ildebrando e cessa di pubblicare delle aggiunte.

Quando Liutprando pubblicava le sue aggiunte, il popolo longobardo era convertito al cattolicesimo: sono quindi leggi di un principe cattolico le sue, mentre quelle di Rotari erano di un ariano e quelle di Grimoaldo di un periodo di transizione. Forte è quindi in esse l'influenza della Chiesa cattolica a quel modo che assai aumentata appare l'influenza del diritto romano.

Le ultime aggiunte all'Editto longobardo sono quelle di Rachi e di Astolfo.

L'Editto longobardo ebbe prosecuzioni anche fuori dei confini del regno italico. Nelle regioni beneventane, che da Carlo Magno erano state staccate dal regno, la legislazione locale si svolse con caratteri propri sulla base dell'editto a cui fu annessa.

Primi per ordine di tempo sono: *Capitula domni Arechis principis*, pare dell'anno 782. Sono in tutto diciassette e portano all'editto mutazioni abbastanza importanti.

Seguono otto capitoli di Adelchi della seconda metà del sec. IX, pubblicati in un assemblea dell'anno 866. Nel proemio si afferma esplicitamente che i duchi di Benevento sono i legittimi successori del trono longobardo e si considera Carlo Magno come un usurpatore «qui sedi eius (sc. Desideri) invidens et insidians contra eumdem subdole et callide agere non refugit». È superfluo notare l'importanza politica di questo proemio rivendicante ai duchi di Benevento la corona longobarda. Seguono altre disposizioni che non sono leggi ma *pactiones*, ed anzitutto quelle con i

Napoletani. Il Ducato di Napoli dipendeva nominalmente dall'Impero di Oriente, di fatto esso era autonomo ed i suoi *iudices*, ossia duchi, trattano coi duchi di Benevento da veri e propri sovrani.

I più antichi di questi patti riguardano la sistemazione dei confini nella Terra di Lavoro, che apparteneva parte ai duchi di Benevento e parte alla Repubblica di Napoli. Sono all'incirca dell'anno 780 e vengono designati come «*pactum quod constituit dominus gloriosus princeps cum iudex [sic!] neapolitanorum...*». È interessante in questo antico patto, e nel successivo dell'836 l'accento a *homines censitos*, detti *tertiatores*, che probabilmente dovevano dare ai padroni dei fondi la terza parte dei frutti e che alcuni ritengono discendenti dalle antiche popolazioni italiane che, secondo Paolo Diacono erano state costrette a pagare ai Longobardi «*tertiam partem suarum frugum*».

Si riferiscono alla Terra di Lavoro anche altre *pactiones* dell'anno 933. Segue una *Sicardi principis pactio cum Neapolitanis in quinquennium facta*, ch'è un patto di alleanza offensiva e difensiva. Ci rimane soltanto fino al capitolo diciassettesimo mentre dall'indice premesso, che ci è stato conservato, risulta che questa *pactio* constatava di quaranta capitoli.

L'ultimo atto aggiunto nella edizione alle leggi longobarde è la così detta *charta divisionis* che ebbe luogo nel 851 tra Radelgiso o Siginulfo. Dall'editto longobardo si hanno delle versioni greche, traduzione fatta senza dubbio per certe parti dell'Italia meridionale nelle quali si parlava ancora tale lingua.

Edizioni delle leggi longobarde si ebbero già in epoca abbastanza antica. Però queste edizioni non furono condotte sui testi originali ma su di una raccolta sistematica della fine del secolo undicesimo o del principio del duodecimo, contenente leggi longobarde, capitolari franchi e leggi imperiali fino alla metà del secolo undicesimo; raccolta di cui parleremo, conosciuta generalmente sotto il nome di *Lombarda*.

Il primo che pubblicò parte delle leggi longobarde, nel loro testo originale, fu Basilio Giovanni Herold, il quale le diede nel 1557 nel volume intitolato *Originum ac Germanicarum Antiquitatum libri*. Egli si trovò in possesso di un manoscritto mutilo e quindi pubblicò nel loro testo originale

quelle leggi longobarde che in questo manoscritto si contenevano, per le altre ricorrendo alla *Lex Lombarda*.

Molte altre edizioni possiamo ricordare.

Quella del Muratori curata da lui medesimo (nei *Rerum Italicarum Scriptores*, tom. I pars. II). L'edizione pubblicata da Baudi di Vesme nel 1855 (il solo testo era stato pubblicato, in pochi esemplari, prima nel 1841, poi nel 1846) nei *Monumenta Historiae Patriae edita iussu regis Caroli Alberti* è molto accurata e preceduta da una prefazione molto importante. Migliore di tutte è l'edizione del 1868 curata dal Bluhme, per i *Monumenta Germaniae Historica (Legum, tom. IV)*. Il Bluhme ripubblicò nel 1870 le leggi longobarde in un'edizione meno voluminosa, ma senza introdurre modificazioni notevoli.

Riassumendo, l'attività legislativa dei longobardi si esplicò durante poco più di un secolo, ché tanto è il tempo che corre tra il 643, data dell'Editto di Rotari, ed il 755, data dell'ultima legge di Astolfo; ma le loro leggi come vedremo, rimasero ancora in vigore da noi per molti secoli.

2) Le leggi franche

1 – Alle leggi dei re e imperatori franchi si dà il nome di capitolari, che non è veramente un nome specifico, ma sta ad indicare qualsiasi scritto diviso in *capitula*, cioè in articoli.

La divisione più comune dei capitolari, divisione che si può dire indicata dai capitolari stessi, è quella dei *capitularia legibus addenda*, *capitularia per se scribenda capitularia missorum*.

a) I *capitularia legibus addenda*, destinati a complemento delle singole leggi nazionali, dovevano, per principio, esser sottoposti all'approvazione delle assemblee.

Essi possono essere destinati come aggiunte a tutte le leggi vigenti nel regno (*omnibus legibus addenda*) e in tal caso vengono in pratica ad avere carattere di diritto territoriale; oppure si riferiscono ad una sola legge (*legi Salicae*, o *legi Ribuariae addenda*) ed hanno allora carattere di diritto personale per coloro che professano la legge indicata.

b) I *capitularia per se scribenda* avevano valore territoriale e vigevano in tutto il territorio dell'impero; ma non dovevano di regola eccedere i limiti entro cui s'esercitava il diritto di banno; cosicché per essi non era necessario il consenso del popolo.

c) I *capitularia missorum* erano capitolari diretti ai missi dominici. Questi missi dominici o regis si trovano già nell'epoca longobarda, sotto Liutprando; ma allora essi venivano nominati eccezionalmente e non erano considerati come membri dell'amministrazione ordinaria dello Stato.

Nell'epoca franca la figura del *missus dominicus* si determina assai più: essi vengono mandati dal re in questa o in quella parte dell'impero con attribuzioni speciali determinate secondo norme scritte appunto i così detti: *capitularia missorum*. Ma presto l'istituto dei *missi dominici* degenera; essi divengono dei *missi perpetui* che risiedono nelle varie parti dell'impero e sorvegliano l'operato dei conti.

Essi divengono in tal modo il mezzo più comune di ingerenza che l'imperatore abbia nelle varie parti dell'impero.

I *capitularia missorum* erano dunque istruzioni scritte date ai *missi dominici* sul come dovevano regolare la loro condotta e disimpegnare il loro ufficio. Non però tutte le istruzioni date ai *missi dominici* erano contenute nei capitolari. Esse venivano spesso contemplate oralmente, come si riferisce da molti passi dei capitolari medesimi, che si riportano ad istruzioni date a voce, e ancora dalla forma medesima in cui sono redatti che sembra piuttosto rispondere ad una semplice annotazione, che ad una disposizione vera e propria.

Molte volte i *capitularia missorum* sono più estesi e non hanno quella forma nuda e schematica loro propria: ma allora essi sono vere e proprie leggi ed i missi dominici sono incaricati della loro promulgazione. I capitolari nel periodo merovingio venivano chiamati: *constitutiones, edicta, decreta, praecepta*. Invece sotto i Carolingi il nome che prevale è quello di *capituli* o *capitularia* e lo si incontra già sotto Pipino.

E' un nome che accenna all'influenza ecclesiastica: perché sappiamo che gli editti dei vescovi e i canoni dei concili si chiamavano così, e non

parrà strano che i Carolingi lo prendessero dalla Chiesa, per poco si pensi che i primi capitolari dei maestri di palazzo e anche di Pipino, quando furono, furono appunto emanati in occasione di sinodi o concilii; e che talora gli atti di codesti sinodi tenuti in presenza del sovrano sono di natura così indeterminata, che trovava luogo tanto nelle edizioni dei capitolari quanto in quelle dei Concilii.

In alcuni capitolari si tratta ad un tempo di cose laiche e di cose ecclesiastiche; ma comunemente vi prevalgono o le materie ecclesiastiche o le materie civili. Da ciò la distinzione di capitolari ecclesiastici e capitolari mondani.

Questa distinzione fu presa come base della più antica raccolta di Capitolari che si conosca, quella, cioè, fatta nell'827 da Ansegisoabate di Fontanella (Saint-Waudrille, nella diocesi di Rouen). Egli raccoglie ventinove capitolari e li distribuisce in quattro libri: due di capitolari ecclesiastici, due di capitolari mondani.

Inoltre egli destina il primo ed il terzo libro ai capitolari mondani ed ecclesiastici di Carlo Magno; il secondo e il quarto a quelli di Lodovico il Pio.

La raccolta di Ansegiso incontrò molto favore, per modo che si trova subito citata dallo stesso imperatore Lodovico il Pio. Si afferma generalmente che codesta raccolta non sia penetrata in Italia. Qualche traccia tuttavia ne rimane nelle nostre fonti; e nella Biblioteca capitolare di Vercelli, se ne conserva un manoscritto senza dubbio d'origine italiana. Però da noi la raccolta fu presto dimenticata, perché alcuni dei capitolari in essa contenuti non avevano alcun interesse per l'Italia e invece vi mancavano i capitolari specialmente destinati all'Italia; e inoltre perché si formò ancora nel corso del secolo nono un *Capitulare italicum*, che rese inutile la raccolta di Ansegisio.

Dopo la metà del sec. IX si fece passare quale continuazione di questa collezione una raccolta posta sotto il falso nome di Benedetto Levita, che afferma di aver raccolto capitolari sparsi qua e là ad istanza degli arcivescovi Riculfo ed Otgario di Magonza.

Se non che i capitolari genuini hanno dato poca materia al sedicente Benedetto: la maggior parte di essi furono attinti ad altre fonti, cioè messi assieme con passi tolti alla *Lex Baiuvariorum canonice compta*, alla *Summa de ordine ecclesiastico* alle *Formulae imperiales*, alla *Collectio Dionysio-Hadriana*, ecc. Questa falsificazione fu fatta in Francia, e probabilmente nella diocesi di Reims, e si connette all'altra delle Decretali di Isidoro. Fu composta tra l'847e l'857. Non prima dell'847 perché in quest'anno morì Odgario, vescovo di Magonza, e che è ricordato come morto, e come iniziatore della raccolta certo onde impedire una possibile denegazione. Prima poi dell'857 perché in quell'anno già è citata come raccolta autentica nel capitolare di Kiersy. Qual è lo scopo di queste falsificazioni? Esso è identico a quello delle Decretali isidoriane: si vuol porre un sostegno alla gerarchia cattolica, alla primazia romana, e all'indipendenza dei vescovi.

Infatti tanto nell'una quanto nell'altra raccolta si afferma che l'autorità laica deve essere sottomessa all'autorità ecclesiastica, che nulla è ogni disposizione contraris alla Chiesa. In essi si trova il primo accenno all'*actio spolii* per la quale si sanziona il principio: «expoliatus ante omnia restituendus est».

La raccolta di Benedetto Levita, come del resto le Decretali isidoriane, non furono riconosciute allora come falsificazioni, anzi vennero citate come autentiche dagli stessi imperatori, qualunque non fossero certo favorevoli alla loro autorità, come lo erano a quella dei Pontefici e degli ecclesiastici in genere.

Non sappiamo se la collezione di Benedetto sia stata usata in Italia: un qualunque capitolo può essere penetrato da noi per il tramite d'altre fonti, e specialmente di collezioni canoniche.

L'Italia ebbe nell'impero franco una posizione speciale, tanto che ebbe ancora re proprii, con Bernardo e Pipino. Abbiamo quindi dei capitolari italici, emanati cioè solo per l'Italia, alcuni da Carlo Magno stesso, altri dai re franco-italiani. Di Bernardo (il cui regno fu breve, perché essendosi ribellato all'imperatore Ludovico il Pio fu fatto prigioniero ed accecato) non si conosceva alcuna legge; ma il già citato ms. vercellese d'Ansegisio

gli attribuisce un importante capitolare emanato a Mantova nell'813, e che era stato pubblicato come di Carlo Magno ed attribuito all'anno 787.

Ebbe invece grande diffusione in Italia una compilazione, formata fin dal secolo IX ed accresciuta posteriormente, compilazione di leggi franche e poi imperiali che conteneva un gran numero di capitolari interessanti in special modo l'Italia, e che prese il nome di *Capitulare italicum* o *Longobardorum*. Il diritto contenuto nel capitolare italico è diritto comune a tutte le popolazioni abitanti l'Italia, solo in via eccezionale riscontrandosi in esso disposizioni proprie ad una determinata popolazione. Cfr. in proposito A. BORETIUS, *Praefatio ad librum Papiensem*, in M.G.H., *Legum*, tomus IV, pag. LXIV.

Questi capitolari sono nella collezione distribuiti secondo un ordine cronologico, assai imperfetto. Infatti tra i capitolari di Carlo Magno ne sono inseriti alcuni di Pipino, e tra quelli di Lotario, altri di Ludovico II.

Malgrado la compilazione non sia da ritenersi opera di un falsario – come lo è invece la compilazione dello Pseudo-Isidoro – tuttavia in essa sono penetrati dei capitoli non autentici: cioè una dozzina di capitoli tolti da concili, un capitolo tolto dallo Pseudo-Isidoro, alcuni capitoli di origine incerta, e qualche capitolo che non rappresenta se non semplici consuetudini giuridiche italiane.

Il Capitolare italico inizia con 843 capitoli attribuiti a Carlo Magno, seguono quarantatre capitoli tolti da quattro *Capitularia italica* di Pipino; vengono poi cinquantasette capitoli tolti da dodici *Capitularia generalia* di Ludovico il Pio; centosette capitoli tolti da nove *Capitularia italica* di Lotario; nove capitolari di Guido, undici di Ottone I ed uno di Ottone III.

Questi sono i capitoli contenuti nel manoscritto milanese che ci dà il testo più antico del Capitolare italico. Ma i testi più recenti contengono anche un capitolare di Enrico II del 1019, la famosa costituzione *De beneficiis* di Corrado il Salico, del 1037, ed un capitolare di Enrico III nel 1054.

Abbiamo parlato del *Capitulare italicum* come di una raccolta a sé, ma in realtà nei manoscritti e nelle pubblicazioni esso è sempre riunito all'*Edictum Longobardorum* e forma con esso quello che volgarmente è

detto il *Liber Papiensis*, noto anche coi nomi di *Liber legis Langobardorum*, di *Lex lombarda*, di *Lombarda confusa* non intitolata. Di questo ce ne occuperemo in seguito.

c) LE FONTI CANONICHE

Alla elaborazione giuridica partecipa attivamente anche la Chiesa. Le fonti del periodo barbarico consistono in collezioni incomplete e disordinate, nelle quali la disposizione della materia è dominata dal criterio cronologico. Le più antiche risalgono al periodo gotico-bizantino: all'epoca di Teodorico si ha la grande raccolta di fonti ecclesiastiche fatta da un monaco, Dionisius Exiguus, noto anche perché a lui si deve il computo ordinario degli anni dell'era cristiana.

L'iniziativa privata suppliva così alla deficienza di collezioni ufficiali e soddisfaceva al bisogno di riordinare i materiali canonici precedenti, fattisi abbondanti. Dionigi, scita di origine, poté giovare della sua conoscenza del greco per dare una versione più fedele dei canoni orientali, sulla base di un manoscritto greco.

La sua raccolta, completata con materiali nuovi, da papa Adriano (*Collectio Dionysio-Hadriana*); ebbe grande fortuna in Italia e fuori d'Italia e fu considerata come testo ufficiale essendo stata solennemente inviata dal Papa a Carlo Magno.

La collezione dionisiana non impedì che altre raccolte fossero usate, compilate in Italia e altrove: così Cresconio riordinò sistematicamente i materiali offerti in ordine cronologico dalla raccolta dionisiana nella sua *Concordia canonum*, composta di 301 capitoli e che ebbe molta fortuna presso di noi, e divenendo persino testo, preferito per l'insegnamento.

Alla metà del sec. IX in Francia, non essendovi come in Italia il Pontefice la cui indiscussa preminenza riusciva ad armonizzare le varie tendenze nell'opera normativa delle autorità ecclesiastiche, si verificavano gravi conflitti fra i diversi indirizzi seguiti dall'uno e dall'altro clero.

Ma, come osserva il Besta, il malanno generò da sé il rimedio, e la reazione supplì l'assenza di un potere centrale unificatore cercando per vie

tortuose di trarre da quella ricchissima congerie di materiali un sistema che gli desse una salda membratura. E in questo fervoroso desiderio di trovare un *ubi consistam* passò senza condanna e si impose una curiosa falsificazione: la collezione nella quale un Isidorus mercator avrebbe raccolte e redatte in volume, «de multis unum faciens», le varie *canonum sententiae*.

La falsificazione dello Pseudo-Isidoro consta di tre parti:

1) I primi 50 canoni apostolici ed una prima serie cronologicamente ordinata di 60 decretali fittizie attribuite ai papi che si seguirono da Clemente I a Melchiade (90-313), preceduta da una lettera, per accreditare la raccolta, con cui Aurelio di Cartagine avrebbe chiesto a papa Damaso gli statuti emanati dai suoi predecessori.

2) Una serie di canoni di sinodi greci, africani, spagnoli e gallici, desunti dall'*Hispana*, preceduti da un trattatello *De primitiva ecclesia et synodo nicaena* intercalati da documenti fittizi.

3) Una seconda teoria di decretali genuine desunta dalla *Hispana* ampliata con altre, genuine e false, come le 12 epistole attribuite ai papi compresi tra Marco (336) e Liberio (352-366) gli *Excepta ex synodalibus gestis sancti Sylvestri papae*, le corrispondenze fra Damaso e Girolamo e Stefano, e il trattatello *De vana superbia chorepiscoporum vitanda*.

Conviene però, in ogni caso, tenere presente che anche le parti che abbiamo definite fittizie non sono inventate completamente dallo Pseudo-Isidoro: esse, come fa rilevare il Besta, furono tessute con ingegnoso mosaico di brani attinto alle più disparate fonti: libri sacri, scritture di santi padri, canoni sinodali, epistole pontificie, notizie storiche, libri legali (Codice Teodosiano, Breviario Alariciano, Capitolari di Benedetto Levita, ecc.). L'abilità della falsificazione risulta dalla buona organizzazione di questi diversissimi materiali.

Lo scopo di questa falsificazione? Secondo il Besta, hanno errato coloro che attribuirono all'opera dello Pseudo-Isidoro lo scopo di affermare la superiorità della curia romana sulle altre sedi episcopali, e se esso favorì le tendenze accentratrici del papato, come reazione al sistema politico-

ecclesiastico dominante ed aiutò l'emancipazione della Chiesa e del clero dalle ingerenze laiche, tuttavia a ben guardare, ci si dovrà persuadere che l'opera ebbe principalmente per fine il sostegno di una causa reale e particolare: la causa cioè di un vescovo accusato da laici presso autorità laiche e da esse condannato, cacciato dalla propria sede tenuto in custodia, che aveva ricorso alle autorità ecclesiastiche col risultato che da un concilio radunato da un metropolita che non era il suo, senza intervento dei vescovi comprovinciali, era stato nuovamente condannato.

Il nome di *Isidorus mercator* è falso: si volle cercare l'autore in Riculfo e Otgaro di Magonza, in Venilone di Sens, ecc., ma sono ormai tutte ipotesi cadute, come pure è tramontata l'ipotesi di una origine italiana, e più ancora pontificia: i materiali di cui è composta sono essenzialmente francesi, come pure sono francesi le prime allegazioni che abbiamo di essa.

Nonostante questo vizio d'origine essa ebbe larghissima diffusione e subitanea fortuna e diventò l'arma potente di un partito, sostegno all'indipendenza vescovile dal potere laico. Primo ad accoglierla fu l'Impero e la si trova allegata a capitolari autentici dell'anno 857, poi la curia romana negli anni 864-866, sotto Nicolò I; maggiormente contribuirono alla sua diffusione Adriano II, e Giovanni VIII. Essa fu la base di tutte le costruzioni posteriori e solo verso il 1600 ne fu impugnata l'autenticità proseguendo quella critica che il Valla, due secoli prima, aveva esercitato sulla donazione di Costantino, dimostrandone la falsità. Il ms. più antico si trova nella Biblioteca del Capitolo di Modena.

Altre falsificazioni scesero in Italia oltre allo Pseudo-Isidoro, quali quella di Benedetto Levita, di cui abbiamo già parlato, e i *Capitula Angilramni*, e tutte s'innestarono sul tronco della nostra storia. Inavvertite rimasero invece altre collezioni canonistiche francesi, di cui qui non fa mestieri parlare.

Le regioni settentrionali italiane, aperte maggiormente alle influenze d'oltralpe, subirono maggiormente la loro influenza e così sorse la *Collectio Anselmo dedicata*, primo saggio di una raccolta sistematica di diritto ecclesiastico in base a fonti ecclesiastiche e civili, ove le fonti ecclesiastiche sono desunte dallo Pseudo-Isidoro della *Collectio Dionysio-*

Hadriana, dalle epistole di Gregorio I, dalla *Lex Romana canonice compta*. Essa ebbe grande importanza e grandissima diffusione come si dimostra dall'esistenza di numerosi codici: il più antico nella Biblioteca del Capitolo cattedrale di Vercelli, un altro a Roma.

Nel periodo carolingio troviamo nelle collezioni canoniche una serie di testi di leggi romane, che servivano per gli ecclesiastici che vivevano a legge romana (ecclesiasticamente essi vivevano a legge longobarda: Monastero di Farfa).

Fra queste raccolte conviene notare:

a) *Innovationes legum novellarum divae memoriae Iustiniano* più note sotto il nome di *Summa de ordine ecclesiastico* cinquantaquattro capitoli estratti dall'*Epitome Iuliani* secondo la loro importanza dall'aspetto della Chiesa.

b) *Lex Romana canonice compta* composta di trecentoventicinque capitoli estratti dalle Istituzioni, dal Codice, dall'*Epitome Iulianie* dalle sue appendici, e da un capitolo di Lotario I dell'825. Essa è probabilmente anteriore al secolo X essendo stata fra le fonti della *Collectio Anselmo dedicata*, fu edita dal novembre 1930.

c) *Excerpta Bobiensia*: contengono ottantasei capitoli desunti e dall'*Epitome Iuliani*; forse il titolo originario fu quello di *Regulae ecclesiasticae* trasmesso dal Codice ambrosiano.

Nel sec. XI abbiamo il *Decretum* di Burcardo di Worms (1023) scritto, pare, con la collaborazione di Alberto di Lobesche ebbe grande fortuna; in esso erano fusi il *Codicillus* di Reginone e la *Collectio Anselmo dedicata* con aggiunta di materiali di altra derivazione. Come derivazione italiana dell'opera di Burcardo si presenta la *Collectio duodecim partium*. Ma indubbiamente più originale fu l'opera collezionista della Riforma di cui le manifestazioni più antiche andarono perdute (Besta). Conviene fra esse ricordare le *Diversae sententiae patrum*, ancora inedite, collezione in sessantaquattro titoli composta sotto il pontificato di Leone IX tra il 1049 e il 1054, che trovò rapida diffusione appunto in questo periodo, in cui la società cattolica era tutta tesa ad un'opera purificatrice

della Chiesa; il *Capitularium* del cardinale Attone nella quale opera l'autore si proponeva di epurare il diritto ecclesiastico da tutto ciò che non avesse avuto sanzione dall'autorità pontificia; la *Collectio Canonum* di Anselmo da Lucca, che si può definire una strenuissima apologia delle dottrine di Ildebrando: essa è in tredici libri dei quali i primi sette sono attinti alla *Collectio Anselmo dedicata* e gli ultimi sei al Decreto di Burcardo; numerose leggi laiche sono pure state usate dall'autore che si è servito direttamente delle Istituzioni giustiniane, del Codice, delle Novelle nella raccolta dell'*Authenticum*.

Simile a quest'ultima, per quanto indipendente da essa, per essere stata compilata da un altro fanatico ammiratore di Ildebrando, è la raccolta di canoni del Cardinale Deusdedit pubblicata nel 1087 e dedicata a papa Vittore III. Ricordiamo inoltre il *Liber de vita christiana* di Bonilone, vescovo di Sutri e poi di Piacenza, noto anche sotto il nome di *Decretum*; la *Collectio Britannica* (da British Museum) anonima, e la *Collectio Farfensis*

d) FONTI CONSUETUDINARIE

Il tramontare delle nazionalità o della personalità del diritto doveva riportare necessariamente il predominio delle territorialità del diritto, principio questo che sebbene si fosse estremamente attenuato non era però mai del tutto scaduto. Conseguenza di questo nuovo affermarsi del principio della territorialità, e vera matrice di essa, fu la consuetudine, la quale ebbe non poco merito nello smussare le angolosità più urtanti e pungenti dei vari diritti favorendone non solo l'avvicinamento ma, in un prosieguo di tempo, anche la fusione.

Però prima di provvedere ad una regolare redazione degli statuti che venivano, in definitiva, a creare un diritto nuovo, sentì il bisogno di redigere in iscritto le consuetudini stesse, sia per togliere ogni incertezza sulla loro esistenza e sul loro contenuto, sia per difenderle contro le varie possibilità di interpretazione e di disgregazione. Sorsero così, ad esempio le consuetudini di Genova, a cui si riferirebbero, due atti uno del 958 tra i marchesi Berengario ed Alberto ed i genovesi («nullo unquam in tempore

habeamus licentiam nec potestatem per nullumvis ingenium occasionem [...] agere nec causare nominative de vestra consuetudine quam vestri priores parentes in hac civitate habuerunt»), l'altro del 1056 quando il marchese Alberto rinnovò l'impegno di rispettare le loro consuetudini.

Ma il sorgere e l'affermarsi delle consuetudini non fu cosa semplice e priva di contrasti; tutt'altro. Presentandosi infatti la consuetudine come un limite alla generale e integrale applicazione delle leggi romane, sorgeva, alla mente dei giuristi, un problema non semplice a risolversi concernente il possibile conflitto tra la norma consuetudinaria e la norma legislativa; non solo, ma il problema di quale autorità doveva rivestirsi il diritto consuetudinario. Ora i giuristi, movendosi entro l'orbita degli insegnamenti romani, non videro nella consuetudine se non che una tacita ed implicita manifestazione della volontà del popolo attraverso pratiche uniformi: ma dal momento che il popolo aveva fatto una delegazione dell'attività legislativa all'imperatore e che quindi non poteva più creare leggi, aveva facoltà di creare una consuetudine che veniva ad essere un implicita negazione di quelle leggi che l'autorità imperiale aveva emanato?

I longobardisti avevano energicamente risposto che una dissuetudine del diritto legislativo non era possibile, e che quindi la consuetudine poteva avere efficacia unicamente suppletiva della legge stessa. Ma fra i romanisti questo accordo non era così facile. Coloro, infatti, che affermavano che la cessione dei diritti del popolo all'impero era stato un passaggio pieno e irrevocabile, non potevano che concludere: «nichil faceret desuetudo populi»; per coloro invece che non vedevano la cessione rigidamente ristretta come questa, la consuetudine poteva, essendo ottima interprete delle leggi, correggerle e quindi derogare ad esse, e giungere quindi attraverso queste successive deroghe anche all'abrogazione. E questa fu, in definitiva, la tesi che trionfò.

Ma anche dal campo del diritto ecclesiastico si levarono l'armi contro la consuetudine, intaccandone il principio della spontaneità. Poiché se in un primo tempo, quando il diritto della Chiesa era avvalorato dall'autorità dei Padri, la tradizione poteva confondersi con la consuetudine, in seguito, prevalendo le tendenze accentratrici, la Chiesa, onde eliminare le divergenze

sorgenti dalle tradizioni originali, si era volta contro il suo primo atteggiamento e cercava di incanalarla e di imbrigliarla perché non degenerasse.

Se non rispondeva alla *veritas*, ai precetti divini, e alle idealità che la Chiesa cercava di attuare, non si poteva considerare più consuetudine, ma assumeva la nuova figura della *corruptela*. In seguito la consuetudine ebbe bisogno di un esplicito requisito: l'*adprobatio* del pontefice per poter essere valida ed aver vigore normativo. Questo principio fu trasferito dal campo ecclesiastico al campo laico; l'approvazione sovrana mutava le consuetudini in leggi, sia pure particolari.

Ma indipendentemente da questo istituto dell'*adprobatio* i giuriconsulti richiesero quale requisito essenziale della consuetudine la *rationabilitas*, cercando di dare contenuto concreto a questo principio astratto, mettendolo in relazione con lo *ius divinum* o con lo *ius naturale* o con la *publica utilitas*. Echi di questa esigenza li troviamo nel *Liber iuris florentinus* e nei *Libri feudorum*.

In tal modo costituita, aiutata dal movimento di rivolta contro la negazione del suo valore (impersonato dalle lettere di Oberto dall'Orto al figlio Anselmo nelle quali è una esaltazione del valore della consuetudine) da parte delle città dell'alta Italia, la consuetudine riprende il primo posto nella formazione del diritto e il feudo serve a favorirla (Solmi).

A continuo detrimento delle professioni di legge e della validità delle leggi barbariche, si afferma, in questo periodo, la consuetudo loci che quando è buona, antica e approvata, è derogatrice dell'una e dell'altra. Essa si distingue in generale (se abbraccia tutto il regno) o speciale (se limitata a qualche provincia). Si vennero formando in tal modo quelle consuetudini delle città e dei castelli che imperatori e pontefici non tardarono a riconoscere.

Modo di stabilire e di creare la consuetudine fu, pure, l'uso giudiziario (prodotto dal tribunale degli scabini assistito dal popolo) che serviva a mantenere in vita la legge, ad accertare la consuetudine e a creare nuove norme: le sentenze, che esso dava, venivano perciò chiamate *leges* (in

quanto creavano il diritto), lodi o *laudamenta* (in quanto accertavano e dichiaravano il diritto consuetudinario).



Capitolo II

LE FONTI DOCUMENTARIE

Esse, come abbiamo già detto, mostrano come il diritto fosse usato in un determinato periodo e come in pratica fosse applicato; prova questa che noi abbiamo analizzando appunto i documenti riflettenti i singoli casi concreti di manifestazioni giuridiche.

Esaminiamo brevemente che cosa comprendiamo entro il termine documenti.

I documenti si considerano da un punto di vista 1.storico, 2.giuridico, 3.diplomatico.

Dal punto di vista storico, documento è qualunque scritto anche senza contenuto giuridico (un'iscrizione, una lettera); dal punto di vista giuridico, un documento per esser tale deve contenere una prova scritta e avere anzitutto un contenuto giuridico e forme legali che diano attendibilità alla scrittura stessa; dal punto di vista diplomatico sono quelli che a) attestano un fatto giuridico già compiuto in precedenza indipendentemente dal documento stesso e sono detti notizie e sono documenti di prova, b) o danno vita ad un rapporto giuridico e compenetrano con esso; sono detti carte e sono documenti dispositivi.

I documenti si possono dividere (e la base della classificazione la troviamo nel formulario di Arnulfo che dice i negozi giuridici essere fatti «aut in pago, aut in palatio») in:

1) pubblici: emanati da un'autorità pubblica (pontifici, regi imperatori, signorili ecc.) e che hanno attinenza col diritto pubblico.

2) privati: redatti da scrittori privati e che hanno attinenza col diritto privato.

I primi non possono essere impugnati per ciò che contiene il dispositivo, i secondi si possono impugnare in tutto e per tutto.

Distinguiamo nel documento due parti principali: il testo e il protocollo, il quale ultimo si divide in protocollo iniziale o formule iniziali (all'inizio del documento) e in protocollo finale, o meglio escatocollo (alla fine del documento).

Il testo si compone delle seguenti parti:

1. Esordio o preambolo o harenga: di carattere letterario.
2. *Notificatio*: formula destinata a rendere pubblico quanto il documento contiene.
3. *Expositio*: nella quale viene esposto il motivo del negozio o del rapporto giuridico.
4. *Dispositio*: in cui viene indicato il provvedimento che vien preso o il rapporto giuridico che il documento crea.
5. *Sanctio*: formula destinata a dar maggior forza al documento.
6. *Corroboratio*: che è l'enunciazione delle forme date al documento per garantirne l'autenticità (di regola si riferisce al sigillo).

Il protocollo, a sua volta, contiene:

1. *Invocatio*: che può essere verbale o simbolica.
2. *Intitulatio*: che indica il nome e i titoli dell'autore del documento e subito dopo il nome e i titoli del destinatario con formule di saluto.
3. *Datatio*: che è doppia, cronologica e topografica, indispensabile alla perfezione del documento.
4. *Adprecatio*: che esprime un voto, un augurio e può mancare.
5. *Subscriptio*: indispensabile alla perfezione del documento.

Le formule 1., 2., 3. costituiscono il protocollo iniziale; le 4.e 5 l'escatocollo.

Osserviamo alcuni tipi di documenti pubblici:

1) Il documento imperiale

I documenti imperiali si possono distinguere in tre grandi categorie:

1. *leges capitulares, constitutiones*, cioè i documentilegislativi;

2. *placita, iudicia, notitia, iudicata*, manifestazioni della giustizia imperiale, e cioè documentigiudiziari;
3. documentidiplomatici in senso stretto, e di cui ci occuperemo: a) diplomi, b) mandati, c) lettere.
 - a. diplomi: sono documentidispositivi e di prova nello stesso tempo; creavano un rapporto giuridico duraturo e venivano fatti in forma solenne;
 - b. mandati: sono documenti unicamente dispositivi e la loro funzione si esaurisce con l'esecuzione dell'ordine. Sono fatti in forma più semplice;
 - c. lettere: sono documenti di carattere vario, amministrativo di solito, e con effetto sempre transitorio.

Il diploma: caratteristiche di questo documento sono: l'*invocatio* che vi è sempre in duplice forma (simbolica e verbale); l'*intitulatio* che è priva della formula di saluto e, a volte, dei titoli e del nome del destinatario, la sottoscrizione, che è sempre diversamente espressa a seconda delle età. Gli imperatori romani firmavano con il *sacrum encaustum* (porpora) con una formula di saluto, o con la dichiarazione di aver preso visione del contenuto del documento. Adottarono questo sistema i <sovrani>bizantini, ostrogoti, franchi e merovingi; solo in un'epoca più tarda troviamo la sottoscrizione portante il nome del sovrano.

I Carolingi introdussero il *signum manus regis* che si componeva della formula «*signum manus [...]*gloriosissimi regis» e di una croce tracciata da mano del re, mentre la formula veniva scritta dall'*amanuense*. Carlo Magno introdusse il monogramma. La *recognitio* è la formula tipica del documento imperiale, essa è la sottoscrizione del cancelliere ed è complemento della sottoscrizione imperiale. Altro elemento caratteristico del documento imperiale è il sigillo, che nel documento bizantino è aureo, se è sigillo imperiale, argenteo se è usato dalla famiglia imperiale, plumbeo, se è usato dai funzionari.

È dubbio se fossero usati nell'epoca longobarda (le leggi di Ratchi parlano di «*signum anuli regis*», ma di questi sigilli nessuno n'è pervenuto).

Furono usati invece dai re franchi, e su di essi erano rozzamente raffigurati i ritratti dei re; i Carolingi si valsero, in principio, di piccoli sigilli usando per l'impronta gemme legate ad un anello. Con la Casa di Sassonia i sigilli incominciarono a diventare pendenti, legati al documento con lacci di seta, e ad assumere proporzioni notevoli. I re di Francia, circa l'appensione dei sigilli, ebbero un metodo analogo a quello usato dalla cancelleria pontificia: i documenti più importanti, con effetto duraturo, avevano il sigillo appeso con un laccio di seta verde e rossa e il sigillo in cera verde (*litterae in cera viridi*); i documenti meno importanti avevano il sigillo in cera gialla (*in cauda duplici*) appeso con striscia di pergamena.

Ottennero il diritto di apporre il sigillo ai documenti emananti dalle loro amministrazioni parecchie città italiane; fra esse Venezia, che (per privilegio papale) usò il sigillo di piombo, di fatto però importato da Bisanzio; Lucca e Firenze, pure esse per concessione papale. Fra gli altri documenti pubblici ricordiamo, prima di venire a trattare del documento pontificio, le sentenze dei magistrati e gli atti notarili.

2) Il documento pontificio

La storia del documento pontificio si può distinguere in sei periodi: 1. dai primi tempi della Chiesa sino ad Adriano I (772); 2. da Adriano I a Leone IX, (1049); 3. da Leone IX a Innocenzo III (1198); 4. da Innocenzo III sino agli inizi del 1400; 5. dagli inizi del 1400 alla fine dello stesso secolo; 6. dalla fine del secolo XV ai giorni nostri.

1° Periodo

Il documento più antico è dell'819, della Chiesa di Ravenna. Il documento di questo periodo è redatto nella forma del documento romano, cioè della lettera; in esso l'*intitulatio* dà il nome del pontefice senza l'ordinale (l'uso di esso fu introdotto soltanto nel sec. XII) con la formula «servus servorum Dei» introdotta da Gregorio I. La *salutatio* ha formule varie. La *subscriptio* è fatta con una formula di saluto (ad es. *Bene Valet*).

In questo periodo il documento pontificio è chiamato indifferentemente: *littera*, *praeceptum*, *privilegium*, *epistula*, *scriptum*.

2° Periodo

Il documento pontificio assume in questo periodo le due forme del 1. privilegio (nella quale forma si stilavano i documenti più importanti, che valevano a creare rapporti giuridici duraturi) e della 2. lettera (documento che conteneva unicamente rapporti transitori). Fin verso il Mille viene usato ancora il papiro, mentre la pergamena veniva usata raramente; l'ultimo documento scritto su papiro è del 1056; il primo vergato su pergamena è del 967. La scrittura era la curiale pontificia.

Caratteristiche erano:

- a) l'*intitulatio* che nei privilegi era scritta a lettere più grandi
- b) la *subscriptio* con la formula *Bene Valet*.
- c) la *datatio* che era scissa.

In questo periodo veniva introdotta la *bull*a (sigillo di piombo di origine bizantine). Essa rappresenta su una faccia il nome del pontefice al genitivo e sul verso PP (*Papae*).

3° Periodo

Con Leone IX la sottoscrizione passa nella *rota* in fondo al documento a sinistra, mentre il *Bene Valet*, ridotto a monogramma, diviene formula di saluto. La *rota* è composta di due cerchi concentrici di cui il minore è diviso in quattro settori da una croce: nei quattro scomparti è scritto il nome del pontefice con la parola *Papa* (P.P.). Nella corona è scritto un motto che, ad es., per Leone IX fu: «Misericordias Domini plena est terra»; la legenda è preceduta da una croce tracciata dal Papa.

Da Pasquale II (1099-1118) si cominciò ad usare la sottoscrizione del papa tra la *rota* e il *Bene Valet*, nella formula: «Ego[...]catholicae Ecclesiae episcopus servus servorum Dei».

Rimane, in questo periodo, la distinzione tra privilegi e lettere, ma i primi si distinguono in:

- a) privilegi grandi o bolle maggiori;
- b) privilegi semplici o bolle minori. In questi manca tanto la *rota* quanto il *Bene Valet*.

Con Innocenzo III si viene ad aggiungere alla *datatio* un elemento molto importante: l'anno del pontificato, e pure viene modificata la bolla che presenta da una faccia le teste di S. Paolo e S. Pietro, e dall'altra il nome del pontefice.

I documenti si distinguono, a seconda del laccio che unisce ad essi il sigillo, in *litterae cum filo serico* (documenti che concedevano diritti, come i privilegi) e *inlitterae cum filo canapis* (documenti che avevano importanza transitoria).

4° Periodo

Questo periodo è caratterizzato dal decadimento dell'uso dei privilegi: al privilegio grande viene infatti sostituito il privilegio semplice e al privilegio semplice la lettera. Le *litterae cum filo serico* vengono chiamate *tituli, indulgentiae*; quelle *cum filo canapis* mandati o mandamenti.

5° Periodo

È caratterizzato dall'apparizione del breve a cui è connesso un sigillo aderente in cera rossa con l'impronta di S. Pietro in barca che tira la rete e che serve di chiusura. Elementi tipici di questo documento sono:

- a) l'*intitulatio*, ove il nome del Papa è seguito dall'ordinale;
- b) la *corroboratio*, con la formula: «datum sub anulo piscatoris»;
- c) l'indirizzo, scritto sul verso del documento;
- d) la *subscriptio*, ove manca, di solito, la sottoscrizione del pontefice.

In questo periodo appare pure la *<supplica sola> signatura*, documento scritto su carta, senza sigillo; essa non era altro che una concessione data a chi ne faceva domanda e redatta, di solito, dal richiedente; al fondo di essa il Pontefice aggiungeva di sua mano: «fiat» oppure «fiat ut petitur».

6° Periodo

Appare l'ultima forma di documento pontificio: il *motu proprio*, molto usato, anche in circostanze gravi ed eccezionali, nelle quali, nei periodi

scorsi, sarebbe stata usata la bolla. Ricordiamo che la promulgazione del nuovo Codice di diritto canonico ad opera di Benedetto XV fu fatta per *motu proprio*.

Documenti privati

Oltre a queste forme di documenti pubblici, abbiamo moltissima copia di documenti privati non meno importanti e non meno utili per lo studio della storia del nostro diritto.

Osserviamo ora quanto è di notevole nei documenti privati.

Oltre ai documenti pubblici, cui abbiamo accennato, abbiamo i documenti privati che sono giunti a noi in larghissima copia.

Essi, come i primi, sono preziosissimi per la conoscenza della pratica della vita giuridica medioevale e dello svolgimento del diritto. I documenti privati medioevali derivano dai documenti romani e specialmente i più antichi portano l'impronta dei documenti romani dell'ultimo periodo (Salvioli), ed anzi il formalismo giuridico, che portava ad un rigorissimo rispetto della tradizione, non poteva e non sapeva rinunciare alle vecchie formule, anche se il loro contenuto era completamente tramontato (analogamente i *tabelliones* romani che, anche quando era del tutto scomparsa la *mancipatio*, menzionavano nelle carte di donazione le caratteristiche formule di essa). Le raccolte delle formule per la compilazione degli atti sono quindi molto in uso, e specie in Francia in cui forse troviamo maggior copia di queste raccolte; fra esse ricordiamo i *dictatus* di Angers (*formulae andegavenses*) del VII secolo, le *formulae Marculfi* del VII–VIII secolo, nelle quali si espongono partitamente, in due libri, i modelli degli atti pubblici (*cartae regales*) e quelli degli atti privati (*cartae pagenses*). Altri formulari appartenenti all'VIII-IX secolo sono: le *formulae arvernenses, turonenses* o *Sirmondicae, senonenses, imperiales*, ecc. In Italia invece non si conservano raccolte di tale genere chè le *formulae* bizantine (es. *Liber diurnus*) e il cartulario longobardo non hanno il carattere dei formulari franchi (Solmi). La fortissima somiglianza però tra gli atti, anche se di diverse località, fa pensare alla possibile esistenza di formulari, andati poi perduti.

Abbiamo detto che i documenti privati medioevali (*chartae enotitiae*) derivarono dal documento romano ed il Solmi afferma anzi, che nel documento medioevale non si ha altro che lo sviluppo del documento romano. Questo, infatti, ebbe per un lungo periodo di tempo valore esclusivamente probatorio, derivando dalle notizie che il creditore teneva per uso proprio, mentre il contratto si perfezionava con la *stipulatio*; in seguito, sia per lo sviluppo della scrittura, sia per infiltrazione di usi ellenici, il documento si presentò non più unicamente come una *notitia*, bensì come una confessione dettata o scritta dal debitore e consegnata al creditore. Il documento, che così risultava, mutava natura non solo, ma anche valore, acquistandone maggior dose che non il primo, tanto che la menzione in esso fatta della *stipulatio* veniva già, ai tempi romani, a sostituire l'effettivo scambio delle parole stesse della *stipulatio*.

L'uso intanto invalse di fare redigere queste dichiarazioni da persone competenti (*tabelliones*) assistiti da scribi e *notarii* incaricati della compilazione materiale dell'atto. Inoltre presso ai presidi e i municipi esistevano uffici destinati alla redazione di atti pubblici e alle registrazioni di atti privati gestiti da scrivani (*notarii*); col decadere dell'importanza delle curie, e delle magistrature municipali si continuò tuttavia a ricorrere agli ufficiali dell'antica curia per le redazioni degli atti e specialmente ai notai piuttosto che all'*exceptor*, il gerente degli uffici di cui abbiamo fatto parola.

Il notaio venne così acquistando pubblica fede e si venne in tal modo formando l'istituto del notariato. Questo mutamento già avviato nel periodo romano è un fatto compiuto nel periodo barbarico, ed alle leggi assegnanti un privilegio processuale agli atti redatti dai *notarii* alla fine del sec. IX si sostituì il privilegio esclusivo degli atti notarili.

Nel periodo longobardo il notariato fu professione libera, ma nei periodi successivi assunse carattere pubblico, ed i *notarii* erano autorizzati dal re o dai suoi delegati e si dicevano *notarii sacri palatii*.

Nel Napolitano, ove durante il medioevo si mantenne l'insinuazione della curia per gli atti di trapasso di beni immobili, vi furono notai autorizzati (*curiales*) riuniti in una corporazione (*schola*) sotto la direzione

di un *magister notariorum*; i loro atti venivano chiamati col nome di *acta curialesca*.

Anche a Roma e a Ravenna i notai erano riuniti in una corporazione pur'essa detta *schola*. Verso il sec. X nell'Italia settentrionale il notariato divenne e si affermò come pubblica funzione conferita dall'imperatore e le mansioni dei *notarii* si estendevano non solo alla compilazione e redazione degli atti cui sino a questo punto abbiamo accennato; essi fungevano inoltre da cancellieri nella redazione delle sentenze.

Con molte probabilità il primo *formularium tabellionum* composto in Italia fu quello attribuito ad Irnerio che però non ci è pervenuto, non essendo a lui attribuibile il *Formularium* pubblicato dal Gaudenzi nella *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, opera piuttosto di un notaio dei secc. XI e XII, con formule tutt'al più di origine irneriana come ad esempio quella dell'enfiteusi semplificata.

Di carte private, così importanti per la storia del diritto, ne abbiamo disseminate in varie raccolte e in collezioni locali di cui è impossibile dare una elencazione (vedi per questo: SALVIOLI, *Storia del diritto italiano, Introduzione*, § 17). Di documenti privati ne abbiamo in originale e in copia; in copia, ad es. i documenti del Monastero di Farfa, ove sono riprodotti gran numero di documenti longobardi o i cui originali sono andati perduti.

Ovvio notare che per lo studio della storia del diritto bisogna unicamente servirsi di documenti autentici e fare quindi molta attenzione alle falsificazioni.

Accennate così, di fuggita, le notizie sostanziali sui documenti privati, esaminiamo brevemente e partitamente i due tipi di documenti privati e cioè la carta che è un documento dispositivo che crea un rapporto giuridico e il breve o *notitia*, trasformazione della *notitia testium*, che è una testimonianza scritta.

1. La carta nella sua fase iniziale è redatta in forma oggettiva, «scripsi ego [...] rogatus et petitus a [...] ipso praesente adstante mihi que dictante», e cioè in questa prima forma chi parla è il rogatario che

scrive in prima persona, riferendo il fatto come compiuto da estranei. In un prosieguo di tempo si passa invece ad una seconda forma, che rimarrà poi definitiva, e su cui influì la forma dell'*epistula* romana, in forma soggettiva, in cui l'autore dichiara di non aver scritto il documento, ma parla come colui che ha compiuto la parte più importante, cioè il negozio giuridico, «promitto ego/ trado tibi[...] quam cartulam scribendam dictavi».

La carta assunse tante forme quanti sono i negozi giuridici; tipiche fra esse la carta di vendita, di permuta, di donazione.

2. La *notitia*: i documenti, di cui ora abbiamo fatto parola, e che abbiamo raccolto sotto il nome generico di *charta* erispecchiano i caratteri del documento più solenne; dal punto di vista giuridico, il negozio è talmente connaturato col documento che l'uno non esiste senza l'altro (ricordare la formula: «trade per hanc pergamenam cartam...»); la carta cioè è redatta in forma soggettiva e, dal punto di vista diplomatico, è il documento dispositivo per eccellenza.

La *notitia*, al contrario, non è documento dispositivo, ma unicamente probatorio; non vi è, cioè, un rapporto molto intimo tra negozio giuridico e documento, quindi essa è redatta in terza persona: chi parla, riferisce, racconta il notaio.

La *notitia* deriva dall'antico documento romano (*nota testium*) e, dal punto di vista diplomatico, essa rappresenta il documento redatto per valersene in caso di contestazioni, basandosi non sul valore del documento stesso, ma sulle cose che contiene.

Nelle fonti questo tipo di documento è designato col nome di *notitia*, *notitia brevis*, *breve*, *breve memoratorium*, *breve recordationis*, *breve firmitatis*, *breve securitatis*.

La *notitia* coesiste con la carta durante tutta l'epoca barbarica, ma in rapporto non costante. Nei secoli VIII e IX le *notitiae* sono abbondanti, sebbene non così numerose come le *chartae*, poi diminuiscono di numero, per ricrescere verso il Mille, raggiungendo il massimo sviluppo nei secoli

XI e XII. In quest'epoca finiscono per soppiantare le carte e danno origine, con lievi trasformazioni, all'*instrumentum*, cioè all'atto notarile.

Il doppio fenomeno della scomparsa della carta e del subentrare della *notitia* è dovuto a due cause principali: a) anzitutto al rifiorire del diritto romano che abolisce di fatto il diritto barbarico; così con le sue formule più evolute non richiede più la *traditio* simbolica, mediante *lawadia* o la carta, e viene quindi meno la complessità delle formule consacrate nella carta; b) inoltre il formulario della carta era così rigido, che era impossibile qualsiasi modificazione del negozio giuridico; mentre la *notitia* redatta da un notaio si prestava di più a subire le alterazioni e i cambiamenti voluti dalle parti.

La carta ha vita sino al secolo XI.

La *notitia* si trasforma verso la fine del secolo XI e il principio del secolo XII nell'*instrumentum*; il tipo di documento è sempre lo stesso, unicamente il nome è nuovo ed è preso a prestito dalla terminologia romana, che designava così gli atti dei tabellioni. Esso sostituisce con maggior esattezza il vecchio termine *notitia*.

Lo sviluppo massimo dell'*instrumentum* avvenne ad opera del diritto canonico. Alessandro III, in una sua decretale, specifica che i documenti da ritenersi *scripta authentica*, cioè di valore incontestabile, sono quelli redatti «per manum publicam ita quod appareant publica» e sopra tutto gli atti notarili. Accanto a questi poneva, poi, i documenti che avevano un sigillo, perché la decretale si riferiva a tutta la cristianità, cioè anche fuori d'Italia, dove il documento sigillato teneva luogo del tabellionato italiano.

Questa decretale è una delle fonti giuridiche su cui si basano maggiormente coloro che sostennero la fede pubblica del notaio, i cui atti, cioè, non ammettevano contestazioni fino a prova contraria di falsità.

Caratteri tipici dell'*instrumentum* sono la sua redazione in forma oggettiva e le seguenti parti: 1. l'adada a cui spesso è premesso il *signum tabellionis*; 2. l'enumerazione dei testimoni; 3. il testo; 4) la sottoscrizione del notaio.

Le formule del documento privato in tutte le sue accezioni sono:

a) Testo

1. manca di solito l'arenga (che invece si trova sempre nel documento pontificio e imperiale); la troviamo invece nella carta della permuta;
2. la *notificatio* vi è, di solito, ma non con una formula fissa;
3. l'*expositio* e la *dispositio* variano secondo i casi;
4. importanza speciale ha la *sanctio*, con funzione diversa però che nel documento pubblico. Essa presenta tutte le formule che le parti credono necessarie manifestare per dare complemento al negozio giuridico; comprende quindi anche le *renunciationes*, non manca la pena, che non è però minaccia di alta autorità, ma *stipulatio poenae*, cioè pena convenzionale e di solito ha la forma della *stipulatio dupli*.

b) Protocollo. Offre maggiori particolarità:

1. l'*invocatio* è costantemente manifestata in maniere varie secondo i tempi e i luoghi;
2. l'*intitulatio* manca.
3. le sottoscrizioni e le segnature nell'escatocollo.

Le sottoscrizioni si differenziano dalle segnature in quanto le prime sono autografe e le seconde sono *signamanuum* apposte da chi non sa scrivere. Nelle carte si trovano sempre le sottoscrizioni o le segnature delle parti o dei testimoni; nella *notitia*, redatta a richiesta del destinatario, vi è soltanto la sottoscrizione del notaio; analogamente nell'*instrumentum*, che manca pure delle sottoscrizioni dei testi, e ciò in forza dell'accresciuta autorità del notaio.

Importante è la formula finale delle carte (*completio*): «Ego[...] notarius sacri palacii[...]post traditam complevi et dedi», nel territorio longobardo; mentre in quello romano e ravennate, ove il diritto romano si conservò più a lungo, il *dedi* era mutato in *absolvi*, intorno a cui a lungo si discusse.

Tradizione dal Documento

Le vicende subite dai documenti originali e dalle copie per pervenirci è ciò che costituisce la tradizione del documento. A questo effetto possiamo

considerare: l'originale, le copie (o transunto) e le falsificazioni. Migliore è la distinzione dei documenti in due sole categorie: degli originali e delle copie, dato che la falsificazione può colpire tanto l'originale quanto la copia.

Considerando il documento nei suoi caratteri intrinseci ed estrinseci diremo che originale è il documento fatto per espressavolontà dell'autore (in senso diplomatico) pervenutoci nella forma e nella materia prima su cui fu redatto. Nel latino classico e medioevale il vocabolo corrispondente ad originale è *authenticum*; contrapposto all'*authenticum* sta l'*exemplum*, la nostra copia. Le copie sono sempre posteriori al documento di cui sono la riproduzione e possono essere riproduzioni di originali che ancora esistono o di originali che sono andati perduti. La loro attendibilità è certamente minore di quella dell'originale, ma può essere di grado maggiore o minore a seconda dei tipi di copie.

Esse si possono presentare infatti sotto diverse forme:

1. autografa;
2. autentica;
3. autenticata;
4. semplice;
5. imitativa;
6. rinnovazione.

1. Copia autografa

È fatta dallo stesso rogatario che ha compilato il documento originale; spesso nella *rogatio* è detto: «io stesso copiai» dall'originale. E' la forma che ha evidentemente il maggior grado di attendibilità, ma, purtroppo, è relativamente rara.

2. Copia autentica

Sono copie fatte in epoca posteriore all'originale, e quindi da persona diversa dal primitivo rogatario, ma legittimata da segni che ne garantiscono l'autenticità, di solito per mano di un notaio. Questi dichiara di averle riprodotte direttamente dall'originale che ha dinnanzi con una formula che

varia, ad es.: «Hoc est translatum cuiusdam [...] carthae, cuius tenor talis est [proemio] ...praeter litteras plus minusve». Queste copie sono quindi attendibilissime, ma la loro autenticità è diplomatica, non storica: è quella che garantisce il notaio. In Italia, di solito, è un notaio che autentica, ma fuori d'Italia, dove non esiste notariato, vari enti, laici o religiosi, provvedono a questo. Queste copie si chiamano *vidimus*, perché cominciano appunto con: «Nos [conte, vescovo, municipalità, ecc.]vidimus» il documento originale, il cui tenore è il seguente.

3. Copia autenticata

Alcuni le fanno rientrare nella classe precedente. Esse sono ricavate da altre precedenti copie, non direttamente dall'originale e possono essere anche di terza o quarta mano. Quindi sempre diviene minore il grado di attendibilità. I notai medioevali, cui non faceva difetto la scrupolosità, riproducevano tutte le formule autentiche precedenti, talvolta persino una diecina.

4. Copia semplice

Sono quelle ricavate dall'originale o da copie precedenti, senza alcun segno di convalidazione. Sono da ritenersi, per lo più, sospette.

5. Copia imitativa

Sono quelle che i notai o i chierici copiano tentando di riprodurre anche le forme esteriori dell'originale, specialmente quando si tratta di documenti pubblici, quali il *Bene Valet*, la *Rota*, il *Monogramma*, e che poi autenticano con i loro segni.

6. Rinnovazioni

Hanno una certa affinità con le copie imitative, le quali però non danno la ragione delle particolarità esteriori. Invece nelle rinnovazioni il fine è di sostituire documenti che sono andati perduti o stavano per perdersi. Sono e non sono copie.

L'interessato, con apposita domanda, chiedeva di riprodurre il documento perduto. Questo, rifatto, rimaneva esposto per qualche giorno

nel mercato; se nessuno si presentava a far opposizione il nuovo documento veniva autenticato dall'autorità. Spesso questo nuovo documento rinnovato era basato sulla memoria e se anche la sostanza era uguale certamente era diversa la forma.

Le Falsificazioni

Colpiscono, come abbiamo accennato, tanto l'originale quanto la copia: la scienza diplomatica è sorta appunto con il fine e lo scopo precipuo di riuscire a sceverare il documento vero dal falso, dato che nel medioevo la falsificazione dei documenti fu opera svolta su vastissima scala.

Abbiamo due specie generali di falsità: a) storica, b) diplomatica che però non sempre coincidono. Evidentemente più importante è la falsificazione diplomatica.

Premesso che i documenti sovente erano falsificati in buona fede per accontentare la tradizione orale e basarla su un documento scritto, oppure si trattava di documenti perduti che venivano ricostruiti, seguendo il Mabillon, si possono distinguere tre classi di falsificazioni:

- a) *ex iactura*
- b) *ex caducitate*
- c) *ex dolo malo*

Le prime due sono fatte in buona fede, la terza corrisponde alla vera e tipica falsificazione di un documento mai esistito a riprova di un diritto mai posseduto. Di questa categoria abbiamo moltissimi esempi, alcuni anche denotanti una ingenuità sorprendente, come ad es. documenti di elargizioni fatte a chiese e a conventi. Conviene avvertire, però, che la distinzione del Mabillon, da un punto di vista diplomatico, non ha valore. Il Muratori distinse le falsificazioni in:

- a) fatte *ad iura tuenda*;
- b) *dolose*.

Registri e cartolari

Sino ad ora ci siamo occupati di documenti pervenutici staccati, ma conviene ricordare che molte copie di documenti ci giunse in una massa globale, appunto sotto la forma di registri e di cartolari, la cui distinzione non è però facile delimitare in pratica. Teoricamente si può dire che i registri emanano dalla volontà dell'autore del documento, mentre i cartolari emanano dalla volontà del destinatario; i primi si riferiscono agli affari in corso o appena compiuti, i secondi a fatti e ad affari del tutto compiuti. I registri sono lavori di cancelleria, cioè dell'ufficio da cui emanano; i cartolari sono un lavoro di archivio.

a) I registri: l'uso di essi risale ai tempi più antichi, tanto che i romani stessi possedevano dei *regesta*. L'autore del documento, cancelliere dell'impero o privato, prima di spedire i documenti li ricopiava in appositi libri per averli sempre sott'occhio secondo i bisogni del momento. Troviamo qui, dunque, tutti gli elementi della definizione data per i registri: 1.fatti per ordine e interesse dell'autorità; 2.documenti riferentisi ad affari in corso, perché i documenti non sono ancora compiuti non essendo stati spediti; 3.lavoro di cancelleria.

Di regola i registri contengono la copia dei documenti definitivi; spesso però hanno la minuta, cioè il registro è scritto prima che il documento sia compiuto. Abbiamo, in tal modo, registri di copie o copiarì, e registri di minute o minutari.

Esempi di registri sono, ad es., i registri pontifici (pubblicati con facsimili) regolarmente tenuti dall'epoca di Innocenzo III (1198) in poi e in cui sono trascritti tutti i documenti emanati; comprendono pure documenti anteriori, tra cui i registri di Giovanni VIII. Notevoli pure i registri angioini (nella Biblioteca di Napoli), i registri dei segretari ducali e comitali dei duchi di Savoia.

b) I cartolari sono libri in cui vengono trascritti determinati documenti, di cui colui che li fa trascrivere sente maggior necessità. Il cartolare è fatto redigere nel suo interesse dal destinatario e consta di documenti che riguardano affari e fatti del tutto compiuti. È tipicamente opera di archivio perché lo scopo è dato dalla conservazione.

Fra i documenti di questo tipo sono i documenti comunali, documenti, cioè, che i comuni facevano raccogliere e che riguardavano tanto i loro diritti civili quanto i diritti politici e patrimoniali (*Libri iurium*). Questi cartolari non erano però una peculiarità ed una prerogativa dei comuni, ma li possedevano anche enti ecclesiastici e privati che avevano interessi patrimoniali da tutelare. Così la Chiesa d'Asti aveva il Libro verde, Venezia i Libri commemoriali.

Mentre i registri erano di copie o di minute, i cartolari potevano essere di copie di documenti completi, copie a volte non fatte subito, ma a distanza di anni e a volte di secoli. Ad esempio, la copia della pace di Costanza nei *Libri iurium* è posteriore almeno di un secolo alla pace stessa.



LE FONTI LETTERARIE

Capitolo III

LE SCUOLE DI DIRITTO

La questione circa l'esistenza, lo sviluppo, e l'importanza delle scuole di diritto in Italia ha dato luogo, non sono molti anni, ad una vivacissima disputa e ad una scissione di pareri che possiamo raggruppare intorno a due personalità molto note nel campo degli studi storico-giuridici il Fitting e il Conrat.

I precedenti di questa *vexata quaestio*si devono ricercare nell'opera di un tedesco il Giesebrecht che nel 1845 nella sua opera: *De litterarum studiis apud Italos primis medii aevi saeculis* (Berolini 1845) affermava che l'Italia dell'alto medioevo era immersa nella più perfetta e più assoluta ignoranza, e si faceva inquisitore e accusatore di Gregorio Magno insegnando come

questo pontefice, avversario nimicissimo delle discipline liberali, avesse sempre con ogni energia ostacolato e impedito qualsiasi genere di studii, dando così incremento tutt'altro che trascurabile allo svilupparsi ed all'insediarsi delle barbarie in cui Roma era caduta unitamente a tutto il restante d'Italia; e concludeva la sua dimostrazione, basata invero su ben miseri e poco attendibili prove, affermando che la più remota, e la più minuscola cittadina di qualsivoglia parte d'Europa, era, di fronte all'oscurantismo che regnava nella città papale, brillantissima e diffonditrice di luce. Nonostante il tono evidentemente e palesemente esagerato della teoria del Giesebrecht, nel quale giocavano due sentimenti non trascurabili il germanismo ed il protestantesimo, trovò nella stessa Italia seguaci e prosecutori nella persona di Adolfo Bartoli che, aiutato dalla tendenza demolitrice del Giesebrecht, cercò di dimostrare l'illiberalità d'animo di Gregorio Magno attribuendogli la paternità, non si può affermare sino a qual punto legittimata, di una innata avversione verso le arti figurative ed in particolar modo verso la pittura.

Nonostante l'adesione entusiastica del Bartoli, le dottrine del Giesebrecht trovarono non solo critica, ma vivissima opposizione nel campo cattolico, che vide nelle teorie dell'autore del *De litterarum studiis...* un attentato non solo al patrimonio culturale della latinità, ma anche un atto di disprezzo verso la cristianità e il patrimonio religioso delle popolazioni mediterranee.

La realizzazione, meglio, la concretizzazione di questi sentimenti di avversione e di opposizione si ebbe in un'opera, veramente di grande valore pubblicata nel 1850 da A.F. Ozanam, intitolata: *Documents inédits pour servir à l'histoire littéraire de l'Italie depuis le siècle XI jusqu'au XIII avec des recherches sur le moyen âge italien*. In quest'opera l'Ozanam, combattendo direttamente e con ricchezza e validità di argomenti e di prove le tesi del Giesebrecht, sostenne che nell'alto medioevo ci furono e si svilupparono in Italia scuole di notevole importanza che se non altro servivano a tenere desto l'interesse per gli studi letterari se pure non riuscirono a produrre frutti di una qualche importanza, e che quindi la tesi

del Giesebrecht doveva ritenersi del tutto infondata, e considerata come una calunnia lanciata a disprezzo della latinità e della cristianità.

Ricordiamo però che tanto il Giesebrecht, quanto il Bartoli e l'Ozanam si erano limitati ad una discussione nel campo puramente e tipicamente letterario, senza nessun minimo riferimento al campo giuridico ed alle opere ed agli studi ad esso relativi. A quell'epoca, in questo campo, faceva ancora testo, quasi evangelico, la *Storia del diritto romano nel Medio Evo* del Savigny, che non si era proposto, data la sua coscienza irreprensibile di storico ed il suorispetto per la verità storica che gli avrebbe impedito di subordinare le sue ricerche ad un'opinione preconcetta, di sostenere nessuna tesi né di difendere nessun sistema.

La dimostrazione compiuta dal Savigny della continuità della tradizione giuridica romana attraverso tutto quanto il medio evo, invogliò gli studiosi, e in primo luogo il Fitting, che verso il 1875, concepì di estendere alle dottrine giuridiche ed al campo strettamente legale le conclusioni a cui l'Ozanam era giunto, come abbiamo visto, nel campo tipicamente letterario.

Il Fitting infatti, in una serie di studi, sostenne l'esistenza di una scienza del diritto romano in tutto quanto il medio evo. Ricordiamo fra le opere principali del Fitting: *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft am Anfange des Mittelalters* (discorso pronunciato nel 1874), 1875; *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, 1876; *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter*, 1885; *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, 1888.

Egli, nelle sue prime pubblicazioni, aveva infatti cercato di dimostrare, piuttosto con intuizioni geniali che con corredo sufficiente di prove, questi che possiamo definire i punti basilari della teorica fittinghiana, e cioè:

a) proclamando la superiorità della scienza romanistica medioevale in Italia, considerando, quasi, come un regresso il sorgere della scuola di Bologna;

b) sostenendo che l'alto medio evo conobbe non solo tutto il *Corpus iuris*, ma anche altre fonti a noi ignote come pure lo furono ai Bolognesi;

c) confermando l'esistenza di scuole di diritto, compresa quella di Roma la quale, secondo la disposizione giustiniana, avrebbe dovuto essere l'unica e sola possibile in Occidente.

A confutare energicamente questi presupposti della costruzione del Fitting sorse il Conrat, docente ad Amsterdam, che nella lunga introduzione monografica premessa alla pubblicazione del testo dell'*Epitome exactis regibus (Mit Anhängen und einer Einleitung. Studien zur Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, 1884), cercò di abbattere i tre punti della teorica fittinghiana, dimostrando la possibilità della divisione del medioevo in due grandi categorie: 1. il più antico medioevo, 2. il più recente medioevo e provando come nel primo non vi fu altro che un culto puramente e meramente grammaticale per il diritto romano, mentre nel più recente, che secondo il Conrat comincia alla metà del secolo XI, vi fu invece una vera e propria scienza del diritto.

In questa esposizione il Conrat si scosta da alcuni presupposti del Fitting e del Ficker e propone un nuovo schema, e detta nuovi canoni per la storia dell'evoluzione scientifica nell'alto medioevo.

Il Conrat comincia con il rifiutare l'opinione dell'esistenza di una scienza del diritto romano durante l'intero medioevo e la partizione che in questo proposito si era soliti fare. Egli divide l'età di mezzo in due epoche, nel più remoto e nel più recente medioevo, il quale ultimo periodo fa risalire fino alla metà del secolo XI, poiché sino a questa età trova tracce di un progressivo sviluppo della scienza del giure.

Esaminando invece i monumenti giuridici del primo medioevo conclude che la tesi sostenuta dal Fitting, con grande apparato di dottrina, circa l'esistenza, in quell'epoca, di una scienza del diritto romano, è destituita di ogni fondamento perché a ben vedere e sottoponendo i testi ad una scrupolosa e minuta indagine, risulterà chiaro come questi vestigi di elaborazione del diritto, che il Fitting scambiò per veri e propri lavori scientifici, abbiano una evidentissima impronta pratica ovvero si riconnettono allo studio grammaticale.

Passando poi, ad un esame minuto dei fatti il Conrat afferma che: anzitutto, sta contro la tesi difesa e propugnata dal Fitting, la mediocre antichità dei manoscritti nei quali sono contenute le opere, che il Fitting afferma appartenere al primo medioevo. Il Conrat spiega come in questi medesimi scritti vi si trovino definizioni tolte a Cicerone o ad altri antichi scrittori letterari; come l'essere corredati di glosse non ci obbliga a ritenerli più antichi di quello che effettivamente sono; come i passi, che secondo il Fitting accennano all'uso di fonti antegiustiniane, si debbono ricondurre al *Corpus iuris* dal quale sono derivati, oppure che non sono altro che felice ritrovati degli scrittori, oppure ancora principi che si trovano accolti anche nelle opere dovute, indubbiamente, ai glossatori: le fonti antegiustiniane, che appaiono usate in questi scritti, sono parimenti usate dai dottori bolognesi.

Analogamente, per la determinazione dell'epoca, non hanno valore alcuni rapporti storici o alcune espressioni di quegli antichi testi che sembrano accennare a fatti avvenuti contemporaneamente. Le caratteristiche sin qui attribuite con sicurezza agli scritti della scuola bolognese, non sono esclusive per essi, ma trovano corrispondenza anche negli scritti dei quali parliamo, come il *Brachylogus*, le *Exceptiones Petri*, il *Libellus de verbis legalibus* e simili.

In conclusione gli argomenti addotti dal Conrat, per dimostrare che tutta la letteratura giuridica della quale si è fatta, sino a qui, parola non appartiene al più remoto medio evo, né fa prova dell'esistenza di una scienza del diritto romano in quella età, sono:

- 1) la concordanza di simili opere con i principi esposti dalla scuola dei glossatori;
- 2) il ricordo, che presso di questi si trova, di alcune delle supposte opere pre-bolognesi;
- 3) la conoscenza che dimostrano del Digesto secondo la *littera Bononiensis*;
- 4) l'uso degli scritti di Papia e di Ivo di Chartres;
- 5) l'uso di espressioni di origine romana.

Invece, secondo il Conrat, le vere caratteristiche del livello scientifico del più remoto medio evo sono:

- 1) la mancanza di conoscenza del Digesto;
- 2) il non avere i grammatici usati i libri di diritto giustiniano;
- 3) la trattazione grammaticale delle fonti;
- 4) il carattere non scientifico che mostrano le opere di diritto romano indubbiamente appartenenti a questa prima epoca.

In seguito, passa all'esame della personalità dell'autore della *Epitome exactis regibus*, alla sua probabile patria, venendo a trattare problemi, di cui, se pur molto interessanti, per il momento non ci possiamo occupare.

Il Fitting non si diede per vinto, e in una polemica che assunse talvolta forme violente, rispose al Conrat con il suo: *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter*, in cui cercò di risolvere cinque quesiti, secondo lui basilari, circa gli studi del diritto nell'età prebolognese.

Il primo quesito, relativo alla conoscenza delle fonti del diritto romano nel medioevo, è risolto in favore delle tesi tendente a provare la conoscenza di testi, compreso anche il Digesto, anche per i più remoti secoli di quell'età. La seconda ricerca si riferisce, invece, all'insegnamento del diritto nelle scuole durante il periodo di tempo che intercedette fra il regno di Giustiniano e la scuola bolognese; e pure questo argomento il Fitting lo piega a suo favore, dimostrando, o meglio, credendo di dimostrare il permanere di questi studi di diritto sino al sorgere dello studio di Bologna. Il terzo punto che il Fitting passa a dimostrare è che durante quest'epoca si possa sempre parlare di una letteratura giuridica, dimostrazione a cui tende mediante osservazioni circa l'età ed i rapporti fra il così detto Libro di Tubinga, le *Exceptiones Petri* e la sua glossa, e circa l'influenza della pretesa scuola longobarda di Pavia sopra il Libro di Tubinga, fonte delle *Exceptiones Petri*. Per altro, però il Fitting, tende a dimostrare come verso il Mille e dopo, la cultura giuridica fosse assai elevata in Francia. Quanto al perdurare della tradizione dell'antichità (quarto punto) nelle così dette opere prebolognesi, l'argomentazione del Fitting, a detta dei suoi ammiratori seguaci, quali il Chiappelli è convincente; ci riserviamo in

seguito di annotare quanto sia convenientemente e sufficientemente provata la dottrina del professore di Halle.

L'ultima tesi, che durante anche i primi secoli dell'alto medio evo esistesse in Italia una vera e propria scienza del giure, e si può dire il punto più solenne e più tipico della tesi fittinghiana. Il Fitting stesso però afferma che non si deve credere che dovunque in quest'epoca vi sia stata una elevata elaborazione scientifica: nell'età di mezzo dice il Fitting, si deve distinguere paese da paese, scuola da scuola, secolo da secolo, poiché non è infrequente il caso di trovare due opere contemporanee, l'una avente carattere scientifico, l'altra carattere grammaticale, e queste due tendenze (giuridica e grammaticale) possono ritrovarsi unite in un medesimo testo.

Comunque il più importante risultato a cui giunge il Fitting è, in definitiva: che il risorgimento della scienza del diritto romano in Italia deve essere riportato non già verso la metà del secolo XI come pensò e sostenne il Conrat ma al principio di quel secolo, venendo ad annullare la distinzione conratiana di un remoto medioevo privo di scienza giuridica, e di un più recente medioevo in cui questa scienza giuridica cominciava a profilarsi.

Nel 1888, anno del preteso ottavo centenario della Università di Bologna, il Fitting, con uno scritto dedicato alla stessa Università: *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, riprese gli argomenti già adottati in difesa della sua prediletta tesi (che esista cioè una vera scienza del diritto nel periodo prebolognese) cercando di meglio determinare e meglio corroborare le conclusioni a cui precedentemente era giunto. Il libro in parola si distingue in tre sezioni:

- 1) la prima tratta dello studio del diritto romano prima della comparsa della scuola bolognese;
- 2) la seconda esamina il fenomeno storico di questa comparsa;
- 3) la terza indaga le ragioni del grande successo della scuola giuridica bolognese.

Indubbiamente il problema era posto, di fronte alla storia, nella sua più pura espressione: non bastava, infatti, rannodare Bologna e la sua scuola alle età e alle ipotetiche (per noi) scuole precedenti: era necessario, per il

Fitting, posta questa possibilità di antagonismo ricercare perché, in particolar modo quella trionfò sulle precedenti sino ad eclissarne il nome.

Analizziamo, brevemente, i tre punti fondamentali su cui viene fondata tutta l'economia dello studio del Fitting.

In merito al primo punto egli, dopo di aver espone le antiche opinioni circa il rinnovamento della scienza del diritto in Bologna e le sue cause e dopo di aver mostrata la loro inaccettabilità per le nuove vedute storiche, sente il bisogno di riassumere tutto lo svolgimento storico della scienza del diritto romano nella età precedente al sorgere dello studio di Bologna, e precisamente in quel periodo, comunemente detto, prebolognese.

Il Fitting, ponendosi di fronte a questo problema, si pose la domanda: fu studiato veramente, scientificamente il diritto in tutti i secoli dell'alto medio evo?

Il Fitting, servendosi delle notizie raccolte e riordinate dal Savigny e da altri storici, con un esame ed una indagine personale alla ricerca di notizia e di fatti che fossero sfuggiti ai primi studiosi, crede di poter giungere all'affermazione che dell'esame del materiale radunato non può sortire con straordinaria evidenza che la tradizione scientifica negli studi di diritto nell'alto medio evo, non subì interruzione, non solo ma credette di poter stabilire con un fortissimo grado di approssimazione che gli studi scientifici del diritto andarono uniti, nelle prime età, con la scienza del trivium, ed in modo speciale con la retorica della quale, secondo il Fitting, lo studio del diritto era parte integrante.

Il Fitting, inoltre, per determinare ancora meglio la sua dimostrazione esamina quale valore ebbero per la scienza del diritto le scuole di Roma, Ravenna, Pavia, Lione ed Orléans.

Il secondo quesito, propostosi dal Fitting, verte, come abbiamo accennato, sul punto se in tutti i tempi del medio evo si ha una letteratura giuridica. Egli cerca, e personalmente crede, di aver dimostrata la persistenza di essa in tutti i secoli, lasciando da parte le opere di età incerta, e ponendo in rilievo che l'età prebolognese possiede veri trattati e glosse; constatazione questa che porterebbe a fare cadere l'affermazione di Odofredo, secondo il quale Irnerio sarebbe stato il primo che avrebbe

apposto chiose ai testi giuridici. E di fronte ad una possibile domanda se in tutte le età del medio evo il diritto ha avuto una trattazione veramente scientifica egli si pone per l'affermativa combattendol'opinione conratiana dell'oscurantismo del primo periodo (il remoto medioevo), concludendo che già nel secolo XI la scienza del diritto era in pieno sviluppo.

La seconda parte del libro si riferisce particolarmente allo studio ed all'esame della questione in merito al dibattuto argomento del sorgere della scuola di Bologna, e per compiere tale indagine il Fitting prende le mosse dai documenti raccolti dal Ricci nella sua pubblicazione: *I primordi dello Studio bolognese*.

Il Fitting inizia col rigettare la leggenda teodosiana sull'origine della scuola di Bologna e si sofferma invece con maggior attenzione e più profondo interesse ad esaminare se il racconto fatto da Odofredo, in merito a tale questione, sia veramente e sufficientemente suffragato e giustificato dai fatti.

Il Fitting trova conferma nelle testimonianze che tendono a dimostrare come sino dagli inizi del secolo decimo primo la città di Bologna fosse nota per l'esistenza in essa di una fiorente studio di arti: e la veridicità di questo racconto trova conferma in quanto viene ricordato l'insegnamento di Pepo, di cui abbiamo molte pagine addietro fatto menzione, insegnamento però, secondo il Fitting, svisato e non conforme alla sua realtà effettiva, in quanto viene a Pepo assegnato un assai meschino valore in merito alla sua qualità di insegnante. Il Fitting crede invece di poter rivalutare scientificamente la figura di questo oscuro giurista sulle basi di un documento fiorentino in cui vengono fatti i nomi di Pepo e di Nordillo dal quale risulterebbe il valore non comune del primo, che il Fitting non esita neppure di porre come un vero ed autentico precursore di Irnerio, affermando che se di lui, per avventura, non ci sono giunte opere, né notizie di esse, tuttavia nel suo insegnamento dovevano indubbiamente trovarsi i germi fecondi che sviluppandosi e progredendo fecero grande la scuola di Bologna.

Quanto ad Irnerio lo storico tedesco riassume ciò che sappiamo, rigettando i documenti che ritenne a lui non doversi riferire (Ricci, doc. XI-XII), ed illustrando ampiamente le leggende che, attorno al grande giurista,

si sono venute mano mano e progressivamente formando. Il Fitting, in questa sua opera, ne illustra l'importanza, espone le vicende della sua vita, e tende a dimostrare l'attendibilità delle notizie date da Odofredo. Secondo lo storico che esaminiamo non è infatti inverosimile che l'insegnamento d'Irnerio a Bologna cominciasse verso l'anno 1088 e quindi non era ingiustificato che lo studio bolognese celebrasse in quell'anno (1888) il presumibile ottavo centenario della sua fondazione, se si volle riguardare come origine e principio della vita di esso il volgersi di Irnerio all'insegnamento del diritto.

Riguardo al racconto di Burcardo Uspergense che cioè Irnerio sia stato eccitato all'insegnamento del diritto romano dalla contessa Matilde, il Fitting, che aveva già ritenuta attendibile la notizia e che ne aveva fatta antecedentemente <oggetto>di studio, la ripresenta nuovamente corredata di nuove prove e nuove documentazioni, convalidando il fatto con l'osservazione che Odofredo dice di Pepo, che incominciò ad insegnare il diritto romano «auctoritate sua», mentre ciò non è detto di Irnerio, il che appunto può fare presumere il contrario e portare in tal modo ad un accordo tra ciò che è espresso da Odofredo con ciò che è espresso da Burcardo Uspergense.

Questa sezione si chiude con talune ricerche relative alla forma che nell'Italia superiore acquistò Bologna, come sede di studi giuridici già verso la fine della vita d'Irnerio: infatti, secondo il Fitting, la scuola di diritto di Bologna avrebbe incominciato a preponderare sull'altra scuola della città stessa, sino a far credere poi che dapprima in Bologna non vi fosse stata che una scuola di diritto e che solo posteriormente si fossero aggiunti altri insegnamenti.

Che cosa fosse questa scuola precedente bolognese, il Fitting, però non ha bene chiarito.

Le cause, invece, che fecero trionfare la scuola bolognese di diritto romano su tutte le altre già in fama furono secondo lo storico tedesco:

- a) la posizione geografica della città di Bologna;
- b) il metodo iniziato dai maestri bolognesi;
- c) il favore accordato dall'imperatore agli studi di diritto romano.

Esaminiamo brevemente la seconda e la terza di queste ragioni:

Una causa intrinseca è indubbiamente la più potente della prevalenza dello studio bolognese fu il metodo dei suoi maestri. E quale fu questo metodo? Secondo il Fitting in Italia, nei primi secoli del medio evo, si riscontra una mescolanza dei vari diritti in vigore, l'uno accanto all'altro senza distinzione di territorio: si ascrivono allo *ius* romano principi del diritto longobardo e viceversa.

I confini dell'uno e dell'altro si confondono e sovente per seguire l'equità si verifica un'allontanamento dalle regole sia dell'una forma di diritto che dell'altra: il Fitting parla, a proposito di ciò, con un'espressione veramente molto ardita: tendenza al diritto naturale. Secondo il Fitting a Ravenna, non solo ma a Roma presso la corte papale si sarebbe verificata veramente questa tendenza: il *Brachylogus* sarebbe, appunto, un esempio di questo libero trattamento del diritto romano.

Sempre secondo il Fitting lo studio bolognese viene a rompere questo indirizzo di costruzione scientifica ed a porsi in antitesi diretta con esso. Irnerio si riaccosta direttamente e strettamente alle fonti: il suo indirizzo scientifico ha strettissima caratteristica teoretica si basa e si fonda sulle parole del testo, tanto che nelle possibili deviazioni, anche minime da esso, pure usuali nei giuristi precedenti e contemporanei, egli non vede altro che errori e possibilità di essi, conseguenza ineliminabile di un insufficiente studio della legislazione giustiniana. I successori di Irnerio, Bulgaro, Jacopo, Ugo e Martino, ad eccezione di quest'ultimo che avrebbe tentato di far tornare a prevalere l'*aequitas*, aderirono alla metodologia irneriana, facendosene propugnatori in un che diffusori.

La scienza del diritto romano doveva ricevere da questo rigorosissimo indirizzo metodologico un inatteso e nuovo approfondimento, unitamente ad un ampliamento nello studio e nella analisi dei problemi: e tale e tanta fu la rinomanza che Bologna acquistò con questa rinnovato suo indirizzo di studi che unicamente a Bologna si guardava per attingere ad una fondamentale conoscenza del diritto romano.

Il favore imperiale fu però un aiuto non spregevole allo svilupparsi ed all'affermarsi della fama dello studio bolognese il quale sia per virtù

propria, sia per le agevolazioni della suprema autorità laica doveva così luminosamente affermarsi per il corso dei secoli.

Le dottrine del Fitting, così favorevoli all'Italia, furono accolte entusiasticamente fra noi, e quasi tutti i nostri storici del diritto seguirono e ricalcarono le orme fittinghiane, fra essi lo Schupfer, il Calisse, il Brugi, il Chiappelli, ecc.

Ma se esse ebbero fra noi così lieta accoglienza, già nel 1890 venivano combattute in Francia dal Flach, che nei suoi *Études critiques sur l'histoire du droit romain du moyen âge avec textes inédits* poneva a confronto fra loro le tesi del Fitting e del Conrat, accostandosi a quest'ultimo: ciò non toglie però che l'opera del Flach essenzialmente critica, risulti più che altro come opera di demolizione, e che non venga a sostituirsi al criterio distruttore, l'opera di un artefice ricostruttore.

Nel 1891 compariva intanto la grande opera di Max Conrat: *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im früheren Mittelalter*, opera veramente fondamentale per la storia delle fonti e della letteratura del diritto romano nell'alto medio evo, purtroppo inutile al primo volume. Il secondo volume infatti, che avrebbe dovuto trattare delle scuole di diritto e della cultura giuridica scientifica, rimase un nobile desiderio nella mente dell'autore, che la morte stroncava impedendogli di realizzare quanto aveva promesso.

Posta ora nei suoi termini la questione ed esaminatone storicamente il dibattito in pro dell'una o dell'altra dottrina, concentriamo, brevemente, la nostra attenzione su tre punti fondamentali di essa, analizzando ciò che dell'una o dall'altra dottrina corrisponda veramente ad una più stretta realtà; esaminiamo cioè questi, che fra i problemi che si presentano nel corso di questa ricerca, si presentano indubbiamente come i più importanti:

- 1) l'uso delle fonti giustinianee in Italia nell'alto medio evo;
- 2) l'esistenza delle scuole di diritto nell'alto medio evo;
- 3) l'esistenza di una cultura scientifica del diritto nell'alto medio evo (dato che nessuno dubitò mai dell'esistenza di una certa cultura pratica nel campo giuridico).

1. L'uso delle fonti giustinianee in Italia nell'alto medio evo

La dottrina del Fitting tendente, come abbiamo visto poche pagine addietro, a provare ed a suffragare con largo sfoggio di erudizione la conoscenza e l'uso delle fonti di diritto giustiniano in Italia nell'alto medioevo, ricevette una energica, e si può dire decisiva, smentita dal Mommsen che nel suo articolo: *Ueber Fittings Ausgabe juristischer Schriften des früheren Mittelalters* (nella *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, t. XIII, 1878, pag. 196 e seg.) attaccò la verosimiglianza che, nelle opere del Fitting, deteneva troppo spesso il posto della prova, seguito, in questo indirizzo anti-fittinghiano, dalle giudiziose riserve del Landsberg nella sua rassegna sugli scritti in occasione del preteso ottavo centenario dell'Università di Bologna: *Bologneser Festschriften über Bologna*, ripigliando in esame l'operetta del Fitting: *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, di cui abbiamo fatto menzione.

Ora riepilogando quanto abbiamo detto nella prima parte di questo corso possiamo, in merito a questa questione, affermare che ciò che il Fitting credette tolto da fonti ante-giustinianee scomparse, e ignote quindi a noi quanto ai dottori bolognesi, risultò derivato da fonti notissime; mentre in merito alle fonti di diritto giustiniano si è potuto provare con sufficienza di argomenti e di materiali che, prima del sorgere dello studio bolognese, erano note del *Corpus iuris* le Istituzioni per le ragioni che abbiamo a suo luogo notate, e le Novelle sotto la forma dell'*Epitome Iuliani*, mentre il Codice veniva usato non nel testo originale, ma in un breve compendio, l'*Epitome Codicis*, che riduceva circa ad un sesto i primi nove libri di esso, mentre gli ultimi tre libri andarono completamente dimenticati e quando ricomparvero furono pubblicati a parte con il nome di *Tres libri*. Il Digesto veniva, analogamente, dimenticato dall'epoca di Gregorio Magno (morto nel 602) sino alla metà del sec. XI e per più di quattro secoli non se ne ebbe quindi più traccia, e quando ricomparve, ricomparve brano a brano donde i nomi di: *Digestum vetus*, *Digestum novum*, *Digestum infortiatum*.

Richiamate così le nozioni che abbiamo addietro accennato, non rimane che concludere che si può affermare, senza tema di andare contro l'effettiva realtà storica, che nell'alto medio evo il *Corpus iuris* fosse in gran parte scomparso, e che le poche parti di esso che potevano essere sfuggite alla totale dimenticanza, si presentavano, di solito, in uno stato pietoso di mutilazione e di rimaneggiamento.

Esempio tipico di questi lavori di rimaneggiamento è, come abbiamo già altrove notato, la *Summa Perusina* che aveva vigore nel territorio romano e che sostituiva nell'uso pratico il Codice giustiniano. Che essa sia stata usata ce lo provano diversi documenti tra i quali quello già citato di un placito di Ottone III e del pontefice. Il solo fatto di aver usato, in un giudizio così importante, un compendio tanto barbaro e corrotto, basterebbe già di per sé a dimostrare quale assoluta e spaventosa ignoranza dominasse a quell'epoca in Italia.

La *Summa Perusina*, come si è già detto, è una compilazione che si presenta abbastanza chiaramente nella sua linea di sviluppo.

Essa risulta da compendi fatti a ciascuna costituzione e scritti a margine del Codice: e questi compendi, che corrispondono, nella loro forma esteriore, agli indici greci, anch'essi a margine dei testi per facilitarne le ricerche, furono raccolti da qualche compilatore in un solo volume prescindendo dal testo cui si riferivano credendo di poter sostituire cogli indici il testo originale.

Fenomenale, in ogni caso, è l'ignoranza dell'autore della *Summa Perusina*, ignoranza che non solo si limita (il che sarebbe già grave per un causidico o pseudo tale) al campo puramente giuridico, ma che si estende alla comprensione della lingua latina.

Citiamo, fra tanti, questo che si può presentar come il tipico fra tutti: un passo del Codice, infatti, riferentesi alla donna che, rimasta vedova, abbia tardato per noncuranza, o per leggerezza femminile («lubrico aetatis lapsa») a nominare un tutore ai propri figli, è interpretato dall'autore della *Summa Perusina* in un modo assai strano, venendo a parlare della donna, che rimasta vedova, sia in seguito divenuta prostituta.

Da quanto abbiamo potuto vedere l'opinione del Fitting in merito al primo punto, risulta a nostro avviso del tutto infondata.

2. Esistenza delle scuole di diritto

La questione dell'esistenza delle scuole di diritto appare alquanto compromessa da ciò che siamo venuti affermando, in merito alla conoscenza delle fonti del diritto romano nell'alto medio evo. Come si spiegherebbe infatti una simile ignoranza se fossero veramente e realmente esistite delle scuole dove il diritto venisse insegnato con rigorosi metodi scientifici? Premesso ciò, converrà rivolgere la nostra attenzione ad un problema la cui risoluzione molto agitò le menti degli storici, al problema cioè dell'esistenza o meno nel secolo XI della scuola di diritto di Roma, che il Fitting cercò di provare, facendone quasi la genitrice, attraverso quella di Ravenna, della scuola di Bologna. Cercheremo di esaminare e di valutare, nel corso di queste pagine, la dottrina del Fitting e di vedere quanto vi sia di attendibile nelle ipotesi da lui formulate.

Il Fitting aveva sostenuto infatti che la scuola romana di diritto fosse durata dall'epoca giustiniana fino al 1082, o che almeno in quell'anno esistesse in Roma una scuola di diritto molto fiorente. L'importanza di esaminare la verità e la realtà di questa affermazione appare a prima vista: soffermiamoci quindi brevemente su di essa.

È fatto indiscusso, afferma il Patetta nel suo opuscolo *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma* (estratto dal *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*, 1895) che nel primo medio evo un insegnamento elementare del diritto facesse parte, non certamente preponderante, dell'insegnamento generale delle così dette arti liberali e principalmente della grammatica e della retorica e ciò affermano molto chiaramente passi d'autore raccolti da eruditi del secolo scorso. Ma le espressioni paradossali, (ricordiamo il passo di una lettera di Aldelmo abate di Malmesbury, scritta tra il 675 e il 705, in cui l'autore confessava di trovare nello scandere i versi maggiori difficoltà che in tutte le leggi romane e i decreti dei giureconsulti) di alcuni scrittori non bastano, osserva giustamente il Patetta, «a farci credere giuristi i giovinetti che sui sedici

anni uscivano dalla scuola di retorica». «Esistevano dunque, si chiede il Patetta, vere scuole di diritto, scuole in cui s'impartisse un insegnamento superiore, non quello assolutamente insufficiente che si riceveva ordinariamente nelle scuole di arti liberali, oppure dobbiamo ritenere, che i giovani si abilitassero alla vita forense non nelle scuole, ma praticamente sotto la direzione di un causidico, o notaio, o giudice provetto, finché fossero divenuti degni di diventare colleghi? E limitandoci al nostro argomento, per non allargare troppo il campo della discussione, esisteva una scuola di diritto di Roma?». (op. cit., pag. 53-54).

Secondo il Patetta all'epoca dei Goti, o certamente durante il Regno di Teodorico e di Atalarico, doveva ancora avere vita nella città di Roma una scuola di diritto, i professori e maestri della quale venivano probabilmente eletti dal Senato, ed è pure probabile, anzi molto probabile, che tale scuola di diritto si reggesse ancora a quell'epoca con un complesso di norme antiche, che noi conosciamo molto imperfettamente solo attraverso al titolo IX del libro XIV del Codice Teodosiano, la cui rubrica è *De studiis liberalibus urbis Romae et Constantinopolitanae*, e dalla costituzione *Omnem* emanata da Giustiniano nel dicembre del 533, con la quale ordinava che la riforma negli studi di diritto da lui introdotta venisse applicata anche alla scuola di Roma.

Inoltre nel suo Codice al titolo XIX del libro XI, ove è conservata la stessa rubrica del Codice Teodosiano XIV, 9, Giustiniano faceva riprodurre una costituzione dell'anno 425, che originariamente era destinata allo Studio costantinopolitano, e mediante la quale veniva fissato il numero dei maestri di diritto a due. Ora, osserva il Patetta, se si pensa ai rapporti particolarissimi e specialissimi intercorrenti tra il re dei Goti e l'imperatore d'Oriente, dovrebbe nascere la logica conseguenza che Giustiniano potesse pretendere che le sue costituzioni venissero promulgate anche in Italia, ma appunto questa logica conseguenza non è punto provata, né allora si può dedurre che sin dal 534 la legislazione giustiniana venisse pubblicamente spiegata in Roma (non è infatti prova sufficiente il fatto che nelle lettere di Papa Pelagio I (555-560) siano ampiamente usate le fonti giustiniane) e proprio da due professori di diritto.

La guerra gotica, iniziata nell'anno 535, ebbe la durata di venti anni e Roma venne espugnata cinque volte; durante questo periodo le scuole pubbliche tacquero lungamente. Ne abbiamo una prova negli ordini emanati da Giustiniano nella *Pragmatica Sanctio* dell'anno 554. Nel capitolo 22 troviamo infatti:

«Annonam etiam, quam et Theodoricus dare solitus erat et nos etiam Romanis indulsumus, in posterum etiam dari praecipimus; sicut etiam annonas, quae grammaticis ac oratoribus vel etiam medicis vel iurisperitis antea dari solitum erat, et in posterum suam professionem scilicet exercentibus erogari praecipimus, quatenus iuvenes liberalibus studiis eruditi per nostram rempublicam floreat».

Che vi fosse stata un'interruzione nell'esercizio di questa professione e nel pagamento degli stipendi abbiamo dunque una chiara dimostrazione (notare l'*ante dari*, e il *suam professionem exercentibus*). Dopo il riordinamento delle scuole da parte di Giustiniano, in Roma rifiorì lo studio del diritto ed è probabile che quivi si sia dedicato a questi studi Gregorio Magno. Dopo questo periodo non si ha più notizia della scuola romana fino ai noti passi della Glossa e di Odofredo.

Alcuni storici moderni ammisero, invece, che questa scuola sia durata fino nella seconda metà del secolo undecimo. Viene così ad essere affermato un fatto importantissimo, che cioè per tradizione scolastica non interrotta la scienza del diritto sia passata dagli antichi giureconsulti romani ai primi bolognesi.

Il Savigny, infatti, basandosi su un documento (un preteso sinodo romano del 964) che ci risulta certamente apocrifo non si era dimostrato contrario ad ammettere che effettivamente esistesse, durante parte del medio evo una scuola di diritto in Roma. Il Fitting credette di poter dimostrare l'esistenza di questa scuola sino alla seconda metà del secolo undecimo (a quest'opinione fecero ampie riserve il Ficker, il Padelletti e il Del Vecchio) basandosi su due argomenti, secondo il Fitting, sufficientemente probanti:

a) l'origine romana del *Brachylogus* (che più tardi doveva smentire);

b) l'origine romana della Glossa Torinese alle Istituzioni di Giustiniano (che invece in nessun modo si può attribuire a questo periodo data la sua indubbia derivazione dall'epoca giustiniana per il nucleo antico delle glosse o forse anche greca, come avevano lievemente accennato fra gli altri il Tamassia e il Conrat).

Il Fitting inoltre aveva attribuito a questa inesistente scuola romana queste opere a questi maestri:

- 1) La formula di testamento contenuta nel c. 256 della *Collectio Pragensis*.
- 2) Formule processuali.
- 3) Il *Brachylogus* cui abbiamo fatto cenno.
- 4) La Glossa Torinese.
- 5) Il Geminianus (probabile giurista del XI secolo) con le sue *Regulae*.
- 6) Irnerio e con le sue *Quaestiones*.

La scomparsa della scuola di Roma dopo il 1082 il Fitting la ricava dal seguente passo di Odofredo: «Maiores nostri ita referunt. Debetis scire, studium fuit primo Rome. Postea propter bella, quae fuerunt in Marchia, destructum est studium. Tunc in Italia secundum locum obtinebat Pentapolis, quae dicta [adde: est] Ravenna, postea, unde [l. ubi] Karolus fixit pedes suos, et ibi est testamentum eius; unde ibi cepit esse studium. Et dicta est Pontapollisa penta, quod est quinque et [po]llis, quod est civitas, quia dicta fuit de V. civitatibus; et postea dicta est Ravenna [lacuna, o interpolazione?] vel a rate dicitur, quod a nave fuit fundata. Post mortem Karoli civitas ipsa collapsa est: postmodum fuit translatum studium ad civitatem istam, cum libri fuerunt portati. Fuerunt portati hii libri: Codex, ff. vetus et novum et Insti.; postea fuit inventum Infortiatum sine tribus partibus; postea fuerunt portati tres libri; ultimo liber authenticorum inventum est, et ista [adde: est] ratio, quare omnes libri antiqui habent separatum». Esaminiamo le ipotesi del Fitting.

In merito alle guerre «quae fuerunt in Marchia», non si possono accettare le due ipotesi del Fitting, l'una ravvisantele nelle guerre civili di Roma degli anni 1062–1063, l'altra nei saccheggi dal 1082 al 1084 che avrebbero dovuto provocare la rovina della scuola romana.

Noi riteniamo non potersi tener conto della narrazione di Odofredo che ci appare, con molte probabilità, frutto della sua fervida fantasia.

I Glossatori infatti, ben sapendo che la costituzione *Omnem* di Giustiniano, di cui abbiamo fatto parola, proibiva categoricamente l'insegnamento del diritto fuori delle tre città espressamente fissate (Roma, Berito, Costantinopoli), si trovarono nella necessità di giustificare, legittimandolo, il loro insegnamento. Venendo a combinarsi le notizie delle fonti con la tradizione orale, designante Ravenna come sede di una scuola di diritto anteriore a Bologna, era naturale, secondo il Patetta, che si giungesse ad una narrazione come quella della Glossa accursiana: «Cum Romae esset studium destructum et Bononiae inoleret, eius recuperatione facta Ravennae».

Questo passo dalla Glossa è la principale fonte di Odofredo che lo ripete quasi letteralmente, inserendovi, a sfoggio della sua scienza, un grossolano errore: la confusione di Ravenna con la Pentapoli.

«Unde cum libri fuerunt inventi, apud nos primo non fuerunt, sed apud Romanos, postea apud Pentapolim, que postmodum dicta est Ravenna, et dicebatur Pentapolis a πέντε quod est quinque, quia facta fuit de quinque civitatibus et ab illa civitate ad istam civitatem fuerunt portata ista volumina, praeter quam tres partes [...]. Unde invenientis tres partes per se sine Infortiato, ultimo fuit deportatus liber Novellarum [...]».

Ma ciò non bastava; sebbene la Glossa dicesse: «cum Romae esset studium destructum», non spiegava né le ragioni che avevano portato alla distruzione, né quelle del successivo passaggio a Ravenna; le guerre, desolanti il territorio romano giustificarono per Odofredo il primo quesito; il passaggio poi da Roma a Ravenna significava che questa era una città molto importante tanto da farla confondere con la Pentapoli.

In merito poi alle guerre che erano state nella Marca, Odofredo probabilmente intendeva con «Marca» la Marca Anconitana, ove era stato giudice; ed in secondo luogo, pur ritenendo esatta l'interpretazione del Fitting, la notizia, per ciò che riguarda la scuola romana, non ha alcun valore storico, nulla essendovi che ci possa provare la sua scomparsa verso la metà del secolo XI.

Noi riteniamo invece che la scomparsa della scuola di Roma si debba riportare ad epoca molto più antica e con molta verosimiglianza ad effetto dell'invasione longobarda.

Infatti dopo l'ultima notizia sicura che abbiamo della scuola romana, poco prima dell'invasione longobarda, succede una lunga parentesi caratterizzata dall'invasione stessa e dalla minaccia continua dei Longobardi a Roma. Il Registro di Gregorio Magno ci persuade della quasi impossibilità per Roma di mantenere pubblici professori, mancando il denaro persino per la difesa della città e il riscatto dei prigionieri, abbandonata com'era da Ravenna che a stento poteva difendere se stessa. Inoltre lo stesso Gregorio Magno dichiarava che era cessata l'affluenza dei giovani studenti, richiedendo lo studio del diritto cinque anni di scuola, e Roma sembrava che da un momento all'altro dovesse cadere in mano ai barbari.

Il secolo VII è caratterizzato da un peggioramento per ciò che riguarda la cultura in ogni sua specialità. Testimoni ne sono le due lettere che papa Agatone e i 125 vescovi del sinodo romano inviarono nel 680 agli imperatori Costantino, Eraclio e Tiberio, ove, tra il resto, veniva dichiarato che era impossibile trovare fra di essi uno solo profondo nell'eloquenza secolare, infuriando ovunque i barbari ed essendo obbligati gli ecclesiastici, scomparse le sostanze delle chiese, a procacciarsi il vitto col proprio lavoro.

Per ciò che riguarda il diritto è sintomatico il fatto che nelle bolle pontificie, posteriori a quelle di Gregorio Magno, per tutto il secolo VII ed VIII non si trovano citazioni di fonti giuridiche romane; secondo il Conrat si deve giungere sino a Eugenio II (824-827). Testimone di questo stato di cose è Paolo Diacono nella sua Vita di Gregorio Magno. Il ristabilimento dell'impero romano d'Occidente con Carlo Magno non produsse un notevole risveglio nel campo degli studi in genere, del diritto in ispecie.

In questo periodo in Roma se il diritto romano non era stato dimenticato non godeva incontrastato dominio e bisogna ammettere che gli abitanti in Roma viventi a legge germanica non erano una quantità trascurabile. Nell'824 Lotario cercò di ricondurre il diritto romano al pristino stato e molto facilmente a lui si riferiscono i seguenti versi anonimi:

Leges a senibus patribus actas,
Quas elapsa diu raserat etas,
Omnes ut fuerant ipse reformans
Romanis studuit redder causis.

Ma fu un vanotentativo; né risorsero gli studi nella seconda metà del secolo IX e nel secolo X, epoche di congiure, tumulti ed anarchia.

E appunto nel 991 Gerberto, che fu papa Silvestro II, accusa il clero Romano di crassa ignoranza.

In merito al diritto Romano, se nel secolo IX le citazioni di leggi romane sono abbastanza frequenti, nel X scompaiono quasi totalmente, se il Conrat trovò unicamente una lettera di Benedetto VI (972-974) in cui vengono citate le *mundanae leges*.

Con Ottone III, che sognò di ricostituire l'Impero Romano, vengono ristabilite le magistrature, e lo stesso imperatore consegna al nuovo giudice il *Librum Codicum* (che molto verosimilmente il Conrat ritiene sia la nota *Summa Perusina*), affinché «secundum hunc librum iudica Romam et Leonianam orbemque universum». Il favore incontrato da questo compendio dimostra come il diritto romano lungi dall'essere studiato scientificamente, come sognava il Fitting, fosse anche dai pratici ridotto in misere condizioni.

Nel secolo XI il continuo uso della *Summa Perusina* ci fa ammettere che altre parti d'Italia si trovassero in condizioni molto migliori.

Inoltre il passo del cardinal Attone nel suo *Proemium Capitularis ad Canonicos Ecclesiae S. Marci* afferma, all'epoca di Gregorio VII, essere causa dell'ignoranza del suo clero l'insalubrità del clima romano, che impediva ai forestieri di tenervi scuole, e la povertà degli ecclesiastici romani che non potevano recarsi a studiare altrove.

Decaduti gli studi sacri potevano sussistere scuole di diritto? Roma però non rimase estranea al movimento generale tanto che in lettere pontificie posteriori al 1053 troviamo citate Istituzioni, Codice, *Epitome Iuliani* e nel 1088 persino il *Digestum Vetus*.

Nei placiti il Codice genuino riprese il posto della *Summa* e vengono usati nel placito del 1107 Istituzioni, Codice e *Digestum Vetus*, ma in questo

placito, ove pure il Ficker riconosce un nuovo indirizzo scientifico entriamo nel secolo XII sotto l'influsso della scuola di Bologna.

Abbandonando momentaneamente l'esame delle opere attribuite alla scuola di Roma, ricordiamo che numerosi altri storici del diritto credettero di potere stabilire altre scuole di diritto in Italia e all'estero. Così il Fitting, seguito in Italia da parecchi studiosi della nostra storia giuridica (tra i quali il Calisse: *Storia del Diritto Italiano*, volume I, *Le fonti*, e il Gaudenzi: *Lo studio di Bologna nei primi due secoli della sua esistenza*) credette di ravvisare una scuola di diritto a Ravenna, attraverso la quale l'insegnamento dello studio di Roma si sarebbe trasmesso a quello di Bologna.

Il Salvioli credette a sua volta di ravvisare una scuola di diritto a Nonantola, avendo trovato presso il monastero di questa località un manoscritto contenente definizioni giuridiche e che egli pubblicò come opera a se stante, scambiando per un testo elementare di diritto usato in questa pseudo-scuola ciò che risultò invece essere un brano di un capitolo delle Etimologie di Isidoro di Siviglia.

Altra scuola avrebbe dovuto essere quella longobardistica di Pavia contrapposta a quella romanistica di Ravenna. I sostenitori dell'esistenza di uno studio Pavese credettero di trovare argomenti sufficienti alla loro teoria nelle tracce di dispute che si trovano nella *Expositio al Liber Papiensis*, ove effettivamente si riscontrano indici di controversie dei giudici palatini del secolo XI, fra loro non solo, ma controvertenti pure con le dichiarazioni dei giudici *antiqui* (Calisse).

Ma è ovvio che, trattandosi di giudici, non si può parlare di insegnamenti di diritto nel significato puro e tecnico della parola, ma unicamente di causidici e di giudici, come d'altronde risulta dal ritrovare i loro nomi in documenti giudiziari comprovanti appunto le loro qualità su accennate.

Il Fitting credette ancora all'esistenza di una scuola di diritto ad Orléans, ma anche di questa non seppe dare prove convincenti. In conclusione noi riteniamo che dopo la caduta e la distruzione della scuola di diritto di Roma, ad opera dell'invasione longobarda, non si possa più

parlare di scuole di diritto se non sino al sorgere della nuova scuola di Bologna.

3. Cultura scientifica del diritto

Abbiamo parlato nel precedente paragrafo di opere attribuite alla scuola di diritto di Roma; dall'esattezza o meno di tale attribuzione è ovvio vedere dipendere l'esistenza o meno della scuola stessa.

Esamineremo ora alcune di queste opere, ed altre che servirono a provare l'esistenza di un indirizzo scientifico agli studi giuridici prima del sorgere della scuola di Bologna.

- a) Il Fitting, abbiamo visto, attribuì alla scuola Romana le formule processuali della fine del secolo X e di esse si occuparono lo Stintzing, il Mommsen, il Fitting (nei suoi già citati *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*), il Padelletti e il Conrat. Queste, dopo le critiche del Padelletti, del Conrat e del Patetta, che per ragioni di brevità non esponiamo, non possono venire attribuite alla scuola romana.
- b) Né maggiormente convincente è la datazione e la derivazione delle *Regulae*, attribuite dal Fitting al Geminiano, che egli vorrebbe fare appartenere alla scuola di Roma e che farebbe maestro di Irnerio, perché la raccolta di *Regulae* sarebbe stata usata nelle *Quaestiones* che egli attribuisce ad Irnerio.

Ma l'attribuzione fatta dal Fitting risulta troppo arbitraria ed i rapporti tra Geminiano e Irnerio vennero indotti su debolissimi fondamenti.

- c) Le *Quaestiones* il Fitting le attribuisce pure alla scuola di Roma e falsamente ad Irnerio, ma è impossibile, per l'uso fatto in esse di tutte le parti del *Corpus iuris*, che siano state composte anteriormente al sorgere ed al fiorire dello studio di Bologna, come è altrettanto impossibile che siano state composte da Irnerio al principio della sua carriera scientifica, presentando, come abbiamo visto, l'uso di tutte le parti del *Corpus iuris*, mentre sappiamo che Irnerio venne a conoscere alcune di queste parti in epoca probabilmente molto posteriore.

Senza ripercorrere il cammino critico compiuto dal Patetta, nella sua opera: *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio...* cit., e giungendo senz'altro alle conclusioni da esso raggiunte, possiamo affermare che l'opera in esame si può ritenere compilata in un intervallo di tempo che va dalla rinnovazione del Senato romano nell'anno 1144 al ristabilimento dell'autorità pontificia per opera di Innocenzo III.

- d) Il *Brachylogus iuris civilis* considerato in origine opera di un giureconsulto romano fu più tardi attribuito ad Irnerio finchè il Ficker lo classificò tra le opere della scuola di Ravenna (secolo IX-X) e mutando poi l'origine ravennate con quella di Roma, ove ritenne fosse composto negli ultimi anni del secolo X.

Il Fitting lo ritenne opera della scuola di Roma, poi, a causa dell'esistenza in esso di elementi di diritto giustiniano e di diritto antegiustiniano, come frutto della scuola di Orléans, basandosi inoltre sul fatto che quasi tutti i manoscritti del Brachilogo sono di origine francese.

Ciò, cioè l'esistenza di soli manoscritti francesi, può essere spiegata, secondo noi, dal fatto che, prevalendo all'epoca della compilazione di esso (che noi riteniamo avvenuta nell'alta Italia nel XI-XII secolo) le idee e l'indirizzo della scuola di Bologna, la quale, come sappiamo, tendeva a rimettere in onore il diritto Giustiniano puro, non avevano più ragione di esistere leggi barbariche o leggi romane imbarbarite e che quindi siano andati perduti, essendo caduto ogni interesse per questi diritti, i manoscritti italiani del Brachilogo.

La ragione più forte, a favore della tesi sostenente l'origine francese di esso, è data dal fatto che l'autore del Brachilogo, nel campo del diritto penale, invece di usare il diritto giustiniano si serve delle Sentenze di Paolo contenute nel Breviario Alariciano, il quale però, se pur raramente, fu usato anche in Italia; e quindi l'uso di esso nel Brachilogo non viene a provare totalmente l'origine francese di quest'ultimo.

Esclusa è sempre, in ogni modo l'origine romana di esso.

e) Le *Exceptiones legum Romanarum*, attribuite a un certo Pietro, furono anch'esse soggette a varie attribuzioni di epoche e di scuole facenti capo alle note opinioni del Fitting e del Conrat. Furono infatti attribuite da alcuni (Schupfer) alla prima metà del secolo XI, da altri alla scuola di Ravenna.

Noi riteniamo che le fonti di esse, cioè il Libro giuridico di Tubinga e il manoscritto di Asburnham, risalgono alla seconda metà del secolo XI, mentre le *Exceptiones* possono essere state compilate anche in epoca più tarda.

f) Riordiniamo, per ultime, la serie di lavori giuridici pubblicati dal Fitting nei suoi *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, 1876 (*De natura actionum, De actionum varietate et vita seu longitudine, De iustitia, Compendium iuris, Libellus de verbis legalibus*, ecc.), che egli distanziò cronologicamente in modo tale da colmare con essi tutto il decorso di tempo intercedente dall'epoca giustiniana ai primi anni del sorgente della scuola di Bologna, mentre noi riteniamo che tutti questi scritti, che avrebbero dovuto dare un riprova della teorica fittinghiana, si debbano riportare ad un'epoca posteriore al secolo decimoprimo.

Il valore intrinseco di questi scritti è inoltre scarsissime trattandosi per lo più di copie e di estratti del *Corpus iuris*, ovvero di raccolte di semplici definizioni giuridiche come, ad esempio, si presenta il *Libellus de verbis legalibus*. La loro origine, inoltre, sembra quasi certamente francese e perciò si debbono riportare a non prima dell'epoca nella quale lo spirito e il metodo della scuola di Bologna, oltrepassate le Alpi, si fissarono in suolo francese.

Dall'esame fatto, possiamo quindi concludere, con coscienza tranquilla, che nell'alto medio evo mancò veramente qualsiasi indirizzo scientifico nello studio del diritto, cosa d'altronde per niente strana se si pensa che mancava in quel periodo qualsiasi forma d'insegnamento scientifico del diritto, non essendovi scuole ove la materia giuridica fosse tratta con veri intenti scientifici.

Solo con il sorgere e l'affermarsi della scuola bolognese fu possibile tale rifiorire di studi giuridici, tanto che essa, sorta in mezzo a tanta rovina, colla sua attiva e sagace opera di ricostruzione del diritto romano, così egregiamente svolse il compito che si era fissata che riuscì a portare colpi mortali e definitivi a tutte le disposizioni barbariche che si erano venute stabilendo in tutta Italia.

Passiamo ora ad esaminare le fonti di diritto di questa importante sezione.

LE FONTI

Distingueremo le fonti di questa sezione in tre grandi categorie:

- 1) Le fonti romanistiche.
- 2) Le fonti delle popolazioni che vivevano:
 - a) adiritto franco
 - b) adiritto longobardo
 - c) adiritto imperiale
- 3) Le fonti del periodo bolognese

1) Le fonti romanistiche

Divideremo le fonti romanistiche in due sezioni:

- a) Fonti di argomento di diritto pubblico
- b) Fonti di argomento di diritto privato

a) Fonti di argomento di diritto pubblico

1) Sono tipicamente rappresentate da quella raccolta di scritti pubblicati in tre volumi dei *Monumenta Germaniae Historica* a cura dell'Heinemann sotto il titolo generale di: *Libelli de lite imperatorum et pontificum*, per la maggior parte riferentesi alle lotte tra impero e papato ai tempi di Enrico IV e di Gregorio VII.

In essi si trovano esposte e sostenute con la più disparata varietà di argomentazioni le tesi più spinte in difesa o in offesa delle due massime autorità della storia politica di quei tempi: l'imperatore e il papa.

Ricordiamo a titolo di curiosità e per dare un esempio di come poco si curassero della suprema autorità laica gli autori di questi scritti, l'argomentazione assunta da uno di questi a prova della legittimità dell'atto di una possibile deposizione dell'imperatore, paragonando l'ufficio imperiale a quello di un porcaio e affermando che, se si era liberi di licenziare un porcaio qualora non sia in grado di governare i porci, altrettanto si era liberi di deporre l'imperatore che si fosse mostrato incapace di governare i popoli.

Fra le operette contenute in questa raccolta, assai interessante e indubbiamente la più importante in favore delle tesi imperialistica si presenta il *Libellus* di Pietro Crasso da Ravenna, composto probabilmente verso il 1080 a sostegno di Enrico IV, allorché il suo non indegno antagonista Gregorio VII macchinò di farlo deporre da un sinodo, probabilmente il bresciano del 1080 o il romano del 1084 (M.G.H., *Libellus de lite imperatorum et pontificum*, I, pag. 430-453).

In questo scritto in cui assistiamo ad uno strano connubio del diritto colla retorica, l'autore finge che la *Ratio* (*Cylenia virgo*) e la *Prudentia* insorgano nel *sacrarium iuris* per deplorare la *praedicatio* e il *iudicium* del papa che, venendo a combattere e ad ostacolare le direttive e l'attività dell'impero, veniva non solo a disgregare la compagine imperiale, ma anche a mettere in serio pericolo l'integrità della cattolicità.

In una strana e nello stesso tempo interessante mescolanza venivano usate in favore della tesi imperiale, non solo argomentazioni tratte dalla Sacra Scrittura e degli scritti dei Santi Padri, ma anche leggi «*quas piissimi Imperatores pro salvazione totius Christianitatis condiderunt*».

Servendosi appunto di queste leggi e trasportando i principi da queste posti nel campo del diritto privato in quello del diritto pubblico, l'autore del *Libellus* sosteneva che <la> legittimità della sovranità imperiale di Enrico IV in virtù del diritto successorio, e facendo notare che, qualora questo fosse mancato, la legittimità sarebbe stata giustificata per ragione propria in base alla prescrizione.

La deposizione minacciata dall'irato pontefice era da Crasso definita come un vero e proprio attentato alle leggi umane e divine ed una

deplorable violazione dello *ius gentium*, dello *ius civile*, dei *boni mores* non solo, ma dell'*aequitas* stessa. In breve, che l'Imperatore poteva nominare il proprio erede, il quale per ciò stesso era di fatto e di diritto imperatore, senza il bisogno di nessuna autorizzazione né di nessuna coronazione da parte del papa.

Crasso si serve soprattutto di leggi romane, e cioè delle Istituzioni, del Codice, dei *Tres libri*, delle Novelle; l'unica citazione del Digesto è errata, perché il brano non è del Digesto; il che si spiega col fatto che egli probabilmente si servì di qualche raccolta con definizioni che scambiò per definizioni tratte dal Digesto. Esempi di queste raccolte sono le già più volte citate: *Collectio Britannica* e le *Exceptiones Petri*.

2) Vi sono inoltre brevi scritti di natura pratica più che di vedute scientifiche per la maggior parte anonimi che non fa mestieri ricordare.

b) Fonti di argomento di diritto privato

Di fronte al campo di applicazione del diritto romano alla fine del secolo XI si notano due indirizzi fra di loro sostanzialmente antitetici, l'uno, si può dire, rappresentante l'indirizzo di pensiero tradizionale, l'altro denotante una nuova e più vitale inclinazione spirituale sintomo dei nuovi tempi e delle nuove idealità che si venivano agitando nel campo della scienza giuridica.

I due indirizzi accennati si possono riassumere in brevi termini:

1°) Per coloro che abbiamo detto rappresentare ancora la vecchia tendenza, il diritto romano si presentava sì come diritto universale, come legge a tutti imponibile e a cui tutti dovevano sottostare, ma a questo diritto ponevano due ordini di eccezioni:

a) Non accettavano il diritto romano integralmente, ritenendo decadute le parti di esso che non rispondevano più alle necessità del loro tempo;

b) Concludevano che parti delle popolazioni vivessero a legge germanica, richiedendo unicamente che ricorressero al diritto romano qualora le loro disposizioni legislative si presentassero manchevoli in qualche punto.

2°) Per coloro invece che rappresentavano la tendenza nuova (è questo l'indirizzo tipico di Irnerio e della scuola di Bologna) il diritto romano, integralmente inteso, era veramente un diritto universale, in quanto essi chiedevano che gl'imperatori abolissero il diritto germanico e costringessero tutti i popoli a vivere a legge romana. Naturalmente in virtù di questa tendenza esclusivista, i rappresentanti di quest'indirizzo erano avversari giurati della consuetudine.

Esaminiamo ora brevemente alcuni lavori, in particolar modo di origine italiana, che ebbero valore e vigore sino a quando trionfò il principio della scuola di Bologna, dopo del quale ebbero ancora qualche importanza in Francia.

a) Le *Exceptiones legum Romanarum* sono nate dalla fusione del *Liber Tubingensis* e dal cosiddetto Libro di Ashburnam dei quali, non sono un semplice e meccanico accostamento, ma vera e propria coordinazione.

Sono costituite di quattro libri dei quali il primo tratta dei diritti di famiglia e di successione e dei diritti delle persone comprese le ecclesiastiche; il secondo dei diritti delle obbligazioni; il terzo dei reati e il quarto dei giudizi.

In qualche manoscritto le *Exceptiones* sono indicate col titolo di *Exceptiones Petri* dal che risulterebbe che l'autore sarebbe stato un Petrus la cui personalità è però impossibile identificare. Lo Schupfer, credette di ravvisare in esso San Pier Damiani, ma contro tale attribuzione sta come primo argomento la diversità enorme dell'eloquio e dello stile; altri credettero ravvisarvi quel Petrus de Rainerio scholasticus, che con l'appellativo di *Vir sapiens* ricorre in documenti ravennati del 1021-1027; altri ancora l'aretino Petrus che mostra nei documenti notarili singolare conoscenza del diritto giustiniano, ma, come abbiamo avvertito, sono tutte ipotesi campate in aria.

Il proemio dell'opera è ciò che ci dà la chiave per l'interpretazione del luogo in cui le *Exceptiones* vennero composte per quanto si presenti in duplice forma e con due diversi destinatari. Troviamo infatti le *Exceptiones* dedicate a:

- a) «Odilone Valentinae civitatis magistro» (Valenza);
- b) «Guillelmo Florentinae civitatis magistro».

La prima di esse contenuta nel manoscritto più recente, la seconda di esse nel manoscritto più antico.

Ma il trovare nel manoscritto più antico, e quindi più vicino alla fonte, l'indicazione di un maestro italiano è buon argomento per ritenere, sino a prove più evidenti in contrario, che l'autore delle *Exceptiones* fu un italiano, e che compose l'opera sua nella stessa Italia.

L'origine italiana delle *Exceptiones* risulta da quanto si è detto evidente: la seconda dedica dell'opera non si può spiegare quindi se non con l'ipotesi di un plagio, da parte di qualche giurista francese, oppure con la supposizione di un passaggio dell'autore in Francia, ove avrebbe nuovamente dedicate le *Exceptiones* ad Odilone di Valenza.

Il proemio appartiene al Libro giuridico di Tubinga indicato dal Flach con l'indicazione di Collezione A (mentre il manoscritto di Ashburnam, viene dallo stesso autore indicato colla designazione di Collezione B) ed è assai importante perché, oltre a contenere elementi preziosi, come abbiamo visto, per la determinazione del luogo di origine dell'opera, ci mostra come l'autore seguisse l'indirizzo di coloro che volevano conservare al diritto romano unicamente ciò che non si presentava in stridente contrasto con il principio dell'*aequitas*.

Importante quindi si presenta il prologo per la determinazione dell'indirizzo seguito dall'autore delle *Exceptiones* nei confronti del diritto romano. A metà circa del prologo leggiamo infatti: «Si quid inutile, ruptumaequitative contrarium in legibus reperitur, nostris pedibus subcalcamus». L'esplicita dichiarazione dell'autore di voler calpestare qualsiasi disposizione contraria all'*aequitas* ci consente di poterlo ambientare nella prima di quelle due categorie in cui abbiamo diviso il comportamento dei giuristi di fronte al problema dei limiti da porsi o meno all'applicazione del diritto romano.

Le fonti di diritto romano che l'autore usò in questa opera, vengono da lui stesso enunciate, e sono le Istituzioni, il Digesto, il Codicee le Novelle:

«et hoc in Institutionibus, in Codice, et in Digestis et in Novellis multotiens invenitur».

Delle *Exceptiones legum Romanarum* furono date diverse ambientazioni, facenti capo alle due note distinzioni di scuole del Fitting e del Conrat, e, come abbiamo già visto, vennero attribuite ad esempio dallo Schupfer alla prima metà del secolo XI, da altri furono attribuite alla scuola di Ravenna; noi riteniamo che si debbano riportare alla seconda metà del secolo XI le fonti da cui esse furono tratte e cioè il *Liber iuris* di Tubinga e il manoscritto di Ashburnam, mentre le *Exceptiones* possono essere state composte anche in epoca posteriore. La prima edizione di esse fu fatta in Germania intorno al 1500; il Savigny, avendo trovato parecchi manoscritti del *Liber iuris* di Tubinga, ne fece una nuova edizione, edita nella *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, II, 321-428.

La loro importanza in Italia decadde dopo che trionfò il metodo della scuola Bolognese.

Abbiamo detto che le *Exceptiones legum Romanarum* risultano da un lavoro organizzativo e coordinativo del *Liber iuris* di Tubinga e del manoscritto di Ashburnam. Esaminiamo brevemente queste due fonti.

b) Il *Liber iuris* di Tubinga, in centotrentatre capitoli, non si presenta come un puro e semplice disordinato accostamento di testi, ma dimostra invece l'esistenza di una mente ordinatrice e coordinatrice degli estratti dalle fonti varie.

Il probabile scopo della composizione di quest'opera ci è dato dal prologo del Ms. Vaticano del *Liber iuris*. In esso infatti l'autore dichiara che «iudiciorum et controversiarum exitus planis et apertis capitulis enodamus», cercando di rendere noto e <di> facile portata, «sensibus integris», quanto nel campo giuridico si era «noviter inventum et tenaciter servatum» e, come abbiamo già notato, «pedibus subcalcando» cioè che «inutile, ruptum aequitatisque contrarium in legibus reperiebatur». Inoltre l'autore esplicitamente dichiara di non essersi voluto occupare di tutto ciò che il diritto veniva regolamentando ma che, «utriusque iuris naturalis videlicet et civilis ratione perspecta», egli aveva avuto in animo di

soffermarsi su quei punti di fronte ai quali uomini «iuris legumque sapientissimi» si erano trovati imbarazzati ed avevano incontrate inattese difficoltà. Risultato di queste determinazioni fu il *Liber iuris* nel quale l'autore ora espone pianamente istituti giuridici, ora illustra disposizioni e regolamentazioni speciali, ponendo la materia di fronte al lettore ora sotto la forma di *quaestiones* (come ad es. i capp. 81-83-85-86-91-127) ora quasi con un tono vivamente imperativo, iniziando il capitolo con *Si quis* (come ad es. il cap. *De heredibus* : «Siquis duos vel plures heredes instituat...»).

Però essendo questo *Liber* sorto collo scopo precipuo di essere di aiuto a coloro che posti di fronte ad una questione dovevano darne un giudizio, non poté l'autore fermarsi esclusivamente all'uso di leggi romane; ed egli si rifece allora contemporaneamente alle leggi divine, ponendo il principio che le leggi secolari che fossero state con esse in contrasto dovevano venire sacrificate a quelle (cfr. cap. 47), non solo ma accolse anche quei principi consuetudinarie quelle norme di diritto longobardo, che nella vita pratica venivano osservate, e che potevano quindi *rumpere* e correggere il diritto romano.

c) Il libro di Ashburnam è costituito da centoventi capitoli estratti letteralmente da fonti giustiniane e, in modo particolare dal Digesto con esclusione dell'*Infortiatum*. Di questo, come del *Liber iuris* di Tubinga, si è voluta sostenere la derivazione da una sola raccolta sorta in Ravenna e di là migrata in Francia; ma questa opinione assolutamente non regge, come quella che lo vorrebbe fare di origine provenzale: infatti tipico è riscontrare impronte in un linguaggio italico, e altrettanto tipico è trovare posta come meta di una cavalcata Roma.

d) Da una fusione del *Liber iuris* di Tubinga e di una raccolta analoga a quella di Cambridge risultò il Libro di Graz, composto di 80 capitoli, dal quale furono poi derivati ventidue capitoli della *Collectio Pragensis*.

e) Con la corrente romanistica sino ad ora accennata hanno rapporti: 1) il trattato *De actionum vita et varietate*, basato quasi esclusivamente sul Codice e sulla *Epitome Iuliani*; 2) il trattato *De criminalibus*; 3) il trattato *De actione mutui*, commento esplicativo di una formula di chirografo; 4) il

Libellus responsionis, ove l'incertezza tecnica del linguaggio ne manifesta l'origine pre-irneriana.

f) Il *Brachylogus iuris civilis*, nome che fu dato dall'editore del 1553, ebbe moltissime edizioni sia come testo a sé, sia come appendice al *Corpus iuris*, credendolo i primi editori coevo della compilazione giustiniana.

L'edizione più recente è quella del Böcking, sotto il titolo di *Corpus legum sive Brachylogus*, Berlino 1829.

Il *Brachylogus* offre, in brevi linee, un sistema di diritto privato sulla traccia delle Istituzioni che l'autore commenta, parafrasa, esemplifica; esso consta di quattro libri suddivisi rispettivamente a seconda della materia in essi trattata, tratta cioè delle persone, delle cose, delle obbligazioni e, per ultimo, delle procedure e delle azioni. Tipico è il tono da legislatore che l'autore assume nello sviluppo della trattazione, tono che indusse in inganno i primi editori che scambiarono il *Brachylogus* per un vero e proprio corpo di leggi.

Fonti di esso furono le Istituzioni, il Codice, le Novelle, nella raccolta dell'*Epitome Iuliani*, la *Lex Romana Wisigothorum*, il *Capitulare legis Longobardice* e il Digesto, considerato come una raccolta di *responsa prudentium*.

Diverse sono le attribuzioni a cui fu soggetto il *Brachylogus*: il Fitting, rilevando che, nel trattare della materia penalistica, l'autore si era valso, invece che del diritto giustiniano, delle Sentenze di Paolo, nella forma del Breviario Alariciano, e che inoltre il *Brachylogus* era stato specialmente usato in opere francesi e che in Francia aveva ricevuto un ampio corredo di glosse, non aveva esitato a ritenerlo come opera composta in Francia.

Noi crediamo di poter obiettare al Fitting che l'uso del Breviario Alariciano nel *Brachylogus* non è ragion sufficiente per attribuire ad esso un'origine francese, essendo, come abbiamo già altrove notato, stata usata in Italia la *Lex Romana Wisigothorum*, e documentazioni dell'uso di essa in Italia ci sono fornite dall'esistenza di manoscritti della medesima, come ad esempio nella biblioteca del Capitolo di Ivrea.

In secondo luogo non mancano riferimenti con opere italiane, né manoscritti vergati in Italia (il manoscritto Cusano *De lege iustiniana quae novella appellatur* è un sunto del *Brachylogus*).

In terzo luogo tipicamente italiana è l'allegazione del Capitolare Italico in una disposizione comune con lo Pseudo-Isidoro, donde sarebbe stata desunta se fosse stato composto in Francia .

Il Ficker lo ritenne in un primo tempo della scuola di Ravenna (secolo IX – X) e in seguito della scuola di Roma, come più tardi il Fitting, il Gaudenzi lo attribuì pure alla scuola ravennate, ma l'uso che troviamo nel *Brachylogus* del Breviario Alariciano esclude questa attribuzione e fa piuttosto pensare a un'opera eseguita nell'alta Italia nel secolo XI – XII.

g) L'*Epitome exactis regibus*, nome dato dalle parole con cui inizia il libro, è la storia delle magistrature romane, ricca di definizioni e schiarimenti, calcata su un brano di Pomponio. Nella sua forma definitiva appare di origine francese essendo tali tutti i suoi manoscritti e si può riportare al secolo XII. Il Conrat sostenne contro il Fitting che, nella sua forma primordiale, l'*Epitome exactis regibus* si sarebbe potuta riportare alla Lombardia; è in ogni modo questa una determinazione assai incerta.

h) Vi sono inoltre altri trattatelli di assai minore importanza, sui quali è inutile soffermarsi.

2) Fonti di popolazioni viventi a legge barbarica

Sono caratterizzate dal diritto franco, longobardo e imperiale.

Il Liber Papiensis

Costituito dall'Editto longobardo, dai capitolari di Carlo Magno e dei suoi successori, ed a leggi aggiunte nel decorso del tempo. In uso sin dal sec. X, ad esso vennero aggiunte nel sec. XI:

- 1) Una legge di Ottone III (996-1002) d'importanza relativa, che stabilisce doversi rendere giustizia in ogni periodo dell'anno ad eccezione di Pasqua, Natale, Quaresima e giorni festivi. Ottone III era figlio di una

principessa bizantina da cui apprese l'elemento romano e, stabilitosi a Roma, cercò di rinnovare l'antico impero, ma, essendo morto giovane, la sua opera non ebbe alcuna conseguenza.

- 2) Più importanti sono i tre capitoli di Enrico I disponenti:
 - a) Che il marito erediti le sostanze della moglie morta senza figli, a qualunque legge essi vivano;
 - b) Che coloro i quali per cupidigia di ereditare uccidono il *de cuius* vengano privati dell'eredità e i loro beni vengano confiscati. Se l'accusato si dichiara innocente dovrà provare la sua innocenza col duello, non essendo sufficiente il giuramento;
 - c) Che vengano puniti coloro che hanno commesso omicidio dopo la tregua (pace di Dio) e dopo aver dato al nemico l'*osculum pacis* (accordo coll'offensore). L'innocenza si prova anche in questo caso col duello e colui che rimane soccombente perde la mano.
- 3) Di gran lunga più notevole è la *Constitutio de beneficiis* di Corrado il Salico dell'anno 1037. In essa l'imperatore rendeva ragione ai valvassori nella loro lotta contro i vassalli maggiori desiderosi di estendere ai loro benefici i caratteri di revocabilità e di intrasmissibilità insiti nei propri feudi.
In questa costituzione a vantaggio dei feudatari minori è la base del diritto feudale longobardo.
- 4) Infine i cinque capitoli di Enrico II:
 - a) Il primo capitolo si riferisce al giuramento degli ecclesiastici; secondo il diritto canonico l'ecclesiastico non doveva giurare come il laico e tale giuramento era stato proibito da Teodosio in una costituzione diretta a Paolo prefetto del Pretorio. Tale costituzione era stata impugnata perché si riteneva limitata unicamente a Costantinopoli, Enrico II l'estese e la generalizzò.
 - b) Il secondo è diretto ai Longobardi ed è dato da Zurigo nel 1054: tratta di colui che ha ucciso clandestinamente e furtivamente e lo punisce con la morte e con le confische dei beni dai quali veniva tolto il sufficiente per pagare il giudizio; l'innocenza si provava per

il libero col duello, per lo schiavo coll'esperienza del ferro infuocato o dell'acqua bollente.

- c) Il terzo tratta dei matrimoni incestuosi.
- d) Il quarto tratta dei matrimoni compiuti prima dell'età legittima e dispone che, se il marito muore i parenti non possono far sposare la vedova anche se il matrimonio non fu consumato.
- e) Il quinto: legge incerta che stabilisce in modo più ampio il delitto di lesa maestà.

Il nome di *Liber Papiensis* fu dato all'opera di Boretius, che la editò nei *Monumenta Germaniae Historica*, avendo ritenuta la collezione di origine pavese.

Si credette, nel secolo XI, che il *Liber Papiensis* desse i testi legislativi in ordine cronologico e che quindi si potessero spiegare le contraddizioni tra leggi e leggi in esso esistenti come abrogative l'una dell'altra; ciò diede origine ad una giurisprudenza che tentò appunto di risolvere le contraddizioni in parola. Da questa esigenza ebbe le sue origini il lavoro d'interpretazione che i giudici longobardi esercitarono sui testi legislativi del *Liber Papiensis*, lavoro tipicamente di selezione e di esame di cui abbiamo una parlante documentazione nella *Expositio* longobarda, composta verso il 1070, specie di glossa all'Editto e ai capitolari, ove viene riassunta quest'opera coordinatrice che trovava, inoltre, ostacolo alla sua attuazione nel nuovo principio che sorgeva affermando il valore universale del diritto romano come diritto generale.

I giureconsulti longobardi che nella *Expositio* vengono ricordati sono tutti del secolo XI e le loro dottrine ed i loro principi vengono a contrapporsi alle dottrine dei giudici più antichi (del secolo X e indicati con la sigla A) la cui opinione è data globalmente come se vi fosse stata tradizione.

I giudici più recenti sono quasi tutti ricordati in documenti giudiziari dell'epoca, dal che risulta la loro professione di giudici e di causidici e non piuttosto quella di maestri di diritto.

Ricordiamo tra essi:

Lanfranco, giudice a Pavia, monaco in Francia e poi arcivescovo a Canterbury.

Walcauso, che spiegava gli errori dei giudici antichi con glosse e formule. Questa sua attività gli valse la fama di falsario, fama che rimase viva durante la scuola bolognese tanto che il suo nome fu sinonimo di legge falsa: *lex Gualcosina*. Non quindi solo le formule, ma le leggi stesse furono dette Gualcosine e ce lo provano i versi:

Non sum regalis neque lex sum imperialis
Qui me dictavit Gualcosi nomen amavit
e gli altri:

Gualcosina fui quapropter sum removenda
oppure

Valcosina fui: superest ut sim removenda.

A convalidare questa opinione valse il fatto che Walcauso usa parecchie volte un plurale maiestatico quasi rivestisse i panni del legislatore e l'uso, in taluni luoghi, di frasi equivoche come ad esempio: «Nisi aliud futurum a nostris successoribus praecipitur imponi».

Si narra persino che in una notte precedente a un giudizio Walcauso abbia modificato un testo di legge a suo completo vantaggio e che il giudice, tratto in inganno, abbia in base ad esso giudicato e che gli abbia quindi reso ragione.

Ricordiamo ancora Bonifilius, Sigifredo, Bagelardo, Guillelmus e suo figlio Ugo, dei quali, e di altri ancora, dà notizia il Boretius nella sua edizione del *Liber Papiensis* nei *Monumenta Germaniae Historica*.

Un'edizione italiana della *Expositio* fu infelicemente tentata dal Padelletti nelle sue *Fontes Iuris Italici Medii Aevi*, edite a Torino nel 1877, che si fermarono al primo volume.

Infelice tentativo, abbiamo detto, perché il Padelletti volle cercare di riunire in una sola cosa due risultati: l'edizione del testo più antico dell'*Edictum regum Langobardorum*, edito già dal Bluhme, e l'addizione della *Expositio*, edita dal Boretius. Ne risultò una inutile sforbiciatura del

testo del Boretius e un'ibrida, quanto contraria ai principî di ogni edizione critica, unione di testi che hanno in tutti i manoscritti esistenza separata.

Da un punto di vista scientifico è l'*Expositio* ben poca cosa, essendo i giudici controvertenti di minimo valore e spesso assai inferiori agli *antiqui* che per disprezzo a volte chiamano asini così interpretando la sigla A.; il loro lavoro è un puro e continuo sofisma, per cui essi si attengono con una supina aderenza alla lettera della legge senza riuscire a penetrarne lo spirito.

Dal preteso ordine cronologico della materia contenuta nel *Liber Papiensis* si passò ben presto ad una revisione ed organizzazione sistematica che fece dimenticare il *Liber* stesso: la *Lex Lombarda*.

La *Lex Lombarda*

È, come abbiamo detto, un riordinamento sistematico delle leggi longobardo-franche e in essa i capitoli sono distribuiti in libri e titoli rubricati sul modello della legislazione giustiniana.

Diverse furono le attribuzioni del luogo di origine della *Lombarda*: si pensò a Pavia, a Milano, a Verona (ed il Gaudenzi, per non smentirsi, l'attribuì a Ravenna); ma questi sforzi risultarono inutili ed unicamente si può, con un certo qual grado di sicurezza, fissare come luogo generico di origine l'Italia settentrionale.

Il manoscritto più antico e diverso da tutti gli altri è il manoscritto Cassinese 328; in esso si fa menzione di un centro piemontese di studi: il Monastero di Pedona (oggi San Dalmazzo). Dice infatti il testo:

[...] Pedone studentes, quae, una ex italicis civitatibus opulentissima nobilium virorum et fructum, inter vicinas urbes velut clarum sidus emicuit. Studuimus cuntas sententias, oppositas videlicet in eadem re et consentientes, insimul adnotare ut sub eodem collectae titulo nihil penitus praetermittant quod legentium animos aliqua subreptione deturbe[n]t. In qua re studentium animos coronari speramus. Sicut enim virtuosum probatissimumque esse cognoscitur artium bonarum [vorum] studia legumque amplissimas institutiones vocum notis commendare et in libro redactas principibus offerre, cum nunquam alicuius artis recte aliquid inchoetur, nisi post Deum rex ipse consentiat, sic laude dignum esse

asseritur iuridicas sententias compendioso ordine coadunare». Il Gaudenzi, che ovunque vedeva Ravenna, pensò che originariamente invece di «Pedone» si leggesse Ravenna, che fossero state cancellate le parole precedenti «Vuibertus Archiepiscopus ad», che invece di «vocum legum» vi fosse in origine «Codicum legumque» e che infine si leggesse: «Sic laude dignum esse asseritur iuridicas sententias compendioso ordine coadunare et in libro redactas principibus offerre eum numquam alicuius artis recte aliquid inchoetur, nisi post Deum rex ipsae consentiat».

Ma le ingegnose costruzioni del Gaudenzi non hanno nessun valore positivo.

Conservazione del diritto longobardo

A favorire la conservazione del diritto longobardo contribuì l'opera legislativa di Federico II che mediante la costituzione *Puritatem* ordinava a camerarii e baili di giudicare «secundum constitutiones et in defectu earum secundum consuetudines approbatas et demum secundum iura communia longobarda videlicet et romana, prout qualitas litigantium exigerit».

Il diritto longobardo si presentava, è vero, come diritto di una parte sola dei sudditi di Federico II, ma siccome aveva applicazione territoriale poteva supplire, in funzione di diritto comune, alle lacune delle leggi generali e delle *consuetudines feudorum*. Caratteristica è questa posizione di Federico di fronte al diritto longobardo, egli, pur cercando di ridurre ad una sola misura la giustizia e avendo a questo scopo tolta ogni distinzione fra persone nei giudizi, combattuto il duello, la perenzione delle liti nei termini brevi, il rigore contro i contumaci, fu costretto ad accogliere il diritto longobardo. La poca chiarezza della dizione nella costituzione *Puritatem* portò aberrazioni di interpretazione tanto che vi fu persino chi sostenne che Federico avesse dato precedenza al diritto longobardo.

Ma il vero significato di essa è probabilmente quello che ci è dato dallo Statuto beneventano che stabiliva doversi attenere prima alle *consuetudines approbatae* poi alle *leges longobardae*, e, qualora queste nulla disponessero, alle romane.

Anche nel Bergamasco si visse a legge longobarda sino al secolo XV.

Inoltre la stessa scuola di Bologna, che postulava si vivesse esclusivamente ed universalmente a diritto romano, non tralasciava di interpretare il diritto longobardo nella forma che conosciamo della Lombarda.

Carlo di Tocco (1206) apponeva un apparato di glosse alla Lombarda stessa, opera questa che veniva pubblicata a Venezia nel 1537.

Nel secolo XII essa veniva commentata pure da Aripando e Alberto. Inoltre abbiamo una *Summa legis Langobardorum*, il cui titolo non ha bisogno di spiegazioni, attribuita erroneamente dal Fitting ad Irnerio; un *De differentiis inter ius Longobardorum et ius Romanorum* (primi anni del secolo XIII) di Andrea Bonello da Barletta, il quale nel proemio dell'opera sua afferma che fu spinto alla composizione dell'opera ed a mettere in rilievo il diritto longobardo dal fatto che parecchi causidici perdevano le loro cause per l'ignoranza loro nel campo del diritto longobardo stesso, e, sullo stesso argomento, Biagio da Morconescrisse un'operetta dall'identico titolo.

Questi sono i principali lavori di indole generale, ma nel secolo XI abbiamo lavori di indole particolare tra i quali conviene ricordare:

a) Le *Quaestiones et monita*, note che in origine dovevano essere poste all'Editto o al Capitolare longobardo; talune sono introdotte col verbo *recordare*, ed hanno il carattere delle cautele, le altre hanno il vero tipo delle *quaestiones*. Principalmente trattati sono il diritto successorio secondo le leggi longobarda, romana e salica, e il duello; i *monita* riguardano piuttosto il diritto longobardo, le *quaestiones* il diritto romano.

b) Il *Cartularium Longobardum* dà norme alle parti rispetto alla documentazione degli atti non processuali compiuti *in curiam* ed *extra curiam*; non è quindi soltanto un puro e semplice formulario notarile. Tengono posizione centrale le formule longobarde, ma l'autore ha tenuto conto di come si sarebbero dovute modificare in riguardo agli altri diritti nazionali: salico, ripuario, alamanno, bavarico e gotico.

c) Un trattatello *De ordine successionis ab intestato secundum ius langobardicum* che ha relazione con il paragrafo V delle *Quaestiones et monita*.

d) Un trattatello dal titolo: *Intentiones unde per legem langobardam potest fieri pugnam*.

e) Formule per lo più processuali e la redazione che ci fu conservata è senza dubbio lombarda e risale alla metà del secolo XI.

3) Le fonti del periodo Bolognese

Irnerio e la scuola di Bologna

Irnerio, come già abbiamo accennato incidentalmente, fu il fondatore dello studio bolognese, e fu certamente il primo insegnante che aprì, dopo la caduta della scuola di Roma, una vera e propria scuola di diritto.

Nei documenti il suo nome è scritto di solito Warnerius o Wernerius, con leggera mutazione, Guarnerius, Garnerius, Gernerius e, accanto a queste forme, le altre più rare di Gwernerius, e Guernerius. Solo più tardi fanno la loro comparsa le forme che poi divennero le predominanti, di Hirnerius, Yrnerius, Irnerius, intorno alle quali molto lavorarono gli eruditi per cercare di determinare come e quando sorgessero.

Infatti se il passaggio dalla forma Warnerius, a quella di Guarnerius è spiegabile secondo i principi della fonologia italiana per cui wa e we divengono costantemente gua e gue più difficile assai è spiegare il passaggio dalla forma Warnerius o Guarnerius a quella di Irnerius. Su questo secondo passaggio bisogna purtroppo accontentarsi di induzioni e porre come cosa possibile che le sigle y e yr siano nate da un errore degli amanuensi, cosa non del tutto improbabile se si pensa che lo scambio tra la gola G ed y è tutt'altro che difficile, e nemmeno impossibile quello tra w ed y ed yr.

Sulla sua vita abbiamo poche notizie e nello stesso tempo poco sicure: con certezza sappiamo unicamente che egli assistette come causidico ad un placito della contessa Matilde nel 1113, che dal 1116 al 1118 fu al seguito di Enrico V come *iudex* e che nel 1118 appunto fu di aiuto ad Enrico nella

deposizione di papa Gelasio II e nell'elezione dell'antipapa Maurizio Burdino, vescovo di Praga. Poi nuovamente silenzio sulla vita e sull'opera di Irnerio sino al 1125, anno in cui fu giudice in una lite sorta tra i monasteri di S. Benedetto di Polirone e di S. Zenone di Verona.

Non mancano però notizie su Irnerio e sull'opera sua in cronisti italiani e stranieri e su di esse furono basati i tentativi per cercare di determinare le origini e gli sviluppi della scienza irneriana.

Ricordiamo fra i vari tentativi quelli basati su:

a) Burcardo Uspergense, che nella sua cronaca afferma: «Huius [Lotharii imperatoris] temporibus magister Gratianus canones et decreta, quae variis libris erant dispersa, in unum opus compilavit, adiungensque eis interdum auctoritates sanctorum patrum secundum convenientes sententias opus suum satis rationabiliter distinxit. Eisdem quoque temporibus Wernerius libros legum, qui dudum neglecti fuerant nec quisquam in eis studuerat, ad petitionem Mathildae comitissae renovavit et secundum quod olim a divae recordationis imperatore Iustiniano compilati fuerant, paucis forte verbis alicubi interpositis, eos distinxit. In quibus continentur instituta prefati imperatoris quasi principium et introductio iuris civilis. Edicta quoque praetorum et aedilium curulium, quae rationem et firmitatem praestant iuri civili, haec in libro Pandectarum, videlicet in Digestis continentur. Additur quoque his liber Codicis, in quo imperatorum statuta describuntur. Quartus quoque liber est Autenticorum quem prefatus Iustinianus ad suppletionem et correctionem legum imperialium superaddidit».

La notizia data dall'Uspergense, che appare priva di ogni fondamento di verità, servì invece di solita base alle argomentazioni e alle deduzioni del Fitting che pose Irnerio al servizio della contessa Matilde, facendolo però dopo il 1115 traditore della causa papale, al seguito di Enrico V e coadiutore in Roma dell'imperatore nell'elezione di un antipapa. Da ciò seguirono le arbitrarie illazioni sulla valutazione della personalità morale di Irnerio, che, se da un punto di vista strettamente scientifico deve trovare lode per il suo valore dottrinale e scolastico, da un punto di vista morale e politico si deve valutare invece come un essere spregevole, traditore non

solo della causa papale, ma mistificatore provetto, se a Bologna, maestro di diritto, fingeva ignorare l'esistenza della scuola di Roma della quale era stato allievo e frequentatore.

Il Fitting, infatti, aveva abbandonato l'opinione da lui sostenuta nella sua più volte citata opera: *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna*, che Irnerio fosse stato un autodidatta, opinione, per altro, che era stata fondata sul seguente passo di Odofredo:

«Dominus Yrn[erius] qui fuit apud nos lucerna iuris, idest primus qui docuit in civitate ista. Nam primum caepit studium esse in civitate ista in artibus et cum studium esset destructum Romae, libri legales fuerunt deportati ad civitatem Ravennae et de Ravenna ad civitatem istam. Quidam dominus Pepo caepit auctoritate sua legere in legibus; tamen, quicquid fuerit de scientia sua, nullius nominis fuit. Sed dominus Yrn[erius], dum doceret in artibus in civitate ista, cum fuerunt deportati libri legales, caepit per se studere in libris nostris, et studendo caepit docere in legibus, et ipse fuit maximi nominis, et fuit primus illuminator scientiae nostrae et, quia primus fuit qui fecit glosas in libris nostris, vocamus eum lucernam iuris».

Egli ritenne, in un secondo tempo, che Irnerio avesse invece studiato alla scuola di Roma; e non solo, ma pensò che il Germinianus, di cui abbiamo già fatta parola, ricordato nella Glossa di Colonia alle Istituzioni e a cui il Fitting attribuì una raccolta di *Regulae* e un trattatello *De natura actionum*, fosse stato il maestro di Irnerio stesso.

Ma la nuova congettura del Fitting, basata su ben miseri argomenti, su una sigla Gir (che il Fitting interpreta come l'unione delle due sigle di Geminiano: G e di Irnerio: Ir), e sull'uso incerto delle *Regulae* pseudogeminiane nelle *Quaestiones* erroneamente attribuite ad Irnerio, non ha valore maggiore della prima.

Inoltre l'irrealtà delle costruzioni del Fitting appare evidente richiamando, quanto abbiamo affermato in merito alla scuola di Roma.

b) Roberto di Torigny che afferma: «Lanfrancus Papiensis et Guarnerius socius eius, repertis apud Bononiam legibus Romanis, quas imperator Romanorum anno incarnationis Domini DXXX abbreviatas emendaverat, his, inquam, repertis, operam dederunt eas legere et aliis exponere; sed

Garnerius in hoc perseveravit, Lanfrancus vero disciplinas liberales et litteras divinas in Galliis multos edocens, tandem Beccum venit ibi monachus factus est».

Secondo quanto afferma lo storico in questione, si dovrebbe ritenere che Irnerio avrebbe studiato a Pavia, ove Lanfranco, di cui abbiamo già fatto parola, avrebbe insegnato diritto romano e sarebbe stato maestro d'Irnerio, se la parola *socius* legata al nome di Irnerio fu usata dal cronista nel significato medioevale di scolaro.

L'abbaglio cronologico del cronista risulta evidentissimo e tuttavia esso fu causa di gravi errori che ancora oggi si trovano ripetuti. Alcuni, come nota il Besta, ne dedussero il fatto che Irnerio insegnasse già nel 1032; altri, divenuta insostenibile quest'opinione per la scoperta di documenti nuovi, vollero distinguere due Irnerii, l'uno compagno di Lanfranco e l'altro contemporaneo della contessa Matilde e dell'imperatore Lotario.

c) Fu sostenuta pure l'opinione che Irnerio avesse studiato a Ravenna, poggiando la dimostrazione dell'asserto su di un passo di Odofredo, ove le edizioni, anziché «studium fuit Ravennae», leggevano «studium fecit Ravennae»:

«Et debetis scire vos domini sicut nos fuimus instructi a nostris maioribus, quod dominus Yrn[erius] fuit primus qui fuit ausus dirigere cor suum ad legem istam. Nam dominus Yrn[erius] erat magister in artibus et studium fuit [ediz.: fecit] Ravennae, et, collapsa ea, fuit [ediz.: fecit] studium Bononiae. Et dominus Yrn[erius] studuit sicut potuit; postea caepit docere in iure civili et ipse fecit primum formularium idest librum instrumentorum et scripsit instrumentum emphiteoticum».

Ma accettata ora la vera lezione dei manoscritti, anche questa congettura cadde priva di valore.

d) Ricordiamo in ultimo la congettura dello Zachariae von Lingenthal espressa nel suo articolo: *Il diritto romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Bologna*, ove non solo espresse per il primo l'idea che la scuola di diritto fondata a Costantinopoli verso il 1045 da Costantino Monomaco avesse potuto esercitare una qualche influenza sulla scuola di Bologna, ma

connesse gli studii di Irnerio con la scienza giuridica bizantina dell'Italia del Mezzogiorno. Infatti, secondo lo Zachariae, Ruggero I, re dei Normanni [*sic*], avrebbe sposata una figlia del marchese Bonifacio di Toscana, zia della contessa Matilde. Irnerio, che era in stretti rapporti con questa, avrebbe potuto giovare della dottrina magistrati normanni.

Ma dimostrato dal Perla che la moglie di Ruggero I non era figlia di Bonifacio di Toscana, ma di Bonifacio signore della Marca aleramica, l'ingegnosa costruzione si trovò fondata sul vuoto.

A questo punto, scartate, per le ragioni che abbiamo detto, le diverse congetture sul formarsi dell'attività scientifica d'Irnerio, possiamo con sicurezza unicamente affermare di lui che egli fu il primo a Bologna ad avere il *Corpus iuris* completo, come ce lo provano le glosse sue ad ogni parte di esso, e che per primo lo spiegò in una scuola con intenti veramente e puramente scientifici.

Una tradizione generale e costante che risale a Giovanni Bassiano, allievo di Bulgaro, narra, però, che Irnerio non conosceva dapprima l'*Authenticum* e che, quando in un giudizio gli fu opposto da un avversario, lo credette una falsificazione, opera di un qualche ecclesiastico.

Odofredo così narra l'avvenimento:

«[...] cum [...] allegaret semel in iudicio et oppositum fuit sibi de quadam lege Authentici que ei contradicebat ipse dixit: "Vade bene homo, quia liber ille non erat a Iustiniano factus, sed a quodam monacho et ideo non erat authenticus". [...] Sed ipse postea mutavit opinionem suam [...] et dixit quod standum erat illi libro et in libro studuit optime, et bene scivit eum, quod ipse totam utilitatem posuit super Codice signando authenticas que leguntur super Codice».

Quali furono le ragioni che indussero Irnerio a ripudiare questa fonte legislativa dato che tale tradizione non si può mettere in dubbio? La risposta ce la dà una glossa dello stesso Irnerio alla costituzione *Cordi* così concepita:

«Hinc argumentum sumi potest quod liber iste, idest Authenticus, sit repudiandus. Eius enim stylus cum ceteris Iustiniani constitutionibus nullo modo concordat, sed omnino inter se discrepant. Item eius libri principium

nullum est; nec seriem nec ordinem aliquem habet. Item novelle iste constitutiones de quibus hic loquitur non promittunt nisi de novis negotiis et nondum legum laqueis innodatis».

La quale glossa completata con quanto dice Odofredo che Irnerio, oltre che a rifiutare l'Autentico perché non aveva «similem modum nec stilum sicut alii libri Iustiniani uno ab eis discordat», e perché «Iustinianus hic promittit facere librum novellarum de novis constitutionibus», si fondava anche sul fatto che «divisus est per collationes, non per libros», ci permette di fissare a tre le ragioni che stiamo ricercando, e cioè che Irnerio rifiutò l'Autentico:

- 1) perché aveva stile diverso dalle costituzioni del Codice;
- 2) perché si presentava contrario al disposto di Giustiniano, che non voleva vi fossero nel *Corpus iuris* costituzioni fra loro contraddicenti ed ora le Novelle presentavano in alcune loro costituzioni questo fenomeno di contraddizioni;
- 3) perché Giustiniano aveva annunciato che qualora avesse compilato nuove costituzioni l'avrebbe fatto nella forma del Codice.

Critiche acute queste che vengono ad infirmare, come notò il Patetta nel già citato: *Opere attribuite ad Irnerio e scuola di Roma*, tanto l'*Authenticum* quanto l'*Epitome Iuliani*, la quale però Irnerio, quando scrisse la glossa citata, evidentemente non conosceva.

Ora, aprendo una parentesi, il fatto di non conoscere le Novelle e di negarne l'autenticità è un nuovo argomento per smentire la tesi del Fitting, che fece Irnerio allievo della scuola di Roma (chè in tal caso non avrebbe potuto ignorare l'esistenza delle Novelle, né mettere in dubbio la loro autenticità) ed una riprova della veracità della narrazione di Odofredo, secondo la quale Irnerio, già maestro di arti liberali, «studuit per se sicut potuit», e conobbe le varie parti del *Corpus iuris* non tutte insieme, ma solo successivamente ed a lunghi intervalli.

Inoltre per ammettere che Irnerio avesse conosciuto l'*Authenticum* effettivamente per quel che era, con nessun dubbio quindi sull'autenticità del suo contenuto, alla scuola di Roma e quindi sempre prima di

incominciare il suo insegnamento a Bologna, bisognerebbe unirli col Fitting e raffigurarli Irnerio come un vero e proprio lestofante, che dopo di aver tentato in una causa di infirmare l'autenticità della raccolta approfittando dell'ignoranza dei giudici e della bonomia dell'avversario, pur essendo convinto e conscio della sua menzogna, abbia in seguito nello svolgersi del suo insegnamento, per la tema di essere scoperto mentitore e falsario, anche nella scuola infirmata l'autenticità di ciò che egli entro di sé sapeva invece avere perfetto e legale valore.

Ma a parte l'odiosità di tale costruzione, che ripugna per le nessuna basi su cui è fondata, conviene notare che il passo di Odofredo secondo il quale, come abbiamo visto, Irnerio avrebbe negato, in giudizio, l'autenticità delle novelle colle parole: «Vade bene homo! Quia liber ille non erat a Iustiniano factus sed a quodam monacho» potrebbe essere una storiella inventata in base alla notizia data da Bassiano: «quoniam scilicet a monacho vel ab alio scriptum fuerit, ut ait Hyrnerius, quod apparet per suam notulam in const. De emend. Iust. Cod. circa finem positam».

Bassiano quindi si basa sulla glossa d'Irnerio, nella quale si affermava solo la non autenticità, ed aggiunge, forse anche di testa sua, la spiegazione: «quoniam scilicet...».

Né Irnerio si ricredette su questo suo giudizio e così ci affermano gli antichi scrittori sino ad Azzone e ad Accursio.

Solo Rofredo incomincia ad osservare che sembra che Irnerio abbia cambiato opinione, perché egli scrisse le autentiche al Codice, ed Odofredo afferma la cosa come certa.

Senonché la storia delle Autentiche presenta ancora gravissimi dubbi, e il fatto stesso che la glossa irneriana non venne corretta da Irnerio stesso dimostra o che Irnerio rimase sempre dubbioso o che cambiò opinione solo negli ultimi anni della sua vita.

L'opera scientifica d'Irnerio di fronte alle parti nuove del *Corpus iuris* ebbe un indirizzo prevalentemente esegetico; esegesi che veniva sintetizzata appunto nelle famose glosse irneriane, delle quali quelle al *Digestum vetus* furono edite dal Besta nel 1896.

Per l'indirizzo politico, Irnerio fu un fervido seguace delle teoriche imperiali, tendenza questa tipica dei giuristi medioevali che non furono mai troppo favorevoli al papato, non volendo che dalla potenza di questo venisse ad essere oppresso l'impero. Come per gli imperialisti a lui precedenti, l'imperatore si presentava ad Irnerio come la suprema fonte del diritto e l'unico sovrano, dacché a lui il popolo aveva fatta piena cessione della sua sovranità.

E questa sua tendenza la dimostra la sua glossa alla legge 32 del Digesto, *de legibus*, 1, 3:

«Loquitur haec lex secundum sua tempora, quibus populus habebat potestatem condendi leges, idest tacite omnium per consuetudinem abrogabantur. Sed quia hodie potestas translata est in imperatorem, nihil faceret desuetudo populi. y».

Ma in questa glossa nella quale viene affermata l'unicità della fonte del diritto nell'imperatore, combattendo la consuetudine e la disposizione esplicita del Digesto che parla della *consuetudo contra legem*, affermandone la sua implicita abrogazione da quando il popolo romano cedette questo diritto di fare leggi nelle mano dell'imperatore, dimostra Irnerio la sua mala fede. Perché se egli veramente pensava e credeva che secondo il disposto giustiniano il *Corpus iuris* non poteva contenere elementi contraddicenti, l'opinione da lui professata, se era realmente aderente allo spirito della legge, portava a riconoscere un'intima contraddizione tra il presupposto giustiniano e l'inserzione di una costituzione che con quel principio veniva logicamente ad urtare. E Giustiniano allora, se così veramente fosse stato, a quale scopo l'avrebbe inserita ?

In ogni modo questa glossa irneriana fu la base di tutte le pretese imperiali.

Le opere di Irnerio e quelle a lui attribuite

All'infuori delle glosse irneriane, delle quali parte sono ancora inedite e che si possono con sicurezza ritenere opera del dottore bolognese, nulla

altro abbiamo che si possa con verosimiglianza porre sotto la paternità di Irnerio, per quanto numerose siano state le opere ad esso attribuite.

Esaminiamole brevemente:

1) Il *Formularium tabellionum* di cui fanno testimonianza tanto Odofredo: [...] fecit primum formularium idest librum omnium instrumentorum, et scripsit instrumetum emphyteuticum», quanto Accursio: «Ex hoc sumpsit Irnerius quod posuit in formulario tabellionum in contractibus emphyteusis; dicunt enim sic: emphyteuticariis petitionibus annuendo».

Tale opera si reputò definitivamente perduta sino a che il Palmieri credette di poterla ravvisare, per quanto soggetta a mutamento ed a correzioni, in un formulario che la Biblioteca Magliabechiana di Firenze ci ha conservato e che il Palmieri editò nella *Bibliotheca Iuridica Medii Aevi*, curata dal Gaudenzi.

Ma tale attribuzione del Palmieri non convinse né convince gli storici del diritto, e l'opera quindi irneriana tornò a ritenersi definitivamente perduta, o forse anche mai esistita. A rifiutare l'attribuzione del Palmieri, a parte l'antigiuridica e illogica distinzione del lavoro in cinque libri dei quali il primo si occupa degli *instrumenta proprietatis*, il secondo degli *instrumenta emphyteotica*, il terzo dei testamenti, il quarto confusamente delle donazioni, adozioni, mancipazioni e transazioni, il quinto dei patti, delle cauzioni «et aliorum contractuum extraordinariorum», vi sono altri argomenti positivi che vengono ad escludere l'attribuzione di quest'opera ad Irnerio.

Infatti l'allegazione fatta nel *Formularium tabellionum* dello «statutum bononiensis civitatis» e della «consuetudo civitatis longa in scriptis non redacta», mentre si trovano accenni delle autentiche *Habita* e *Sacramenta puberum* emanate da Federico I, fa pensare che quelle allegazioni non si possono ritenere aggiunte posteriori ma parti integranti della compilazione; inoltre le esplicite menzioni fatte nelle formule delle sterline, delle fiere di Provins e di Ligny e delle *decretales* accanto ai *decreta*, indizi che ci

avvicinano al sec. XIII, vengono ad escludere la possibilità di un'attribuzione di paternità di tale opera ad Irnerio.

L'autore di essa si poté ispirare ad Irnerio per la parte concernente le concessioni enfiteutiche nella quali troviamo applicata la formula irneriana. Prima di Irnerio, cioè, si usavano per le concessioni enfiteutiche due atti, uno col quale chi voleva la concessione in enfiteusi ne chiedeva la concessione, l'altro col quale il proprietario del fondo chiesto in enfiteusi annuiva alla richiesta.

Irnerio ridusse la pratica ad un atto solo, a quello di concessione, essendo implicito che se a Tizio veniva concesso un fondo in enfiteusi ciò avveniva perché Tizio tale concessione desiderava, il che appariva dalla formula: «*Petitionibus emphiteuticarii annuendis*».

A nostro avviso, ritornando al *Formularium*, conviene riportare l'epoca della compilazione di esso alla fine del sec. XII e riconoscere che contenga aggiunte fatte nel secolo XIII, in ogni caso però sempre in epoca posteriore ad Irnerio, non essendo sufficiente il fatto di contenere formule irneriane per attribuirlo al dottore bolognese.

2) Le *Quaestiones de iuris subtilitatibus* in forma di dialogo che il Fitting attribuì ad Irnerio, avendogliele fatte inoltre comporre a Roma verso il 1082.

La loro non possibile attribuzione alla scuola di Roma risulta evidente dopo quanto abbiamo esposto in merito alla scuola stessa, e che cioè essa abbia potuto durare fino all'epoca irneriana, e in questa negazione è implicita l'affermazione che le *Quaestiones* non possono essere state scritte anteriormente al sorgere della scuola di Bologna.

Per ciò che riguarda l'attribuzione ad Irnerio incominciamo col negare quanto venne affermato dal Fitting che il dottore bolognese le scrivesse cioè al principio della sua carriera scientifica, poiché esse presuppongono la conoscenza di tutte le parti del *Corpus iuris*; mentre, come abbiamo precedentemente affermato, Irnerio giunse alla conoscenza di esso gradatamente ed a distanza notevole dall'una parte all'altra.

Inoltre l'uso fatto nelle *Quaestiones* dell'*Authenticum* viene a convalidare l'affermazione nostra tendente al disconoscimento della

paternità irneriana delle *Quaestiones* stesse: e ciò per le ragioni alle quali, poche pagine addietro, abbiamo fatto cenno.

Ne d'altronde si può accettare, a sostegno dell'alta antichità dell'opera, ciò che al Fitting si presentò così evidente e del tutto spoglio di equivoci: l'uso cioè nelle *Quaestiones* di un'opera ante-giustiniana e probabilmente le Istituzioni di Gaio o il *Liber regularum* di Ulpiano nella sua integrità.

Ma l'opinione del Fitting non regge se noi poniamo a confronto un passo delle *Quaestiones* (XX 2, inf.) che secondo lo storico tedesco dovrebbe coincidere perfettamente con Gaio, III, 131, con la costituzione del Codice 4, 30, 5, dal quale evidentemente risulta essere attinto il brano delle *Quaestiones*.

Né maggior valore hanno le altre identità, scoperte dal Fitting, con Gaio; e la conclusione che si può trarre da questa dimostrazione è se non che ci pare del tutto inverosimile l'uso di una fonte ante-giustiniana da parte dell'autore delle *Quaestiones*.

Posto quanto abbiamo affermato, non riusciamo a vedere argomenti contrari all'attribuzione delle *Quaestiones* al sec. XII, né nella tendenza a fare prevalere il principio dell'*aequitas*, né nella forma delle citazioni, per quanto il Fitting si sforzi di contrapporre l'indirizzo positivo della scuola bolognese all'indirizzo dei giuristi del secolo XI, da lui indicati, come abbiamo visto, quali veri ed autentici precursori della scuola del diritto naturale.

Ora nel proemio delle *Quaestiones* è affermato che attorno alle leggi romane si affaticavano «viri non quidem pauci sedule dantes operam, ut si que ex litteris ab aequitatis examine dissonarent, haberentur pro cancellatis».

Ma il significato che a queste parole volle dare l'autore ha probabilmente estensione assai minore di quanto a prima vista possa sembrare.

In esso infatti l'autore delle *Quaestiones* ammette che il diritto deve presentarsi come un'*aequitas constituta* e che vi sono quindi due specie di equità: l'equità naturale, immutabile ed eterna, e la civile, che varia col variare dei tempi e dei luoghi; egli ammette che i nuovi legislatori possono

«obviari prioribus» con aggiunte e correzioni e ciò quindi non può farci meraviglia che l'autore delle *Quaestiones* voglia abrogare e correggere quelle disposizioni le quali non siano eque, ma solo una «imitatio aequitatis», forse anche perché non corrispondono ai nuovi tempi.

La forma più libera delle citazioni e diversa da quella dei glossatori diede nuovo motivo al Fitting di attribuire la *Quaestiones* al secolo XI.

Ma, osserva sempre il Patetta (op.cit.), per ciò che riguarda il metodo delle citazioni la forma dialogica influì certamente a renderle più libere, e d'altra parte il modo delle citazioni è unicamente un debole indizio, e non certamente una prova, che l'opera appartenga ad un periodo anteriore a quello in cui si formò lo studio bolognese.

Inoltre lo stesso indirizzo politico dimostrato dall'autore delle *Quaestiones* esclude ogni possibilità di paternità irneriana, chè se infatti esse, per il loro contenuto giuridico, si possono riattaccare all'indirizzo determinato dai quattro dottori allievi di Irnerio, per la parte politica si vengono decisamente a staccare dall'indirizzo segnato dalla scuola di Bologna.

Il principio democratico infatti che in esse aleggia per cui l'imperatore è unicamente considerato un rappresentante del popolo a cui deve rendere conto del proprio operato e dal quale può pure essere deposto, per cui l'autorità sovrana risiede in tutta la cristianità che delibera mediante le parti migliori del popolo, secondo l'autore quello di Roma, città in cui avrebbero dovuto risiedere gli imperatori che quando vantano la loro dominazione in Italia non fanno altro che maggiormente irritare una piaga, è decisamente in contraddizione con le idee politiche di Irnerio che abbiamo notate a suo luogo. Né un bolognese avrebbe certamente avanzato teorie così arditamente democratiche: l'autore si presenta in tal modo come un romano, ed a Roma ci riporta la considerazione che tali idee furono bandite colà verso la metà del secolo XII dal popolo romano entusiasmato dal fanatismo suscitato da Arnaldo da Brescia, che portò alla ricostruzione del Senato romano e a quell'immediato entusiasmo, per cui si presero a contare gli anni non più dalla fondazione di Roma o dall'era volgare, ma *ab instauratione Senatus Romani*.

Entusiasmo questo che eccitò il popolo romano a mandare ambasciatori al Barbarossa e a spingere questi a fare all'imperatore una vera e propria esposizione delle teorie nelle *Quaestiones*, facendogli presente come egli doveva rendere conto al popolo del suo operato e come potesse eventualmente essere deposto. Un cronista tedesco, presente a questa ambasciata, narra che fu tale e tanto lo scandalo e l'indignazione suscitata dalle parole degli ambasciatori fra i componenti il corteggio imperiale, pur essi presenti, che solamente a stento e colla fuga si sottrassero gli ambasciatori allo sfogo di tanta ira.

Avrebbe potuto Irnerio fervido sostenitore dell'imperatore e dei diritti dell'impero, o alcuni dei suoi discepoli che diedero nella dieta di Roncaglia il maggior riconoscimento alle pretese imperiali, comporre un'opera così decisamente avversa ai diritti di colui che avevano impreso a difendere?

Inoltre ancora, si presentava, a nostro avviso, significativa la prima fase del proemio delle *Quaestiones* nella quale l'autore descrive ciò che gli altri non hanno potuto vedere nel tempio della giustizia, che non è difficile identificare con una scuola di diritto; ora se l'autore fosse stato veramente Irnerio non ci sarebbe stato bisogno di tale descrizione, potendo chiunque frequentare la scuola da lui fondata a Bologna; mentre si comprende il significato di quella se si considera autore delle *Quaestiones* un romano che, non essendovi in Roma scuole di diritto, sentiva la necessità di descriverle a chi ascoltava la narrazione e che non era in grado di poterle vedere.

Concludendo noi riteniamo le *Quaestiones de iuris subtilitatibus* un'opera che si deve attribuire a qualche autore romano e alla seconda metà del secolo XII.

3) La *Summa Codicis* che il Fitting attribuisce ad Irnerio ci è giunta attraverso tre manoscritti, e in essa, premettiamo, non vi è nulla che non possa essere stato scritto da un giureconsulto bolognese verso la metà del secolo decimosecondo.

Convieni anche in questo caso risalire alle fonti.

Odofredo dice in più luoghi che la più antica *summa* fatta sul Codice fu quella di Rogerio, giureconsulto di cui abbiamo notizia nel 1158 e nel 1162.

D'altra parte Placentino narra di aver ultimato la *Summa* di Rogerio prima di aver pensato a scriverne una interamente sua e, da calcoli molto probabili, appare verosimile che il primo lavoro fosse fatto da Placentino verso il 1170 e che quindi questo anno segni il limite estremo della vita di Rogerio.

Ora noi possediamo due *summae*: l'una, di cui più sopra abbiamo fatto menzione, ed è quella che il Fitting attribuisce ad Irnerio, l'altra è quella attribuita a Rogerio. Le due *summae* in gran parte corrispondono perfettamente.

A noi parrebbe ora che la *Summa* attribuita ad Irnerio si possa ritenere compilata verso la metà del secolo decimosecondo da autore a noi ignoto e che Rogerio, quando si pose a scrivere una nuova *Summa*, si sia in gran parte basato su di essa.

Quando per la sua morte rimase interrotto il lavoro da lui iniziato (comprendeva gran parte dei primi quattro libri ed il principio del quinto) venne completata da qualche amanuense copiando semplicemente le parti mancanti dalla *Summa* più antica.

Infine Placentino intraprese la continuazione dell'opera di Rogerio e la condusse a termine, ma, temendo poiche per essere la nuova *Summa* opera di due autori si generasse confusione ed il suo lavoro potesse attribuirsi a Rogerio, si pose anche a rifare i primi titoli elaborati da Rogerio, dando così una *Summa* nella quale «a capite usque ad calcem, ab initio usque ad finem nihil inveniri valeat, quod sit alienum» (cfr. Patetta, op. cit., pag. 108-110). E ciò è basato su argomenti che per brevità qui non riproduciamo.

Quanto al problema poi, avendo escluso che possa essere stato Irnerio il compositore di essa, di chi abbia potuto esserne l'autore, non si può, allo stato attuale della questione sperarne una soluzione definitiva.

Unicamente possiamo combattere gli argomenti del Fitting in favore della attribuzione della *Summa* ad Irnerio; essi sono:

- 1) una completa concordanza sostanziale fra la *Summa* e numerose glosse Irneriane;

- 2) un rapporto eguale fra la *Summa* e le moltissime autentiche al Codice;
- 3) corrispondente uso di espressioni particolarissime nella *Summa* e nelle altre opere di Irnerio;
- 4) il presentarsi nella *Summa* opinioni tipicamente irneriane in merito a questioni controverse;
- 5) citazioni dalla *Summa*, nelle quali è esplicitamente nominato Irnerio.

Ora, secondo il Patetta, tutti gli argomenti dei primi due gruppi, e probabilmente anche dei due successivi, si possono respingere in massa, basandoci su una affermazione dello stesso Fitting, che cioè «i successori di Irnerio e specialmente i quattro dottori si sono appropriati senza la più piccola esitazione ed in larghissima misura ciò che era proprietà intellettuale di lui, e questo senza punto ritenere necessario nominarlo».

Gli argomenti raggruppati sotto il terzo punto si riducono in definitiva al fatto che nella *Summa* il Digesto sarebbe indicato con il nome di *responsa prudentium* o *responsa* semplicemente, il Codice con *constitutiones*, e le Novelle con *novae constitutiones*. Ma dell'uso del termine *constitutiones* per il Codice il Fitting stesso riconosce di non aver trovato esempio nelle glosse di Irnerio ed ammette anche che la parola *responsa* veniva usata dai glossatori ad indicare non il Digesto in genere, ma le singole decisioni contenute nei frammenti del Digesto stesso. Per ciò che si riferisce alle Novelle, il trovarle citate con il termine di *novae constitutiones* non ha grande importanza, che se si pensa, del resto, è il nome indicato dallo stesso Giustiniano nella costituzione *Cordi*.

In merito al quarto gruppo di argomenti non può fare meraviglia trovare che l'autore segua, cioè, l'opinione di Irnerio in questioni controverse; non facciamo altro che ricordare ciò che abbiamo detto a proposito delle prime due argomentazioni.

L'ultimo gruppo di argomenti a favore di un'attribuzione irneriana della *Summa* si riducono, come abbiamo accennato, alle pretese citazioni della *Summa* stessa con il nome di Irnerio. La prima di esse, che il Fitting notò, si trova nella *Summa* di Rogerio (I-7) ove si trova una doppia indicazione della origine irneriana di essa, riscontrandosi appunto la frase «et hoc

secundum gar» e poco dopo un'altra: «et hoc secundum y». Ma il Fitting volle distinguere le due derivazioni, attribuendo la prima di esse alle *Quaestiones* e la seconda alla *Summa Codicis* 1, 14 § 7, non rilevando che le parole di Rogerio hanno molta maggiore analogia con una glossa irneriana citata dal Fitting stesso.

Inoltre, rileva il Patetta: «quanto alle glosse conocrdanti colla *Summa* e citate dal Fitting come tratte da essa, è invece più probabile, o almeno non è mai esclusa la possibilità, che esse siano la fonte dei passi corrispondenti della *Summa* stessa. Ad ogni modo nelle opere dei glossatori, per quanto finora è noto, manca assolutamente un accenno qualsiasi ad una *Summa Codicis* composta da Irnerio; e ciò costituisce un argomento di moltissimo valore contro le ipotesi del Fitting, il quale non è riuscito ad attenuarne l'importanza» (op. cit., pag. 121).

4) L'attribuzione ad Irnerio del frammento *De natura actionum* è intimamente legata all'attribuzione o meno della *Summa Codicis* al dottore bolognese. L'attribuzione del frammento ad Irnerio è infatti basata sulle analogie intercorrenti tra il frammento ed alcuni passi della *Summa* e sul fatto che in questa (IV, 10 § 9) è promessa una trattazione più ampia della materia delle *actiones*: «nos vero natura [actionum] et earum causam alio loco, annuente Deo, latius atque utilius, prout res exigit, enodabimus».

Ma, non ammettendo noi la possibilità di attribuzione della *Summa Codicis* ad Irnerio, cade ogni possibilità di attribuzione al medesimo del frammento *De natura actionum*.

5) La *Summa Institutionum*, conservataci in due manoscritti, uno a Bologna e l'altro a Vienna, venne edita dal Palmieri ed, a nostro avviso, sembra che si tratti di lezioni forse alquanto rimaneggiate, ma in origine raccolte bene o male dalla viva voce di un insegnante, il quale, naturalmente, aveva sott'occhio il testo delle Istituzioni abbondantemente glossato. Infatti parecchie autentiche e molte glosse, che ancora si leggono in molti manoscritti delle Istituzioni, sono riprodotte nella *Summa* letteralmente o quasi e inoltre l'autore di essa parla molte volte in prima persona, anche quando non fa che ripetere o spiegare le parole del testo.

Le analogie colle *Quaestiones* fecero pensare ad un'attribuzione ad Irnerio, ma noi, posto quanto abbiamo detto in merito alle *Quaestiones*, possiamo allo stato dei fatti rifiutarla; come pure possiamo ributtare analoga attribuzione basata sull'esistenza del testo della *Summa Institutionum* nel manoscritto contenente la *Summa Codicis*, avendo negata l'origine irneriana della *Summa Codicis* stessa. Mi soffermerò brevemente sul fatto che nel ms. viennese si trovano aggiunte che portano la sigla di Martino (M.) fatto che fece esprimere al Palmieri l'opinione che la *Summa Institutionum* di Irnerio fosse stata glossata da Martino.

Noi non riteniamo che il manoscritto viennese ci dia la *Summa* glossata da Martino, ma pensiamo piuttosto che le aggiunte aventi la sigla di Martino siano state inserite a margine e poi nel testo anche molto tempo dopo la morte di questo dottore e che quindi non ci possono dare nessun indizio sicuro dell'epoca della *Summa*, che noi riteniamo, basandoci sulla età probabile del manoscritto di Vienna opera probabile della seconda metà del secolo XII.

6) La *Summa legis Langobardorum* che abbiamo già affermato non potersi attribuire ad Irnerio.

I discepoli di Irnerio

L'eredità scientifica d'Irnerio fu raccolta dai quattro dottori: Martino, Bulgaro, Iacopo ed Ugo.

Secondo una tradizione che Acerbo Morena raccolse da qualche studente bolognese, Irnerio morente, avendo al suo capezzale i quattro discepoli, li avrebbe definiti suoi successori graduandoli nel famoso distico:

Bulgarus os aurem, Martinus copia legus
Mens legum est Ugo, Jacobus id quod ego

designando così come suo diretto prosecutore, quasi suo *alter ego*, Iacopo.

I quattro allievi però aprirono in Bologna quattro scuole diverse, delle quali le due più rappresentative e, con indirizzo tra loro contrastante, furono quelle di Bulgaro, il cui metodo era guidato piuttosto dall'equità e dalla mente delle leggi, e di Martino, che restava legato piuttosto ad una interpretazione letterale della legge stessa.

Le discussioni tra Bulgaro e Martino furono però, come osserva il Besta, qualche cosa di diverso dalle *altercationes* dei giuristi pavesi; e pare che abbiano realmente implicata una fondamentale differenza di tendenza e di vedute, un'antitesi di scuola analoga a quella tra sabiniani e proculeiani.

In merito all'indirizzo politico, essi si mantennero fedeli all'insegnamento di Irnerio e furono proprio i quattro discepoli che alla dieta di Roncaglia redassero l'*indictus* dei diritti imperiali.

In un'epoca immediatamente successiva si ebbe il rapido estendersi della cultura giuridica alle altre città d'Italia, specialmente Padova e Modena, e in Francia, dove si recò nel secolo XII il Placentino, e in Inghilterra. Più tardi poi avvenne in Germania la famosa recezione del diritto romano.

Alla morte di Irnerio la scuola di Bologna era ancora privata e tale la mantennero i suoi discepoli. Tra maestro e scolari esisteva una specie di contratto, per il quale dietro pagamento di una certa somma il docente si impegnava di istruire l'allievo, di mantenerlo e dargli alloggio, come si vede ancora fare da alcuni artisti con i loro discepoli.

Ben presto però, crescendo enormemente il numero degli studenti, si venne formando a Bologna, verso la metà del secolo XII una vera e propria scuola, con privilegi e organizzazioni stabili.

All'epoca dell'imperatore Federico Barbarossa è dovuto il primo privilegio concesso alla scuola con la *Authentica Habita* aggiunta poi alle costituzioni Novelle di Giustiniano nel *Corpus iuris*. Questo regime di favore che il Barbarossa intese concedere soltanto alla scuola di Bologna, ma che viceversa si applicò anche alle altre università, consisteva nel sottrarre professori e studenti alla giurisdizione comune. Gli allievi dovevano essere giudicati sia per le cause civili che per le penali dai loro maestri e dal vescovo della città. Il privilegio li sottrasse al grave peso originato dal diritto di rappresaglia a quei tempi in assoluto vigore.

Per tale diritto un cittadino, che non fosse stato soddisfatto in qualche sua pretesa da un forestiere, poteva rivalersene sopra un connazionale di quel forestiere.

L'*Authentica Habita* dispensò allievi e maestri della scuola di Bologna dal sottostare alla continua minaccia che incombeva sui forestieri in forza della rappresaglia eventualmente esercitata dai cittadini. Naturalmente i Bolognesi accolsero con sfavore il privilegio imperiale, che eccitò sempre più gli animi contro la prepotente dinastia tedesca. Prima dell'emanazione dell'*Authentica* c'erano stati a Bologna gravi tumulti e sanguinose rivolte, in occasione di condanne a morte di studenti e poiché si verificarono esodi in massa dalla città di professori e di allievi, nel secolo XII il Comune di Bologna, per eliminare l'inconveniente venne nella deliberazione di far giurare ai maestri della scuola che non l'avrebbero mai abbandonata. A tale disposizione, non si fece gran caso, tanto più che i professori erano costretti a giurare. Placentino, per esempio, non badò a mancare la sua promessa.

Le università italiane si organizzarono come le solite associazioni di arti e mestieri.

Ad ogni nazione, anzi, corrispondeva un'associazione, così c'era, per esempio, quella degli ultramontani. Ciascuna possedeva il suo rettore e i suoi consiglieri. A questo sistema si contrapposero in Francia le università a ordinamento teologico e monarchico, la cui organizzazione non era certamente democratica e studentesca come la nostra. Il titolo dato nelle università italiane ai professori era *dominus*; gli studenti si chiamavano soci o compagni, dall'antica *societas* dei romani.

Quando i vari comuni vennero nella decisione di assegnare essi stessi uno stipendio ai professori in ragione del loro merito e della loro fama, sorsero le università comunali.

L'elemento economico apparve allora chiarissimo e i comuni andarono a gara a procurarsi i più famosi giuristi per attirare nella città gran copia di studenti; in certi luoghi, come a Lione, raggiunsero la cifra di 10.000. Di qui si vede anche la ricchezza del paese, perché il recarsi in città spesso lontane a scopo di studio importava spese rilevanti.

Di fronte alle università comunali si venne delineando verso la metà del secolo XIII la prima università di Stato, fondata da Federico II a Napoli. Quell'imperatore, per motivi noti a tutti, aveva del rancore contro Bologna e cercò di portare un colpo mortale alla sua scuola creando l'università

napoletana. Egli abolì i privilegi concessi dal Barbarossa e impedì ai suoi sudditi di recarsi a scopo di studio a Bologna, imponendo invece loro la sua nuova università. Ma queste disposizioni furono ben poco osservate.

L'insegnamento della scuola di Bologna fu, come abbiamo visto, un insegnamento tipicamente esegetico, essendo i glossatori di fronte a testi in parte sconosciuti (ricordiamo che analogamente Cuiacio nel sec. XVI ritornò al metodo esegetico di fronte a nuove fonti ante-justiniane).

L'interpretazione si presenta quindi a carattere puramente scientifico (solo più tardi con Bartolo e Baldo, cioè con la scuola dei pratici, avremo una elaborazione del diritto romano) e i testi venivano letti secondo le disposizioni giustiniane che stabilivano che cosa nei cinque anni doveva essere letto.

Da questo indirizzo esegetico si determinarono le opere uscenti dalle scuole di Bologna.

- 1) *Glosse*: con che venivano spiegate e sciolte le difficoltà, relazionate le parti del *Corpus iuris*. Le singole interpretazioni vengono siglate: Irnerio: G.Y.Yr.W., Bulgaro: B., Martino: M., Jacopo: Ja, Ugo: U., Azzone: Az., Placentino: Pl., e verranno poi riunite nel sec. XIII da Accursio nella *Glossa magna* o *ordinaria*, che si trova in tutti i manoscritti bolognesi del secolo XIII e in tutte le edizioni a stampa del *Corpus iuris* sino al sec. XVI, epoca in cui cade sotto la critica della scuola francese che rinveniva in essa grossolanità d'interpretazione, lingua cattiva e che accusava la Glossa di celare nel fimo le perle giustiniane. Tuttavia esse si presentano di grande importanza per la storia del diritto perché conviene ricordare che l'interpretazione errata dei glossatori valeva pur contro la verità del testo.
- 2) *Dissensione dominorum*: date dalle contrastanti opinioni dei nuovi maestri di diritto con i quattro allievi di Irnerio. La più antica raccolta è quella che contiene le diverse opinioni di Irnerio e dei suoi quattro discepoli; le altre comprendono le *dissensiones* sino al secolo XIII.
- 3) *Quaestiones*: raccolte di questioni dibattute nelle scuole; l'edizione delle *quaestiones* più antiche, quelle di Bulgaro cioè, è del Patetta.

Abbiamo già parlato delle famose *Quaestiones de iuris subtilitatibus* falsamente attribuite ad Irnerio.

- 4) *Summae*: sommari delle varie parti del *Corpus iuris*, che dovrebbero esporre ordinatamente il sunto di una di queste parti.

Anche qui abbiamo già parlato della *Summa Codicis* e della *Summa Institutionum* attribuite ad Irnerio. Ricordiamo la *Summa Codicis* di Rogerio, di cui abbiamo fatto parola, completata da Placentino che poi rifece anche di nuovo i primi libri.

INDICE - SOMMARIO

INTRODUZIONE pag. 3 – 4

Divisione generale delle fonti giuridiche in:

- a) Legislative: scritte (legge), non scritte (consuetudine).
- b) Documentarie
- c) Letterarie

Sussidi per lo studio delle fonti della storia del diritto:

- 1) per le fonti romanistiche: opere dello Schupfer, del Besta, del Savigny e del Conrat.
- 2) per le fonti canoniche: opera del Maassen, dello Schulte, del Fournier e del Tardif.
- 3) per le fonti germaniche: le opere del Müllenhoff, dell'Holtzmann, del Kaufmann, del Pallmann, dello Schmidt ecc.

Capitolo I

LE FONTI LEGISLATIVE pag. 5 – 41

- 1) Il periodo gotico-bizantino (476-568) distinto in:
 - a) periodo pre-giustiniano (Codice Ermogeniano, Codice Teodosiano, Novelle post-teodosiane, ecc.).
 - b) periodo giustiniano (*Corpus iuris*).
- 2) Il periodo dell'invasione longobarda (568-1056), in cui si distinguono le popolazioni viventi a legge barbarica e a legge romana.

Tre specie di popolazioni romane:

- a) bizantina, b) teodosiana, c) giustiniana (pag. 6).

Il formarsi delle consuetudini (pag. 6).

Altri diritti vigenti in Italia:

- a) il diritto mussulmano, b) il diritto normanno (pag. 6).

LE FONTI FINO AL SECOLO XI

Quattro categorie di fonti: A) romane, B) barbariche, C) canoniche, D) consuetudinarie.

A) Fonti romane: (pag. 7-22)

- 1) ante-giustiniane (pag. 7-8)

Il principio della personalità del diritto. La *Lex Romana Wisigothorum* o Breviario Alariciano e sua composizione. Il Gaio Visigotico.

2) giustinianee (pag. 8-16)
le diverse vicende del *Corpus iuris* durante la dominazione longobarda:

a) il Digesto, sua scomparsa e sua ultima citazione nelle lettere di Gregorio Magno, sua ricomparsa in un placito del 1076. Ricomparsa di esso nel secolo XI a gradi: il *Digestum vetus*, il *Digestum novum*, l'*Infortiatum*, le *Tres partes*.
(pag. 8-10)

b) le Novelle; l'*Epitome Iuliani* e l'*Authenticum*.
Scomparsa nell'alto medioevo dell'*Authenticum* e sua ricomparsa nel sec. XI in alcune collezioni canoniche. Fortuna dell'*Epitome Iuliani* nell'alto medio evo.
(pag. 10-11)

c) le Istituzioni: conosciute in tutti i secoli del medio evo. Il ms. torinese e quello di Bamberg. Ragioni della loro vitalità
(pag. 11-12)

d) Il Codice: mutilazione di esso in nove libri.
I *Tres libri*. L'*Epitome Codicis* e l'*Epitome aucta*. Ricostituzione del Codice da parte dei Bolognesi, loro metodo. La *Summa Perusina* e la fortuna del Codice nel territorio romano, fortuna della *Summa*, errori di essa. (pag. 12-15).
Criteri per giudicare dell'epoca in cui fu compiuto uno scritto giuridico.
(pag. 16)

3) bizantine (pag. 16-22)

La *Geschichte des griechisch-römischen Rechts* dello Zachariae von Lingenthal e divisione della storia del diritto bizantino in 6 periodi:

a) primo periodo (565-717) caratterizzato dallo svolgimento del diritto giustiniano. Lavori sulle Istituzioni: la Parafraresi di Teofilo. Lavori sul Digesto: indici di Teofilo, di Doroteo, di Stefano, di Cirillo, e di un Anonimo. Lavori sul Codice: indici di Talaleo, di Isidoro, di Anatolio, di Stefano, di Teodoro. Lavori sulle Novelle: compendî di Teodoro e di Atanasio. *Ἰμνοβιβλίον τῆς ἐναντιοφάνης*. Lavori sui canoni: raccolta di 60 Canoni con aggiunta la *Collectio XXV capitulorum*, la *Sinopsis canonum* di Stefano, la *Collectio constitutionum ecclesiasticarum tripartita*, la *Sinagoge canonum* di Giovanni Scolastico.
(pag. 16-19)

b) Il secondo periodo (717-867)

La Ἐκλογή τῶν νόμων, sua diffusione in Italia: la *Lectio legum breviter facta a Leone piissimo papa et Constantino imperatore*.
L'*Egloga privata*, l'*Egloga privata aucta*, l'*Egloga mutata*.
Le *Leges rusticae* (νόμος γεωργικός), le *Leges navales* (νόμος ναυτικός). Le *Leges militares* (νόμος στρατιωτικός).
(pag. 19-20)

c) Il terzo periodo (867-1042)

Il πρόχειρος νόμος. L'Ἐπαναγωγή τῶν νόμων.

I Basilici, loro contenuto e importanza.

La Novella di Romano Lacapeno. Inoltre: La Ἐπιτομή τῶν νόμων in 50 titoli. La Ἐκλογή καὶ σύνοψις τῶν βασιλικῶν, la *Epanagoge aucta*, la πεῖρα.
(pag. 20-21).

d) Il quarto periodo (1042-1206)

La Novella περὶ τοῦ νομοφύλακος e la sua importanza per lo Studio di Costantinopoli.

Il Πείρα ἡγουν διδασκαλία εκ τῶν πράξεων, il commentario sull'*Epitome canonum*, il Tipucito e sua importanza.

L'*Egloga ad Prochiron mutata* e l'*Egloga privata aucta*. (pag. 21-22)

e) Il quinto periodo (1206-1453)

Il *Prochiron auctum*, e il Manuale di Costantino Armenopulo.
(pag. 22)

f) Il sesto periodo (pag. 22)

B) Fonti barbariche (pag. 22-32)

1) Diritto longobardo

L'Editto longobardo, sua compilazione: a) le leggi di Rotari, b) le aggiunte di Grimoaldo, c) le aggiunte di Liutprando, d) le aggiunte di Rachi e di Astolfo.

Il diritto longobardo nelle regioni beneventane. I *Capitula domini Arechis principis*. Le *pactiones*, la *Charta divisionis*. Edizioni dell'Editto longobardo. (Pag. 22-26)

2) Le leggi franche

I capitolari: loro significato. I *capitularia*: 1) *legibus addenda*, 2) *per se scribenda*, 3) *missorum*.

Varie denominazioni dei capitolari nel periodo merovingico e carolingio. I capitolari ecclesiastici e i capitolari mondani. La raccolta di Ansegiso e sua divisione. La raccolta di Benedet-to Levita: finzione dell'incarico di raccogliere i capitolari, fonti di essa, ritenuta autentica dagli stessi imperatori.

Il Capitolare italico: epoca della sua compilazione, sua distribuzione, sue fonti.

(pag. 26-32)

C) Fonti canoniche (pag. 32-37)

Il criterio cronologico. La collezione di Dionisius Exiguus, e la cosiddetta *Collectio Dionisio-Hadriana*. Cresconio e la riordinazione sistematica della raccolta dionisiana nella *Concordia canonum*.

La falsificazione dello Pseudo-Isidoro. Fonti di essa, metodo organico. Scopo della falsificazione. Diffusione e fortuna di essa. Impossibilità di determinarne l'autore. Esclusione della sua origine italica e pontificia.

(pag. 33-35)

La falsificazione di Benedetto Levita; i *Capitula Angilramni*.

La *Collectio Anselmo dedicata*, sue caratteristiche e sue fonti.

Collezioni canoniche con testi di leggi romane per gli ecclesiastici che vivevano a legge romana:

a) *Innovationes legum Novellarum divae memoriae Iustiniani* o *Summa de ordine ecclesiastico*.

b) *Lex Romana canonice compta*.

c) *Excerpta Bobiensia*.

(pag. 36)

Nel secolo XI: il *Decretum* di Burcardo di Worms e sue fonti; la *Collectio duodecim partium*. L'opera collezionista della riforma gregoriana: le *Diversae sententiae patrum*, il *Capitularium* del Cardinale Attone, la *Collectio canonum* di Anselmo da Lucca, la *Collectio canonum* del Cardinale Deusdedit, il *Liber de vita christiana* di Bonifacio VIII, il *Decretum*, e la *Collectio Britannica*, e la *Collectio Farfensis*.

(pag. 37)

D) Fonti consuetudinarie (pag. 38-41)

Causa del risorgere del principio della territorialità. La consuetudine e suoi effetti. La consuetudine scritta (la consuetudine di Genova). Contrasti tra la consuetudine e la norma legislativa. Posizione dei giuristi di fronte a questo problema: i longobardisti propensi all'interpretazione della consuetudine come suppletiva della legge, i romanisti divisi in due campi la negavano o l'ammettevano.

(pag. 38-39)

Il diritto ecclesiastico di fronte alla consuetudine.

Il principio della spontaneità intaccato, la consuetudine e la *corruptela*: l'*adprobatio*.

(pag. 39-40)

I giureconsulti ed il principio della *rationabilitas*.

La città dell'alta Italia e la consuetudine. La *consuetudo loci* (generale e speciale). L'uso giudiziario (*lex* e *laudamentum*)

(pag. 40 – 41)

LE FONTI DOCUMENTARIE (pag. 42-62)

Il documento e sue definizioni da un punto di vista storico, giuridico, diplomatico. Partizione dei documenti in pubblici e privati e loro definizioni.

(pag. 42-43)

Le parti del documento “tipo”: testo e protocollo (protocollo iniziale o formule iniziali e escatocollo).

Parti di cui si compone il testo: esordio o preambolo, notificatio, expositio, dispositio, sanctio, corroboratio. Parti di cui si compone il protocollo: *invocatio, intitulatio, datatio, adprecatio, subscriptio*.

(pag. 43-44)

Tipi di documenti: a) Documenti pubblici (pag. 44-49)

1) Il documento imperiale: distinzione generale dei documenti imperiali in: 1. *leges capitulares* e *constitutiones*; 2. *placita, iudicia, notitia, iudicata*; 3. diplomi, mandati, lettere e loro definizioni.

(pag. 44)

Il diploma: sue caratteristiche nelle parti; la sottoscrizione: l'uso del *sacrum encaustum*; il *signum manus regis*, il monogramma. Il sigillo: uso bizantino (aureo, argenteo); l'uso presso i Franchi; la casa di Sassonia e i sigilli pendenti; i re di Francia e le *litterae in cera viridis* e le *litterae in cauda duplici*.

Uso del sigillo in parecchie città italiane.

(pag. 45)

Altri documenti pubblici: sentenze dei magistrati, e gli atti notarili.

2) Il documento pontificio: storia di esso e divisione in sei periodi.

1° Periodo: caratteristiche, denominazione varia.

2° Periodo: i privilegi e le *litterae*; l'uso del papiro e della pergamena. Caratteristiche: la *bullae*.

3° Periodo: introduzione della *rota*, suoi elementi e sue particolarità; ancora lettere e privilegi, distinzione dei privilegi: in privilegi grandi o bolle maggiori e privilegi semplici o bolle minori. Introduzione dell'anno del pontificato; modificazione della bolla, le *litterae cum filo serico* e *cum filo canapis*.

4° Periodo: decadimento dell'uso dei privilegi, diversa denominazione delle *litterae*.

5° Periodo: apparizione del *breve*, della *signatura*; loro elementi e caratteristiche.

6° Periodo: appare il *motu proprio*, sua importanza

(pag. 46-49)

b) Documenti privati (pag. 49)

Derivazione dai documenti romani e loro stretto formalismo. I diversi formulari: i *dictatus* di Angers (*formulae andegavenses*) le *formulae Marculfi, arvernenses, turonenses, senonenses, imperiales*. Il *Liber diurnus* e il Cartulario Longobardo. Il documento privato medioevale, sua prima derivazione dalla *notitia* e suo valore probatorio, suo successivo sviluppo. I *tabelliones*, *scribi* e *notarii*. L'importanza successiva dei *notarii*. Il notariato all'epoca longobarda, e nelle epoche seguenti. Il notariato nel Napoletano, a Roma e Ravenna. Il *formularium tabellionum* attribuito ad Irnerio. Raccolte di carte private.
(pag. 49-52)

La *charta*:

documento dispositivo, sua redazione iniziale in forma oggettiva e successiva in forma soggettiva. Vari tipi di carte.

La *notitia*:

documento probatorio redazione in terza persona, diverse designazioni di questo documento nelle fonti. Coesistenza con la *charta*. Scomparsa della *charta*. La *notitia*: ragioni del suo affermarsi. Modificazione di essa nell'*instrumentum*.
Caratteri tipici dell'*instrumentum*.
Le formule del documento privato.
(pag. 54-56).

La tradizione del documento:

Significato di tradizione, gli originali e le copie. Diverse forme di copie: 1) autografa, 2) autentica, 3) autenticata, 4) semplice, 5) imitativa, 6) rinnovazione.
(pag. 56-59)

Le falsificazioni:

concetto di falsificazione, falsificazione storica e diplomatica. La distinzione del Mabillon e del Muratori.
(pag. 59-60)

Registri e cartolari:

definizione e distinzione tra registri e cartolari: a) registri, loro scopo e loro contenuto. b) cartolari, loro scopo e loro contenuto.
(pag. 60-61)

Capitolo III

A) LE FONTI LETTERARIE (pag. 62)

Le scuole di diritto (pag. 62-92)

I precedenti della questione nel campo letterario.

L'opera del Giesebrecht: *De litterarum studiis apud Italos primis medii aevi saeculis*. L'adesione del Bartoli. L'opposizione dell'Ozanam, con i *Documents inédits pour servir à l'histoire*

littéraire de l'Italie depuis le siècle XI jusqu'au XIII, avec des recherches sur le moyen âge italien. Limitazione della polemica al campo letterario.

Il Savigny e la *Storia del diritto romano nel Medio Evo* e suo indirizzo nel campo giuridico.

(pag. 62-64)

Il Fitting e la sua opera ricostruttiva ove afferma:

a) la superiorità della scienza romanistica medioevale in Italia, mostrando quasi un regresso la scuola di Bologna; b) la conoscenza nell'alto medioevo di tutto il *Corpus iuris* e di altre fonti ignote poi ai Bolognesi; c) l'esistenza di scuole di diritto compresa quella di Roma. L'opposizione del Conrat e la sua distinzione in un più antico medioevo (culto grammaticale del diritto romano) e in un più recente medioevo (vera e propria scienza giuridica).

La risposta del Fitting nel suo *Zur Geschichte der Rechtswissenschaft im Mittelalter* e i cinque argomenti da lui addotti; le rettifiche e le aggiunte nel suo scritto: *Die Anfänge der Rechtsschule zu Bologna* in cui nota: 1) l'esistenza di una tradizione scientifica giuridica in tutto il medioevo; 2) il sorgere della scuola di Bologna nel 1088; 3) il metodo caratteristico della scuola di Bologna in confronto a quello delle scuole precedenti.

(pag. 64-76)

Esame di tre punti fondamentali:

- 1) L'uso delle fonti giustinianee in Italia nell'alto medioevo: esame dell'uso del *Corpus iuris*, e la *Summa Perusina*.
(pag. 76-78)
- 2) L'esistenza delle scuole di diritto: si nega l'esistenza sino al 1082 della scuola di diritto di Roma, e di quelle di Ravenna, di Nonantola, di Pavia.
(pag. 79-88)
- 3) Cultura scientifica del diritto: esame a) delle formule processuali; b) delle *regulae* attribuite al Geminiano; c) delle *Quaestiones* attribuite ad Irnerio; d) del *Brachylogus iuris civilis*; e) delle *Exceptiones legum Romanarum*; f) degli scritti pubblicati dal Fitting nei *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, e negazione della loro pretesa grande antichità.
(pag. 88-93).

B) LE FONTI (pag. 93)

1) Le fonti romanistiche, 2) le fonti delle popolazioni che vivevano a legge franca, longobarda, imperiale; 3) le fonti del periodo bolognese.

I) Le fonti romanistiche: (pag. 93-103)

a) di diritto pubblico: i *Libelli de lite imperatorum et pontificum*; il Libello di Pietro Grasso

(pag. 94-95).

b) di diritto privato: due indirizzi 1) diritto romano applicato con eccezioni; 2) diritto romano con applicazione integrale.

1) Le *Exceptiones legum Romanarum*: le sue attribuzioni e sua composizione. Le sue fonti.

2) Il *Liber iuris* di Tubinga.

3) Il Libro di Ashburnam.

4) Il trattato *De actionum vita et varietate*.

5) Il trattato *De criminalibus*

6) Il trattato *De actione mutui*.

7) Il *Libellus responsionis*.

(pag. 96-101)

8) Il *Brachylogus iuris civilis*: sue fonti, sue attribuzioni, sue edizioni.

(pag. 101-102)

9) L'*Epitome exactis regibus*.

(pag. 102-103).

II) Le fonti di popolazioni viventi a legge barbarica (pag. 103)

a) Il *Liber Papiensis*: le aggiunte nel sec. XI; di Ottone III, Enrico I, Corrado il Salico, Enrico II. Origini del titolo, il metodo cronologico e la *Expositio*, i giudici palatini antichi e nuovi: Lanfranco, Walcauso, Bonifilius, Sigifredo, Bagelardo, Guillelmus.

L'edizione del Padelletti (pag. 103-107)

b) La *Lex Lombarda*: suo contenuto e sue diverse attribuzioni.

(pag. 103-104)

Conservazione del diritto longobardo: a) l'opera legislativa di Federico; b) le glosse di Carlo di Tocco; c) il commento di Ariprando e Alberto; d) la *Summa legis Langobardorum*; e) *De differentiis inter ius Longobardorum et ius Romanorum* di Andrea Bonello da Barletta; f) le *Quaestiones et monita*; g) il *Cartularium longobardum*; h) *De ordine successionis ab intestato secundum ius longobardicum*; i) *Intentiones unde per legem longobardam potest fieri pugnam*; l) formule processuali. (pag. 104-111)

III) Le fonti nel periodo Bolognese

Irnerio

Diversi modi con cui Irnerio viene citato nelle fonti: Warnerius, Wernerius, Gwernerius, Guarnerius, Hirnerius, Yrnerius, Irnerius.

Difficoltà di spiegazione del passaggio da una forma all'altra. (pag. 111)

Brevi notizie sicure sulla sua vita:

Il placito del 1113; il suo soggiorno a Roma dal 1116 al 1118 e l'elezione dell'antipapa da parte di Enrico V; 1125 giudice in una lite tra conventi. Notizie date da cronisti e ipotesi di storici:

- a) Il racconto di Burcardo Uspergense e le deduzioni da esso tratte dal Fitting. Irnerio traditore della causa papale, di personalità morale molto riprovevole. L'affermazione di Irnerio come allievo della scuola di Roma basata dal Fitting su un passo di Odofredo. Irnerio allievo del Geminiano.
- b) Il racconto di Roberto di Torigny:
Irnerio allievo dello studio pavese sotto l'insegnamento di Lanfranco. L'evidente errore cronologico, l'ipotesi dei due Irneri.
- c) Il racconto di Odofredo:
Irnerio allievo dello studio ravennate: causa di questa falsa interpretazione.
- d) L'ipotesi dello Zachariae von Lingenthal nel suo articolo: Il diritto Romano nella bassa Italia e la scuola giuridica di Ravenna. L'ipotetico influsso della scuola costantinopolitana sulla scuola di Bologna e della scienza giuridica bizantina su Irnerio, basata su di un'errata interpretazione di fatti storici. La rettifica del Perla.
(pag. 111-116)

Impossibilità di accettare le congetture proposte sulla formazione scientifica di Irnerio. Irnerio conobbe gradualmente e a grande distanza di tempo fra loro le parti del *Corpus iuris*. Ignoranza di Irnerio dell'*Authenticum*, e la tradizione di Giovanni Bassiano; la narrazione di Odofredo.

Le ragioni del ripudio del valore delle Novelle spiegate in una glossa di Irnerio stesso e completate da Odofredo:

- 1) stile diverso dalle costituzioni del Codice;
- 2) contrario al disposto giustiniano sulle costituzioni contraddicenti;
- 3) promessa di Giustiniano di riunire le costituzioni nuove in un nuovo codice.
(pag. 116-117)

La conseguente ignoranza dell'*Epitome Iuliani*.

Il Fitting e la narrazione di Odofredo: Irnerio falsario; conobbe le Novelle alla scuola di Roma; le disconobbe in giudizio per essere vincitore; continua il loro disconoscimento nella scuola.
(pag. 118-119)

Inaccettabilità della narrazione di Bassiano basata su una glossa irneriana integrata da Bassiano stesso.

Irnerio «studuit per se sicut potuit» e conobbe gradualmente le parti del *Corpus iuris*; il non conoscere le Novelle conferma l'inesistenza della scuola di Roma.

(pag. 118-119).

Irnerio ritenne sempre invalide le Novelle. Confermano ciò Azzone e Accursio.

Rofredo e Odofredo e il cambiamento di opinione di Irnerio.

Nessuna certezza di tali giudizi.

(pag. 119).

Irnerio e il metodo esegetico.

Irnerio e il suo indirizzo politico, la glossa alla legge 32 del Digesto, de legibus 1, 3, e il principio della sovranità imperiale.

L'attacco della consuetudine.

(pag. 120).

Le opere di Irnerio e quelle a lui attribuite (pag. 120)

Le glosse unica opera certamente attribuibile ad Irnerio.

Le opere attribuite:

a) Il *Formularium tabellionum*.

La testimonianza di Odofredo ed Accursio.

L'edizione del Palmieri e l'attribuzione di esso ad Irnerio. Ragioni che escludono l'attribuzione:

1) la distinzione antiggiuridica e illogica del lavoro,

2) l'esistenza dubbiosa di aggiunte posteriori,

3) la menzione di sterline, delle fiere di Provins, ecc.

Ispirazione irneriana per le concessioni enfiteutiche. Compilazione probabile verso la fine del secolo XII.

(pag. 120-122)

b) Le *Quaestiones de iuris subtilitatibus*.

La falsa attribuzione di esse all'età giovanile Irnerio da parte del Fitting. Elementi contrari a tale attribuzione:

1) uso di tutto il *Corpus iuris*;

2) uso dell'*Authenticum*.

Elementi non probanti la loro alta antichità: non esiste né l'uso di Gaio, né quello del *Liber regularum* di Ulpiano.

Si possono collocare nel sec. XII.

Differenze tra l'*aequitas constituta* e l'*aequitas naturalis*, loro valore per la determinazione dell'indirizzo seguito dal compositore.

Il minimo valore del metodo delle citazioni.

Il principio democratico in esse contenuto, contrario allo spirito bolognese.

Facile ambientazione di esse come opera romana durante il periodo di fanatismo suscitato da Arnaldo da Brescia. L'ambasceria al Barbarossa.

La descrizione del tempio della giustizia e suo valore interpretativo. (pag. 122-126).

c) *La Summa Codicis.*

attribuzione del Fitting ad Irnerio.

Le notizie di Odofredo e Placentino.

Esclusione di Irnerio come compositore della *Summa*.

Gli elementi della tesi del Fitting:

- 1) concordanza tra la *Summa* e glosse irneriane;
- 2) concordanza tra la *Summa* e autentiche al Codice;
- 3) corrispondenza tra la *Summa* e altre opere irneriane;
- 4) il ritrovarsi elementi irneriani su punti controversi;
- 5) citazioni in cui è nominato Irnerio.

La replica del Patetta ai singoli punti:

- 1) appropriazione dei successori di Irnerio di opinioni di Irnerio stesso;
- 2) nessun valore delle citazioni del Digesto con «*responsa prudentium*» e delle Novelle con «*novae constitutiones*»;
- 3) le citazioni che il Fitting credette tratte dalla *Summa*, sono piuttosto tratte da una glossa irneriana;
- 4) manca nelle opere del glossatori qualsiasi accenno a porre la *Summa* sotto la paternità di Irnerio. (pag. 126-130)

d) Il frammento *De natura actionum*.

Suo legame con la *Summa Codicis* e sue analogie con essa. Esclusione quindi di opera irneriana.

(pag. 130).

e) *Summa Institutionum*.

Analogie con la *Quaestiones*, anche in questo caso viene esclusa la paternità di Irnerio.

La questione delle glosse di Martino.

Età probabile metà del secolo XII.

(pag. 130-131).

f) *Summa legis Langobardorum*.

(pag. 131).

I discepoli di Irnerio.

Martino, Bulgaro, Jacopo, Ugo.

La tradizione di Acerbo Morena: il distico irneriano, Jacopo prosecutore di Irnerio.

Le quattro scuole, e le divergenze tra Bulgaro e Martino.

La prosecuzione, nella parte politica, dell'indirizzo dato da Irnerio.

(pag. 131-132)

Origini private della scuola di Bologna.

Vera e propria scuola nel secolo XII.

L'*Authentica Habita* del Barbarossa.

Suo contenuto: sottrazioni di professori e degli studenti alla giurisdizione ordinaria.

Causale di essa: la rappresaglia.

Il giuramento di non abbandono imposto dal Comune di Bologna ai professori.

Organizzazioni delle Università:

Come associazioni di arti e mestieri a base democratica, a differenza di quelle francesi a carattere teologico e monarchico.

Il *dominus* e i soci.

L'insegnamento: tipicamente esegetico;

opere:

- 1) Glosse; scioglievano le difficoltà: Es. di Irnerio, Bulgaro, Martino, Azzone, ecc. Siglate; la Glossa accursiana; la tendenza contraria alla glossa della scuola francese; valore delle glosse.
- 2) *Dissensiones dominorum*: originate dalle contrastanti opinioni dei maestri.
- 3) *Quaestiones*: raccolte di questioni agitate nelle scuole.
- 4) *Summae*: sommari di parti del *Corpus iuris*.
(pag. 132-136).

Nello svolgimento delle sue lezioni, Patetta trattò principalmente della storia delle fonti del diritto italiano, come risulta anche da dispense raccolte da studenti. Nel corso dell'a.a. 1930-31, dedicò una parte del suo corso, allora biennale, alla Storia del diritto penale in Italia nell'alto medioevo. Le lezioni furono raccolte dall'allieva Evelina Dubosc, e Patetta si limitò ad autorizzarle. Nel ripercorrere e nel ripensare la figura di Patetta come insegnante le dispense di Storia del diritto penale appaiono interessanti ancora oggi, in quanto si collocano come un momento di approfondimento nel campo penalistico di nozioni generali sulle vicende storiche delle fonti. Oltre alle dispense relative al corso di storia del diritto penale, si propone la ristampa delle lezioni di Storia delle fonti del diritto italiano, raccolte e curate, per l'a.a. 1931-32, dall'allievo Alberto Alberti, autorizzate dal docente. Esse si possono collegare a quelle delle lezioni di storia del diritto penale dell'anno precedente. Patetta aveva qui seguito rigorosamente, nell'esposizione delle norme penali, le sue consuete partizioni cronologiche della storia del diritto in Italia e le sue teorie sulle vicende e sulle influenze degli ordinamenti giuridici succedutisi in Italia nell'alto medioevo. La Storia delle fonti del diritto di Patetta, seppure a distanza di decenni, si presenta uno strumento scientifico interessante e, in parte, ancora valido. L'insegnamento di Patetta ha infatti segnato un vasto settore della storiografia giuridica e in questo quadro le dispense devono oggi essere lette.

Federico Patetta nacque a Cairo Montenotte (Savona) nel 1867, morì in Alessandria nel 1945. Si laureò nel 1887, a vent'anni, presso l'Università di Torino, Facoltà di Giurisprudenza, sotto la guida di Cesare Nani. Dopo la laurea si dedicò alla ricerca con un percorso divenuto la regola in quel torno di anni: si recò infatti a Roma, ove fu alla scuola di Francesco Schupfer, nonché a Berlino, presso Heinrich Brunner. Con il volume sulle ordalie (1890), nonché vari altri lavori, ottenne l'insegnamento di Storia del diritto italiano presso varie Università italiane. Giunse a Torino nel 1909. La sua permanenza presso l'Ateneo subalpino fu molto lunga e tra il 1925 e il 1933 fu preside della Facoltà. Nel 1933, fu chiamato all'Università di Roma, ove concluse anticipatamente il suo insegnamento, nel 1935, dedicandosi così principalmente alle ricerche scientifiche. Fece parte di numerose accademie scientifiche italiane.