

HISTÓRIA DO DIREITO

Iurisiurandi Religio

Note sul giuramento nella dottrina giuridica
tra alto e basso medioevo

Iurisiurandi Religio

Notas sobre o juramento na doutrina jurídica entre a alta e a baixa idade média

Iurisiurandi Religio

Notes on the oath in legal doctrine between the high and low Middle Ages

Marco Sabbioneti¹

¹ Università degli Studi di Firenze. ORCID: 0000-0001-9279-7624

RIASSUNTO

Questo articolo intende svolgere una riflessione storiografica sul significato e sul valore del *iuramentum* nell'orizzonte giuridico medievale. Si tratta, in un primo tempo, dei provvedimenti normativi alto-medievali che segnarono la dialettica tra *iuramentum* e *pugna*, nonché del rapporto di entrambe le figure con la pratica e le comprensioni dello spergiurio. Tematizza il suo passaggio, in quel periodo, da una mentalità ordalica, con predominanza dello *iudicium Dei* e sostanziali conseguenze di caratteri religiosi, alla sua processualizzazione come strumento di ricerca della *certa veritas*, con importanti riflessi sul ruolo del giudice. Seguendo questa linea, l'intreccio tra giuramento e duello giudiziario viene svelato dalle *summulae de pugna* e dai contorni della tradizione giuridica *papiensis*, dispiegandosi in diverse tipologie di giuramento (*di calumnia, di veritate* ecc.) e mutazione nelle percezioni del divino. L'articolo si rivolge infine alle riflessioni della scienza giuridica bolognese per affrontare il passaggio dallo *iuramentum* come istituto di sostanziale efficacia, il cui carattere vincolante deriverebbe dalla sua natura di atto religioso, allo *iuramentum* come atto meramente endo-processuale, come mezzo di prova destinato non solo alla divinità, ma anche al giudice. Il percorso di riflessione sul *iuramentum*, quindi, sfocia nell'abbandono di una concezione che lo caratterizzava come mezzo di regolamento del rapporto controverso.

Parole chiave: *iurisiurandi religio*; giuramento; storia del diritto medievale.

RESUMO

Este artigo pretende desenvolver uma reflexão historiográfica sobre o significado e o valor do *iuramentum* no horizonte jurídico medieval. De início, trata dos provimentos normativos da alta Idade Média que marcaram a dialética entre *iuramentum* e *pugna*, bem como a relação de ambas as figuras com a prática e as compreensões acerca do perjúrio. Tematiza sua passagem, nesse período, de uma mentalidade ordálica, com predomínio do *iudicium Dei* e consequências substanciais aproximadas de caracteres religiosos, a sua processualização como instrumento de busca da *certa veritas*, com reflexos importantes no papel do juiz. Seguindo esta linha, o entrelaçamento entre juramento e duelo judiciário é desvendado a partir das *summulae de pugna* e dos contornos da tradição jurídica *papiensis*, desdobrando-se em diferentes tipos de juramento (*de calumnia, de veritate* etc.) e mutações nas percepções do divino. Por fim, o artigo volta-se às reflexões da ciência jurídica de Bolonha para tratar da passagem do *iuramentum* como instituto de eficácia substancial, cujo caractere vinculante derivaria de sua natureza de ato religioso, ao *iuramentum* com natureza meramente endo-processual, como meio de prova destinado não apenas à divindade, mas ao juiz. O caminho das reflexões sobre o *iuramentum*, então, resulta no abandono de uma concepção que o caracterizava como meio de regulação de uma relação controvertida.

Palavras-chave: *iurisiurandi religio*; juramento; história do direito medieval.

ABSTRACT

This article intends to develop a historiographical reflection on the meaning and value of the *iuramentum* in the medieval legal horizon. Initially, it deals with the normative provisions of the High Middle Ages that marked the dialectic between *iuramentum* and *pugna*, as well as the relationship of both figures with the practice and understandings of perjury. It thematizes its transition, in that period, from an ordalic mentality, with a predominance of the *iudicium Dei* and substantial consequences close to religious characters, to its processualization as an instrument of search for the *certa veritas*, with important reflections on the role of the judge. Following this line, the intertwining between oath and judicial duel is unveiled from the *summulae de pugna* and the contours of the *papiensis* legal tradition, unfolding in different types of oath (*de calumnia, de veritate* etc.) and mutations in the perceptions of the divine. Finally, the article turns to the reflections of legal science in Bologna to deal with the transition from the *iuramentum* as an institute of substantial effectiveness, whose binding character would derive from its nature as a religious act, to the *iuramentum* with a merely endo-procedural nature, as a means of proof intended not only for the deity, but for the judge. The path of reflections on the *iuramentum*, then, results in the abandonment of a conception that characterized it as a means of regulating a controversial rapport.

Keywords: *iurisiurandi religio*; oath; medieval legal history.

1. Il giuramento tra universo ordalico e ricerca della *certa veritas*: la dialettica tra *iuramentum* e *pugna* nei provvedimenti normativi alto-medievali

«Mos detestabilis in Italia improbusque non imitandus»: con tali parole, nel 967, Ottone I, forte del voto unanime dell'assemblea del regno, condannava senza appello la pratica dello spergiuro confirmatorio, con il quale l'*ostensor chartae* che avesse presentato in giudizio un documento falso era in grado di porre termine alla lite a proprio vantaggio confermandone la validità con un giuramento ed eventualmente richiedendo il giuramento del notaio e dei testimoni. I costumi si erano corrotti al punto che, stando a quanto riporta il prologo del *Capitulare veronense de duello iudiciali*², le parti non temevano minimamente di offendere Dio con degli spergiuri pur di ottenere ragione in sede processuale: «Deum non timendo minime periurare formidarent».

Si tratta di un provvedimento dal quale chi intenda svolgere una riflessione storiografica sul significato e sul valore del *iuramentum* nell'orizzonte giuridico medievale non può prescindere: l'imperatore, facendosi interprete delle lamentele provenienti soprattutto dai sudditi di stirpe longobarda, ristabilisce l'antica consuetudine del duello nelle ipotesi in cui la *charta* venisse impugnata come falsa o estorta *per vim* e, fatto ancora più significativo, la estende anche ai Romani («quacumque lege, sive etiam Romana, in omni regno Italico homo vixerit, haec omnia, sicut in his capitulis per pugnam decrevimus, servare precipimus»), assai più propensi a far ricorso alla prova documentale, secondo la prassi volgare romanica. E ciò sia che alla *charta completa* dovesse riconoscersi il valore di un vero e proprio contratto letterale, e quindi una immediata efficacia dispositiva, secondo la tesi del Brunner, il quale riteneva che la redazione del documento avesse assorbito le formalità verbali tipiche della classica *stipulatio* romana³, sia che ad essa dovesse riconoscersi una mera efficacia probatoria, analoga alla *cautio stipulatoria*, secondo una tesi minoritaria ma non priva di autorevolezza, che sosteneva al contrario la sopravvivenza della *stipulatio* verbale durante tutto l'Alto Medioevo, almeno in territorio italiano⁴.

2 *Constitutio* promulgata da Ottone I il 29 Ottobre del 967: cfr. *MGH – Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, I (911-1197), p. 27 e ss. Su questo provvedimento normativo si veda Patetta, 1890, p. 288 e ss., nonché Astuti, 1971, pp. 85-100, in particolare p. 96.

3 Per il Brunner il contratto non può sorgere in assenza di *traditio*, che diventa l'unica formalità giuridicamente rilevante: «Diesen Traditionssact bildet die Übergabe der unvollzogenen Urkunde aus der Hand des Ausstellers in die Hand des Destinatar's. Die Urkunde wird ihm, wie das Cartulare Langobardicum sagt, ad proprium tradirt. Die Vertragsurkunde ist, solange sie nicht in dieser Weise tradirt worden, nicht Carta in rechtlichem Sinne. Sie hat für den Vertrag, von dem sie spricht, keine privatrechtliche Wirkung. Sie hat für ihn auch keine beweisrechtliche Bedeutung, da der Vertrag, den sie bezeugen will, ohne die traditio im juristischen Sinne nicht zu Stande gekommen ist. Die Entstehung dieser Förmlichkeit dürfte aus der oben geschilderten Aufsaugung der Stipulation durch den Urkundungsact zu erklären sein. Die Übergabe der Urkunde hatte nur dann stipulatorische Kraft, wenn sie unmittelbar zwischen den Contrahenten stattfand. Es genügte nicht, wenn etwa der Tabellio oder ein beliebiger Dritter die Urkunde dem Destinatar übergab, denn der Stipulationsact schliesst seiner Natur nach eine derartige Vertretung aus», cfr. Brunner, 1880, p. 87. Cfr. Astuti, 1979, pp. 78-133, in particolare, p. 93 e ss. Com'è stato notato, l'abuso delle *clausolae stipulatoriae* presenti nei documenti alto-medievali non starebbe affatto ad indicare la sopravvivenza della *stipulatio* orale di origine romana. Al contrario, sembrerebbe più plausibile ritenere che la clausola «smarritosi il preciso concetto romano, venisse riferita alla procedura di compimento della *charta* mediante le sottoscrizioni o signature appostevi dall'autore e dai testimoni, attribuendo al termine *stipulatio* il medesimo significato di *subscriptio*, *manufirmitio*, *roboratio*». Cfr. Astuti, 1952, p. 252.

4 All'esito di una serrata analisi delle fonti, Brandileone ribalta la tesi del Brunner, sostenendo che in epoca alto-medievale la *stipulatio* continuò sempre ad essere considerata la causa costitutiva delle obbligazioni, anche qualora queste fossero messe per iscritto: «Fra il dare e il ricevere il documento, e la *stipulatio* a me sembra non ci sia rivelato esistente nessun rapporto nelle testimonianze riferite; rapporto, che possa poi autorizzarci ad ammettere la trasfusione del valore della *stipulatio* nella *traditio chartae*». La *traditio*, in questa prospettiva, non sarebbe altro che un atto intermedio, posto tra la redazione del documento da parte del *tabellio* e la fase finale del procedimento negoziale, rappresentata dalla *completio* e dalla *absolutio*. Atto, in ogni caso, compiuto a meri fini probatori, dovendosi individuare il momento costitutivo della fattispecie giuridica nella *stipulatio* iniziale: «Perché con la semplice tradizione o consegna di un documento, fatta con l'intenzione di trasmettere la proprietà al destinatario, si possa trasferire in costui il diritto risultante dal documento stesso, è indispensabile che fra il documento e il diritto esista un legame inscindibile, o in altre parole, che il documento sia causa civile e forma essenziale per la nascita e la vita del

Occorre infatti, in via preliminare, aver presente lo scenario, “psicologico” prima ancora che giuridico, nel quale ci muoviamo, senza però poter rinunciare a una doverosa precisazione: la storiografia ritiene che lo sviluppo storico del *iuramentum* sia caratterizzato da una tendenza crescente alla “processualizzazione” di tale istituto, a partire da un’origine affatto diversa, assai più assimilabile all’ambito sostanziale e quindi statico del diritto, secondo una partizione che appare alquanto anacronistica se applicata in maniera troppo disinvolta all’universo giuridico alto-medievale. Ora, assumendo con beneficio di inventario tale tesi, se non altro per la sospetta distorsione retrospettiva che la caratterizza e per lo schematismo idealistico da cui è ispirata, si può, con tali cautele, accogliere come valida e ricca di suggestioni l’ipotesi ricostruttiva volta a presentare la storia del *iuramentum* come storia della «progressiva attenuazione della funzione ed efficacia di quest’atto», derivante dalla «graduale pubblicizzazione del processo e del diritto in genere»⁵.

In quest’ottica, il *iuramentum*, nella sua fase aurorale, appare interamente immerso nella mentalità ordalica, tipica dei primi secoli dell’età di mezzo⁶. Il che significa che esso si inserisce in un orizzonte culturale nel quale il *iudicium Dei* domina il sistema processuale⁷, rappresentando lo strumento privilegiato per l’accertamento della verità. In questo contesto, il *iuramentum* si presenta, analogamente ad altri strumenti di prova in uso in tale epoca, alla stregua di un istituto idoneo a chiudere la lite con efficacia irrevocabile, ed è quindi un istituto in grado di produrre peculiari effetti di natura sostanziale.

In tale ambito, tuttavia, il ruolo processuale svolto dal *iuramentum* risulta conteso dal ruolo identico svolto nelle medesime circostanze da figure finitime, più accette alla mentalità del periodo. Potremmo forse azzardare l’ipotesi che la sensibilità popolare del tempo sia meno propensa a fidarsi della bontà di un intervento “indiretto” della divinità, volta a colpire lo spergiuro mediante la sanzione del peccato mortale e quindi della eventuale dannazione eterna,

diritto. Ché se invece il documento ha soltanto il valore di contenente consensuale del diritto, e perciò di un semplice mezzo di prova, in modo tale che il diritto stesso possa eventualmente essere dimostrato anche con altri mezzi, ne deriva che allora la trasmissione mediante *traditio* del mezzo di prova non può significare così senz’altro anche la trasmissione del diritto», cfr. Brandileone, 1931 pp. 58-87, cit., p. 74 e p. 87. Si veda, in senso contrario, Astuti, 1952, p. 250, secondo il quale dalle fonti utilizzate dal Brandileone «non si può trarre alcun sicuro argomento per il carattere probatorio del documento». Alla tesi del Brunner circa la natura costitutiva della *traditio chartae* aderisce anche lo Schupfer, il quale osserva come «la *traditio chartae*, anche non essendo obbligatoria, era costantemente l’atto da cui il rapporto giuridico traeva origine e si perfezionava, nelle vendite, nelle permutate, nelle donazioni ecc., ogni qual volta si trattava della trasmissione del dominio o di altro diritto patrimoniale assoluto», cfr. Schupfer, 1909, p. 94.

5 Tale è l’impostazione della fondamentale ricerca di Enrico Allorio, il quale ricostruisce la storia del giuramento partendo dall’idea che esso costituisca un capitolo della storia ideale del processo, e il processo a sua volta non sia altro che un capitolo della «storia ideale del diritto, nell’ambito di una civiltà». In questa prospettiva, la storia del giuramento è colta come storia della progressiva attenuazione della funzione ed efficacia di tale atto, nonché della sua processualizzazione, per effetto della graduale pubblicizzazione del processo e del diritto in genere. Il giuramento perde così un po’ alla volta la propria natura sostanziale per ridursi alla stregua di mero mezzo di prova, di atto puramente endo-processuale. Al termine di tale percorso, esso cessa perciò di essere immediatamente efficace per la situazione di diritto sostanziale, essendo tale efficacia circoscritta alla sola sentenza giudiziale. Nella fase intermedia di tale *iter* storico-giuridico, dall’esito del giuramento dipende l’esito del regolamento futuro del rapporto, ma il giudice non si limita più ad assicurare il regolare svolgimento della sentenza di prova, bensì interviene direttamente, disponendo la prestazione del giuramento. Cfr. Allorio, 1937, p. 27 e ss. Il rischio di apriorismo insito in una impostazione metodologica così apertamente idealistica era ben chiaro all’autore, il quale infatti sin dalle prime pagine rassicura il lettore dichiarandosi certo di scrivere una storia ideale corroborata dai fatti e dalle fonti: «Mi debbo difendere, affermando ch’io m’appoggiai, nel costruire la storia ideale, proprio alla storia reale, anzi alla storia reale *comparata*: furono le analogie tra le vicende del giuramento nei diversi ordinamenti giuridici studiati e posti a raffronto, a suggerirmi lo schema comune. Onde l’apriorismo è apparente, non effettivo», ivi, p. 27.

6 «Il diritto barbarico sopra ogni forma di prova poneva quelle che presupponevano l’intervento diretto di Dio, che poteva col miracolo alterare le leggi naturali. Davanti al miracolo piegavasi ogni altra prova e quindi invocarlo doveva e poteva l’accusato in ogni momento della causa e definitivamente contro ogni altra prova di testimoni o documenti» (Salvioli, 1969, p. 256). D’altra parte, nell’ambito del processo germanico, il giuramento è in «posizione preminente», accanto alle forme tipiche di giudizio di Dio. Cfr. Provinciali, 1970, pp. 103-127, cit., p. 106.

7 Sul tramonto del processo ordalico e sulla «crisi delle procedure», cfr. Alessi, 1987, pp. 360-401, in particolare pp. 362-365. Per il processo civile, si veda invece Campitelli, 1987, pp. 79-100, in particolare pp. 89-92. Sui caratteri della giustizia negoziata in ambito penale, cfr. Sbriccoli, 2009, pp. 47-128.

piuttosto che di un intervento diretto, di un *iudicium divinum* autentico, mediante il quale «Dio diveniva giudice e manifestava direttamente la sua volontà»; un giudizio, insomma, nel quale la divinità interviene quasi personalmente tributando la vittoria a colui che ha il diritto e la verità dalla sua parte⁸. In fondo, come nota il Salvioli, il giuramento è un diritto del convenuto, ma è allo stesso tempo un «privilegio», perché «contro di esso non è ammessa altra prova per invalidarlo, e la punizione dello spergiuro è riservata alla vendetta celeste»⁹.

Si tratta però, occorre subito precisarlo, di una preferenza diffusa a livello popolare, di un sentimento radicato a livello consuetudinario nella coscienza profonda dei popoli di stirpe germanica. Non così a livello di “classi dirigenti”. I governanti, a cominciare dai sovrani longobardi, dubitano sempre più spesso della bontà del duello come mezzo di prova¹⁰. Ciò è anche il riflesso di una lenta evoluzione, i cui primi segni di cui disponiamo risalgono agli anni Venti e Trenta dell’VIII secolo. È in questo periodo che il processo longobardo inizia lentamente a differenziarsi dal modello processuale classico di impronta germanica ed appare sempre più finalizzato all’accertamento della verità, alla ricerca della *certa veritas*, e non alla formale presa d’atto delle risultanze derivanti dall’impiego di mezzi di prova irrazionali¹¹. Di qui la necessità di prevenire e reprimere la frode processuale e di circoscrivere l’utilizzo di mezzi ordalici di dubbia attendibilità, cui corrisponde, a livello istituzionale, una lenta ma inesorabile trasfigurazione del ruolo del giudice, che da mero giudice della prova (garante del regolare svolgimento della *purgatio*) assume progressivamente il ruolo di tutore di un interesse pubblico¹².

Ecco allora il profilarsi dei primi dubbi, di cui abbiamo traccia a livello normativo. Non si è più certi che l’esito del duello rappresenti il riflesso della volontà divina e si temono le ingiustizie che ne possono derivare. Così, Liutprando, nel moderare le conseguenze penali previste a carico della parte soccombente all’esito di un duello esperito in un giudizio per veneficio, precisa che lo fa «quia incerti sumus de Dei iudicio et multos audivimus per pugnam sine iustitia causam suam perdere»¹³. E subito dopo, assai significativamente, si premura di aggiungere come sia non di meno impossibile vietare *tout court* il duello, poiché esso fa parte delle consuetudini

8 Come è stato evidenziato, il carattere ordalico, in realtà, era solo accessorio. Non era altro che un’«aggiunta un po’ mistificante ispirata da una grossolana religiosità superstiziosa». La *pugna* ha successo nella mentalità diffusa del tempo perché si presenta come un valido sostituto della faida, cioè come lo strumento più ovvio per «addomesticare la violenza delle *inimicitiae*». Si veda sul punto Cortese, 1995, pp. 621-647, cit., p. 631.

9 Cfr. Salvioli, 1969, p. 248.

10 «Liutprando è conosciuto soprattutto per la sua avversione nei confronti del duello come metodo per risolvere le controversie. Tuttavia, bisogna ricordare che già Rotari aveva limitato il ricorso al duello e -d’altra parte- che Liutprando non aveva fiducia nel duello come mezzo per far giustizia, ma tuttavia non lo vietò, pur introducendo ulteriori limitazioni per il suo impiego, probabilmente perché la forza della tradizione ancora non lo permetteva», cfr. Taruffo, 2009, p. 10.

11 Per lungo tempo, infatti, il processo romano-barbarico si presenta in realtà come un regolamento, volto a rendere possibile una *compositio*, la quale a sua volta si fonda non sulla dimensione razionale e conoscitiva ma semmai sulla dimensione volontaristica. In questa prospettiva, si comprende allora il motivo per il quale *iuramentum* e *pugna* non si presentino alla stregua di prove in senso tecnico ma siano al contrario mezzi decisori *tout court*: «Giuramento e duello non sono prove in senso proprio, quanto piuttosto mezzi decisori della lite: scopo del giudizio non è la ricerca della verità, bensì la sostituzione di una tutela pubblica alla autotutela privata, mediante un procedimento probatorio formale, con forme di difesa meno arbitrarie, violente, selvagge della *faida*. Il fatto che ha dato origine alla contesa non è oggetto di accertamento, ma di un regolamento, che viene compiuto operando non sulla conoscenza ma sulla volontà: il giudizio sostituisca ad una libera prova di forza, incontrollata nella forma e nella misura delle reciproche azioni e reazioni violente, un sorta di confronto, di sfida, disciplinata da norma giuridiche, che consente alle parti di affermare la propria superiorità morale o fisica con l’esperimento di un mezzo di purgazione o di prova, idoneo a chiudere definitivamente la lite», cfr. Astuti, 1971, p. 89.

12 Come nota Astuti, «le più antiche fonti longobarde ci consentono di seguire, nelle fasi fondamentali, l’affermarsi e il consolidarsi della funzione giurisdizionale, della tutela giurisdizionale pubblica, diretta al superamento delle forme originarie della autotutela privata, individuale o gentilizia», cfr. Astuti, 1971, p. 86 e s.

13 È «ormai scontro aperto fra gli opposti principi della forza e della giustizia», cfr. Sarti, 1995, p. 55; Bellomo, 1991, p. 60 e s.

giuridiche longobarde¹⁴, «propter consuetudinem gentis nostrae Longobardorum legem istam vetare non possumus». Pochi anni prima, lo stesso sovrano aveva confermato la propria sfiducia verso le prove di forza, stabilendo che chi fosse stato accusato di furto per aver perduto la prova del duello avrebbe potuto vedersi revocare la pena qualora successivamente fosse emersa la vera identità dell'autore del delitto¹⁵.

È precisamente per tale ragione che la storia giuridica del *iuramentum* si intreccia con quella del duello, che appare, specie nella prima fase della storia giuridica romano-barbarica, un istituto concorrente e indubbiamente prediletto. E tale resterà a lungo, almeno nella coscienza popolare, anche quando il ricorso alla *pugna* verrà considerato una sorta di *ultima ratio*, uno strumento eccezionale, minuziosamente disciplinato dai documenti normativi alto-medievali. Fino a giungere a quello che può considerarsi uno degli approdi simbolici di questo lungo percorso dialettico, ormai ben al di là dell'orizzonte cronologico alto-medievale: la cosiddetta *Sententia de defensione a periculo duellionis*, con la quale Rodolfo I d'Asburgo, nel 1290, sancisce che, ad eccezione del caso di delitto di lesa maestà, il ricorso al duello non è più un diritto dell'attore/accusatore: «quesitum fuit per sententiam coram nobis, si aliquis suum adversarium in iudicio conveniat, de incendio nocturno, per eum modum quo moveat ei questionem duellionis, quod vulgo dicitur kamprecht, quo iuris auxilio talis in iudicio conventus valeat se tueri. Et extitit sententialiter diffinitum, quod, quicumque pugna duellionis quod vulgo dicitur kamprecht, prestando iurisiurandi sacramento manualiter exhibito, suam possit innocentiam expurgare; nedum in hoc crimine accusatus, sed in multis aliis et diversis; nisi conscius repertus fuerit lese crimine maiestatis»¹⁶.

Appare chiaro allora come il *Capitulare veronense*, confermato da una costituzione imperiale del 971, rappresenti una tappa significativa di un rapporto quanto mai complesso e articolato. Con tale provvedimento, intervenendo con tutta la sua autorità, e con l'appoggio e il consenso dello stesso pontefice, l'imperatore intende espressamente colpire una consuetudine ritenuta indegna, «per quod, si corpore quisquam dives fieret, anima periret et pauper in aeternum maneret». Siamo evidentemente in presenza di un momento di forte discontinuità, di un episodio di rottura rispetto a un sistema che, sino ad allora, abbandonando a sua volta i principi dell'antico diritto germanico, era stato retto dal principio opposto. In base al quale, il duello era ammesso solo là dove fosse espressamente indicato dalla legge: da qui l'emergere delle enumerazioni e di una letteratura casuistica alquanto monotona, il cui unico fine era quello di impostare correttamente il rapporto tra le due fattispecie e il loro rispettivo ambito di operatività.

14 Come osserva il Cortese, Liutprando «ha un moto di ripulsa: affidare le scelte alla divinità è fonte di iniqui errori e sarebbe sistema da abolire. A impedirne l'abrogazione è solo l'opinione pubblica, tuttora meno sensibile al problema della prova sostanziale che non al fascino antico di un processo costruito in chiave di lotta, di competizione», cfr. Cortese, 1995, p. 632 e s.

15 «Si quis alium de furto pulsaverit, et per pugnam eum vicerit, aut forte per districtione a publico furta manifestata fuerit et compositio facta fuerit, et postea ipse furtus apud hominem inventus fuerit, et certa veritas apparuerit, quod ipse qui prius composuerat, rem ipsam non furavit: omnia quidquid ipse composuit, recipiat ab eo cui composuerat, et ipse componat, apud quem furtus ipse inventus fuerit» (cap. 56). Si vede bene da tale norma come Liutprando faccia propria e sviluppi ulteriormente la sfiducia nei confronti del duello già espressa in termini meno palesi da Rotari, nel momento in cui, in talune controversie attinenti all'ambito familiare, sostituisce la *pugna* con il giuramento assistito dai sacramentali. Al punto che si è osservato come, alla luce di una simile legislazione, «la sopravvivenza del duello giudiziario non si può più spiegare come elemento integrante d'un sistema di giudizi di Dio, sentito ancora vitale, ma solo come compromesso coll'ignoranza e la superstizione tuttora dominanti nella massa dei destinatari della norma», cfr. Fiorelli, 1965, p. 91.

16 Tale provvedimento normativo si trova in *Rudolfi I regis constitutiones*, in *MGH - Constitutiones et acta publica Imperatorum et Regum*, II, 1198-1272, p. 455. Si veda in merito Patetta, 1890, p. 291 e s.

A questo proposito, le fonti dimostrano chiaramente come, nell'ordinamento alto-medievale, sino all'intervento di Ottone, il duello, in quanto mezzo di risoluzione delle controversie, rappresentasse un'eccezione e conservasse ormai un ruolo di carattere residuale o comunque di secondo piano rispetto ad altri mezzi di prova ritenuti più affidabili dell'antico *Kampfrecht*¹⁷. Un esempio ci è offerto dal commento al paragrafo 203 dell'Editto di Rotari, il quale commina la pena capitale alla donna rea di aver ucciso il marito, disponendo al contempo che i beni di lei, in assenza di discendenti diretti, vengano assegnati ai parenti del marito defunto («si mulier maritum suum occiderit, ipsa occidatur: et res eius, si filii non fuerint, parentes mariti habeant in potestatem»)¹⁸.

Nella *expositio*¹⁹ relativa a tale norma, l'autore richiama l'opinione secondo la quale, nel caso in cui la donna si dichiari innocente, si dovrà ricorrere al duello come mezzo di prova, e sarà onere dei parenti dell'accusata porre in essere tale mezzo di "purificazione": «Notandum est, quod a quibusdam dicitur: si mulier de morte mariti inculcata fuerit et ipsa negaverit, quod parentes eam purificare debent per pugnam, quia, cum lex superior facit eam purificare per pugnam si inculcata fuerit de consilio mortis mariti, melius debet purificare per pugnam, si de morte eius inculcata fuerit et negaverit»²⁰.

Come si vede, l'argomento a favore della purificazione *per pugnam* in caso di accusa di omicidio è tratta per analogia dalla disposizione precedente (paragrafo 202). Ma tale posizione viene ritenuta infondata: il ricorso alla *pugna* è possibile solo nei casi espressamente previsti dall'ordinamento, secondo quanto si ricava dal *capitulum* 110 del *Liber Papiensis Karolini*²¹, correttamente interpretato: «sed male dicebant, quia capitulum Karoli prohibet pugnam fieri in omnibus iudiciis, in quibus specialiter non est expressum, ut pugna fiat, quod est: "Ut nullus presumat hominem ad iudicium mittere, nisi iudicatum fuerit"».

Lo stesso Liutprando, del resto, stando almeno ai provvedimenti normativi a lui riconducibili, sembra credere nella bontà del giuramento quale mezzo di prova²². Infatti, oltre a introdurre nuove ipotesi di reato il cui unico mezzo di purgazione è rappresentato per l'appunto dal *iuramentum*, il sovrano longobardo ritiene che il giuramento mediante *sacramentales* sia un istituto sempre valido e meritevole di tutela, al punto da farsi promotore di una riforma volta a rafforzare il giuramento processuale, ovvero la *wadiatio de sacramento*, mediante una valorizzazione del ruolo dei *coniuratores*, resa possibile sanzionando il *sacramentalis* che non abbia voluto appoggiare la parte in giudizio senza giustificare al contempo il motivo del rifiu-

17 La storiografia più recente e autorevole che si è occupata del tema ha del resto evidenziato l'enorme valore simbolico del giuramento, non inferiore a al valore del duello o dell'ordalia: «In una generalissima prospettiva processualistica, il giuramento -che presso i Germani altro non era che uno scongiuro di valore magico, progressivamente modificatosi, con la conversione al Cristianesimo, in una formula rituale prestata sul Vangelo o sulle reliquie dei Santi-, costituiva *ab origine* un mezzo di prova di enorme rilievo accanto al duello e all'ordalia. Esso possedeva, essenzialmente, un carattere assertorio o confirmatorio, riferendosi al passato e dando garanzia di un determinato comportamento che un individuo aveva tenuto in ordine a una questione che era oggetto di giudizio», cfr. Sarti, 1995, p. 42 e s.

18 Cfr. *Leges Rothari regis*, in *MGH - Leges Langobardorum*, IV, p. 346.

19 Sul commento al *liber papiensi*, si veda lo studio fondamentale di Diurni, 1976.

20 Ivi.

21 *Leges Karoli Magni imperatoris*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 110 (112), *MGH*, IV, p. 508.

22 «L'invocazione di Dio a testimone della verità giurata aveva tanta efficacia da soverchiare le altre prove e specialmente quella del duello, dove la destrezza e la forza fisica avevano tanta parte, e ad esso infatti ricorrevano le *pravae personae*», cfr. Salvioli, 1969, p. 256. Si è osservato del resto come il modello di giuramento germanico, a differenza del *iusiurandum propter calumniam* istituito da Giustiniano con la *constitutio* "Cum et iudices" (C.2, 58 [59],2) del 531 d.C., si presentasse in origine legato all'elemento contingente probatorio della lite piuttosto che all'*animus* del giurante, cioè alla certezza soggettiva nella fondatezza della pretesa avanzata. Come dimostra il fatto della sua naturale evoluzione, che lo porta a sostituirsi a una prova vera e propria. A divenire in sostanza, un giuramento *de veritate*. Cfr. Sarti, 1995, p. 46 e s.

to²³. Il giuramento svolge inoltre una funzione probatoria eminente o addirittura esclusiva in almeno due casi: come mezzo di prova a favore del figlio che intenda difendere il patrimonio personale contro le pretese dei creditori che procedono contro il padre per debiti insoluti; come unico mezzo di prova utilizzabile a difesa del possesso trentennale nelle cause di rivendica della proprietà, nelle quali è espressamente esclusa la prova *per chartulas*²⁴.

Il rapporto tra i due classici mezzi di prova del diritto alto-medievale si conferma così al centro di un complesso processo storico-giuridico nel quale entrano in gioco questioni capitali, delle quali la relazione problematica tra *iuramentum* e *pugna*, per non parlare del ruolo della prova documentale, sempre più diffusa, è chiaramente un riflesso. Sullo sfondo, ciò che muta, è il ruolo e la funzione del giudice il quale, da mero “notaio” chiamato ad accertare la regolarità delle formalità inerenti alla *purgatio*, si trasforma in soggetto attivo, incaricato di ricercare la *certa veritas*²⁵. Tutto ciò, a sua volta, per effetto di una lenta trasfigurazione del processo in chiave sempre più apertamente pubblicistica.

2. La dialettica tra giuramento e duello giudiziario nelle *summulae de pugna* e nella tradizione giuridica *papiensis*

Alla luce di quanto abbiamo osservato, non c'è da stupirsi se la letteratura giuridica sul duello giudiziario, assai fiorente nel periodo pre-irneriano, ruoti in larga misura attorno al rapporto quanto mai controverso tra *pugna* e *iuramentum*. In particolare, la dialettica che segna la storia dei due istituti emerge assai bene dal rapporto tra duello, giuramento *de calumnia*²⁶ e giuramento *de veritate*; ovvero dal rapporto tra giuramento *de asto* e *iudicium Dei*.

Ne abbiamo una conferma ad esempio dalla lettura della *Summula de pugna*, scritta attorno al 1136, il cui *leitmotiv* è la cosiddetta *sententia papiensis*. Si tratta di un piccolo trattato sul duello giudiziario scoperto da Merkel²⁷ in un manoscritto rinvenuto a Parma, risalente al

23 Cfr. Sinatti d'Amico, 1968, p. 243 e ss.

24 Tali disposizioni sono il frutto di una prima, ancora piuttosto grossolana ibridazione tra principi romani e tradizione germanica: «La legge di Liutprando è il risultato della prima fase in cui s'incontrano le prove tradizionali germaniche e la prova documentale: l'incontro avverrà in molti altri casi, e presto la prova scritta sarà in grado di fronteggiare validamente, e a proprio vantaggio, il giuramento, ma nella difesa del possesso trentennale il giuramento resta nella sua piena efficacia», Sinatti, 1968, p. 259.

25 Esiste in altre parole una tensione crescente tra la regolarità formale della *purgatio* e l'accertamento della *veritas*, come dimostra la regolamentazione data alla *wadiatio de sacramento* da parte di Liutprando: se uno dei *sacramentalis* si rifiuta di giurare insieme al chiamato in giudizio a garanzia del giuramento di quest'ultimo e il suo rifiuto provoca la diserzione anche dei restanti *sacramentales*, l'ordinamento impone a colui che si è rifiutato di prestare giuramento di motivare la ragioni del proprio comportamento. Egli deve insomma entrare nel merito, manifestare la *certa veritatem*: cfr. Sinatti, 1968, p. 245 e s. La storiografia successiva ha ulteriormente sottolineato tale profilo, suscettibile di far risaltare le sfumature e l'inaspettata complessità del processo longobardo. In particolare, si è valorizzata la dicotomia *certum/probatum*, ovvero il contrasto tra prova formale e oggettiva certezza di eventi e circostanze, precisando come la dottrina abbia «esagerato nell'insistere a voler sottolineare l'indifferenza che i giudici longobardi avrebbero mantenuto relativamente all'accertamento dei fatti controversi». Non si può escludere in realtà che «già all'epoca di Rotari doveva pure ammettersi l'eventualità che - senza affatto ricorrere alle “prove” tradizionali - si potesse nondimeno giungere a un risultato giudiziale altrettanto “indiscutibile” e parimenti capace di evitare la faida», cfr. Loschiavo, p. 205 e ss.

26 Com'è stato evidenziato, neppure nel sistema giudiziario longobardo mancava una concreta attenzione per la repressione delle liti temerarie: «Per vero, nel diritto degli editti longobardi la calunnia, intesa nella accezione romanistica di vessazione per il tramite di una falsa accusa, era largamente contemplata, ed il corrispondente concetto espresso con le parole, “asto” o “asto animo”». Cfr. Sarti, 1995, p. 51. Si tratta di un giuramento la cui efficacia, sul piano oggettivo, «atteneva alla contesa solo limitatamente al convincimento dell'attore», volto ad assicurare la buona fede delle parti solo nei fatti costituenti l'azione. Il giuramento *de calumnia* si afferma per circoscrivere il ricorso alla *pugna* quale strumento di risoluzione delle controversie da utilizzare solo in casi di comprovata necessità. È questa la *ratio* dell'intervento normativo di Liutprando, il quale ordina che in tutti i casi in cui l'attore sfida il convenuto a provare la sua innocenza per mezzo del duello, lo sfidante sia tenuto a dichiarare sotto giuramento di non essere portatore di una pretesa temeraria: «Quod non asto animo eum per pugnam fatigare quae-rat». Cfr. Sarti, 1995, p. 52.

27 Si veda Merkel, 1850, p. 37 e ss.

massimo all'inizio del XIV secolo, dalla cui intitolazione sembra di poter evincere in maniera inequivocabile l'identità del suo autore: «Incipit summula de pugna et modis purgationum eius qui criminatur, composita a domino Ugone de Porta Ravennata», definito, in conclusione, «bononiensi iuris civilis professore».

Si capisce come, anche a partire da tale semplice dato testuale, la paternità di tale opera non sia mai stata seriamente messa in discussione. I pesi massimi della storiografia giuridica contemporanea sono stati più o meno sempre concordi nell'attribuirla al glossatore bolognese Hugo. A cominciare dal Savigny, il quale, nelle poche righe dedicate al tema, prima di ringraziare Merkel per avergli fatto conoscere la *summula*, nota epigrammaticamente come «diese, bisher ganz unbekannt gebliebene, Schrift des Hugo handelt von dem gerichtlichen Zweikampf und dem Reinigungseid nach lombardischem Recht»²⁸. La dottrina successiva, specie quella italiana, ha fatto propria quasi automaticamente l'opinione espressa dal padre della Scuola storica, la cui autorità non necessita di particolari sottolineature. Nei lavori di Salvioli²⁹, di Patetta³⁰, di Besta³¹, di Leicht³², troviamo immancabilmente confermata la paternità bolognese del trattatello.

Occorrerà attendere diversi decenni prima di imbattersi in una prima, seria messa in discussione della identità dell'autore della *summula*. È la penna al contempo brillante e profonda di Hermann Kantorowicz a indirizzare il lettore su piste di ricerca divergenti rispetto a quelle acriticamente battute dalla storiografia giuridica europea³³. All'esito di una serrata analisi storico-filologica, Kantorowicz giunge alla seguente conclusione: la *summula* fu certamente scritta sotto l'influsso delle prime *summae* bolognesi; il suo autore, tuttavia, non è il glossatore bolognese noto come Hugo, è invece un giurista *papiensis*; si tratta infatti di uno scritto tipico della scuola longobardistica, per stile, metodo, oggetto, dottrine, forma dei rinvii; il legame con la scuola pavese, inoltre, è dimostrato dal fatto che il riferimento a un certo Hugo si trova nella cosiddetta *Summa Lombardae secundum Albertum*, in particolare nel titolo denominato «Qualiter quis se defendere debeat et in quibus causis pugna prohibetur vel fieri debeat»³⁴.

Il trattato di Hugo è diretto contro un certo «Mantuanus», nasce quindi con un chiaro intento polemico, dal desiderio di mettere in luce l'infondatezza e la pericolosità delle tesi di questo personaggio e dei suoi seguaci, «ut de certo suum errorem dimittat, et legibus ambulare discat».

Neppure sull'identità del «Mantuanus» la storiografia appare concorde. Secondo il Besta, egli sarebbe l'Ariprando³⁵ di cui abbiamo testimonianze dirette nelle glosse ai manoscritti della

28 Cfr. Savigny, 1956, cit., p. 169.

29 Cfr. Salvioli, 1898, p. 34.

30 Cfr. Patetta, 1890, p. 299 e ss.

31 Si veda in particolare Besta, 1902, pp. 183-236, in particolare pp. 216-219.

32 Cfr. Leicht, 1920, p. 156, 161 e 166.

33 Cfr. Kantorowicz, 1939, pp. 1-25.

34 Secondo Kantorowicz, l'elemento decisivo a favore dell'origine pavese della *summula de pugna* dovrebbe ricavarsi dallo stretto legame tra essa e un'altra *summula*, dal titolo «Qualiter quis se defendere debeat et in quibus causis pugna prohibetur vel fieri debeat», contenuta in una *summula titulorum*, il cui *incipit* è il seguente: «Expositurus ergo Longobardorum iura». Tale *summula*, scoperta anch'essa dal Merkel, fu pubblicata nel 1855 dall'Anschütz col titolo *Die Lombarda-Commentare des Ariprand und Albertus*. Il testo di *Albertus* non è altro che una versione ampliata di quello di *Ariprandus*, e in esso compare il riferimento all'opera di Hugo. Sull'origine pavese di tale *Summa Lombardae*, e quindi della *summula* di Hugo, ad essa così strettamente connessa, Kantorowicz non nutre alcun dubbio: «Piacenza pare la patria della *Summa Lombardae*. Anche l'uso scarso delle fonti romane fa pensare ad una scuola longobarda. Le Istituzioni e il Codice sono usati raramente e senza rinvii espressi, e non c'è che una sola citazione del Digesto», cfr. Kantorowicz, 1939, p. 4 e p. 11.

35 Come è stato evidenziato, si tratta di un nome frequente in Lombardia tra il XII e il XIII: «L'apposizione di glosse alla prima stesura dei *Libri feudorum* ne colloca l'attività nella prima metà del secolo XIII», cfr. Loschiavo, 2013, p. 102 e s.

Lombarda siglate “ar.”, “ari.” o “arip.”, il quale molto probabilmente tenne dei corsi sul diritto longobardo a Piacenza ove ebbe come allievo Carlo di Tocco³⁶ (nota Lo Schiavo). Sempre secondo la ricostruzione di Besta, Aripando, che potrebbe essere l'*Heriprandus* attivo nel lodigiano attorno alla metà del XII secolo come *iudex ac missus domini secundi Conradi regis*, in quanto autorevole sostenitore del principio «actorem iurare sic esse, reum sic non esse», è certamente il «Mantuanus» avversato dall'autore della *Summula*. Ad Aripando si deve la redazione della già ricordata *Summa Lombardae secundum Aripandum* pubblicata nel 1855 dall'Anschütz con il titolo *Die Lombarda-Commentare des Aripand und Albertus*³⁷. In tale opera, il testo attribuito ad Albertus - ove compare il già menzionato titolo relativo alla *pugna* con un espresso riferimento a Hugo- non è altro che una versione ampliata del commentario di Aripando, identico in molte parti, a cominciare dal prologo.

Al contrario, secondo il Kantorowicz, il «Mantuanus» dovrebbe essere Aliprando (che invece Besta identifica con Aripando), che taluno ha identificato con un certo *Aliprandus iudex* attivo a Milano nella seconda metà del XII secolo, al quale potrebbero essere riconducibili le glosse siglate “ali.” o “alip.”, e forse la versione intermedia della *Summa Lombardae* dello pseudo-Aripando individuata da Karl Lehmann, verosimilmente composta da un allievo di Aliprando.

Quello di cui possiamo esser certi è che il «Mantuanus», contro il quale polemizza l'autore della *Summula*, è certamente un maestro di diritto attivo in una delle numerose città nelle quali si coltivava il diritto longobardo. In quanto longobardista il «Mantuanus» non può fare a meno di trattare il tema classico del rapporto tra *pugna* e *iuramentum*. Se non che, secondo i suoi critici, lo fa in modo radicalmente sbagliato, ovvero in modo tale da «aperire viam periuriis», secondo la notazione pungente di Hugo. Ed è questa precisamente la tesi centrale della *Summula de pugna*: la verità non deve essere provata per mezzo del giuramento, ma per mezzo del duello, ed è necessario limitare al massimo le ipotesi di giuramento *de veritate*, poiché ciò dà adito al fenomeno dello spergiuro.

Il dibattito attorno al rapporto tra duello e giuramento trae origine da alcune *leges* contenute nella *Lombarda*, in particolare la *lex* «Mentio etenim», la «Si quis alium asto», e la «Si quis post», contenute nel titolo cui abbiamo già fatto cenno, avente ad oggetto le modalità della difesa in giudizio e la individuazione dei casi nei quali la *pugna* deve ritenersi ammessa o vietata.

La legge «Mentio etenim»³⁸, risalente a Carlo Magno, può considerarsi una tappa intermedia del percorso che conduce al provvedimento solenne di Ottone I. Tale disposizione, infatti, al fine di ridurre al minimo le possibilità di *periurium*, stabilisce che, qualora appaia inevitabile che una delle parti, ricorrendo al giuramento, commetta uno spergiuro, sia sempre preferibile risolvere la controversia mediante uno scontro fisico: «Mentio etenim facta est a nonnullis in placitis que habuimus in anno preterito et dictum est ibi ut palam apparet quod aut ille qui crimen ingerit aut ille qui vult se defendere periurare se debeat. Melius visum est ut in campo cum fustibus pariter contendat quam periurium perpetrent».

36 Cfr. Abbondanza, 1962.

37 Cfr. Anschuetz, 1885. Come osserva Kantorowicz, «senza dubbio Aripando ed Alberto furono maestri in qualche scuola di diritto, poiché libri nei quali le loro opinioni sono citate *secundum* e del solito sono approvate - qualche volta anche contraddette - debbono essere stati scritti indubbiamente da loro scolari. Non sappiamo se questi libri furono redatti sulla base di note prese alle lezioni dei due professori o elaborate sulle loro glosse. Entrambe le ipotesi sono possibili», cfr. Kantorowicz, 1939, p. 6.

38 *Leges Karoli Magni imperatoris*, p. 499.

Ed è precisamente questo il nocciolo della questione: quando è necessario giurare? E soprattutto: chi è tenuto a prestare giuramento nella fase preliminare di una controversia? È a questo punto le strade si dividono e le opinioni si scontrano.

Il «Mantuanus» esige che entrambe le parti, attore e convenuto, giurino *de veritate* («sic esse»; «sic non esse»), ovvero prestino un giuramento che ha ad oggetto la *scientia* del *thema decidendum*, un giuramento che entra nel merito della questione senza essere circoscritto alla mera legittimazione processuale. Tale opinione è impugnata da Hugo, ripreso quasi alla lettera da Roffredo beneventano, autore di una successiva e più nota *summa de pugna*.

Hugo fa leva precisamente sulla lettera della «Mentio etenim» per dimostrare l'infondatezza della tesi del «Mantuanus», la quale gli appare palesemente «contra omnium legum auctoritatem de pugna loquentium». Si tratta, a suo modo di vedere, di una tesi del tutto contraria allo spirito che informa il sistema giuridico del tempo, orientato semmai nel senso di ridurre al minimo i rischi di spergiuro. È evidente infatti che, se entrambi giurano *de veritate*, uno dei due giuramenti non può che essere falso. Da qui l'invito al «Mantuanus» a ravvedersi, ad abbandonare l'idea che vi sia un obbligo di giurare in capo all'accusato, tesi che, nell'ottica di Hugo, spalanca la via agli spergiuri: «ergo Mantuanus suum errorem dimittat et contraria sacramenta in pugnis fieri minime precipiat, sacramento de astu ab actore semper prestando, cum ipse predicto modo ad pugnam se ingerat, sive sit actor principaliter, sive secundario; sive suo nomine, sive alterius intendat: a reo hoc sacramento de astu non prestando»³⁹.

Roffredo⁴⁰, dal canto suo, prende le mosse dalla *lex* «Si quis alium asto», la quale disciplina la condotta dell'attore nelle ipotesi di accusa per furto o incendio. Tale norma, in particolare, dispone che colui che promuove un giudizio formulando un'accusa di furto o incendio debba dichiarare sotto giuramento che la richiesta rivolta alla controparte di decidere la controversia con il duello non è fatta «asto animo», ovvero dolosamente, ma si basa su indizi certi, posti a fondamento della pretesa⁴¹. Tale norma intende reprimere l'abuso del duello ribadendo che la regola generale, in tali fattispecie, è rappresentata dalla purgazione mediante giuramento. L'accusante, pertanto, non può scegliere automaticamente il duello come strumento di purgazione, ma deve dare la precedenza al giuramento.

Il duello è ciò non ostante esperibile qualora l'accusante adduca il *periurum* della controparte. Trattandosi però di un mero sospetto, non assistito da prove concrete, è richiesto il giuramento dell'attore, con il quale questi dichiara solennemente di dubitare della verità e della fondatezza della dichiarazione resa dal convenuto. Solo a seguito di tale giuramento può farsi luogo al duello. Viceversa, il rifiuto di giurare ha l'effetto di porre fine alla controversia, con la conseguente soccombenza dell'attore: «Si quis alium asto animo compellaverit de pugna, que fieri solet per pravas personas, prebeat sacramentum ipse qui compellat solus. Et dicat iuratus que non asto animo eum per pugnam fatigare querat, nisi quod certas habeat suspitiones, sive de furto fuerit sive de incendio, aut unde ipsa compellatio agitur. Et si hoc iuraverit, postea vadat exinde ad pugnam. Si autem minime iurare presumpserit, non sit ipas causa per pugnam

39 Cfr. Ravennata, 1913, p. 4. Il testo si trova anche in Savigny, 1956, p. 512 e ss.

40 La redazione del trattato *de pugna* dovrebbe essere avvenuta durante la breve «parentesi longobardistica» del fondatore dello *Studium* aretino: cfr. E. CORTESE, *Roffredo Epifani da Benevento*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, II, cit.

41 «Per rafforzare il giusto uso del duello e anche per evitare che il giuramento divenisse l'arma di difesa degli impostori ci si basava su di un elemento concreto: la *certa suspicio*», cfr. Sarti, 1995, p. 53.

iudicata atque finita»⁴². Come si vede, alla luce di questa fattispecie, nella fase preliminare della controversia l'accusato non deve fare alcunché, deve solo prendere atto dell'avvenuto giuramento dell'attore, laddove questi si determini a giurare.

Si tratta né più né meno del comportamento suggerito dai sostenitori della *sententia papiensis*, come ci ricorda anche Carlo di Tocco con particolare chiarezza: «Quidem autem Papienses dicunt argumento huius legis quod in pugna non debet fieri sacramentum nisi de asto quod ab actore tantum praestatur»⁴³. Tale soluzione è condivisa da Roffredo il quale, non a caso, loda la *sententia papiensis* sottolineando come essa goda di notevole popolarità. Egli osserva come i sostenitori di tale opinione ritengano a ragion veduta che l'accusato non debba mai prestar giuramento, in quanto il giuramento e il duello sono condotte alternative.

Ciò significa che l'accusato non può allo stesso tempo giurare e accettare il duello. Affermare il contrario equivale a ignorare il tenore letterale di quelle norme nelle quali le due condotte sono presentate come chiaramente alternative: «reus tenetur ad duorum unum tantum, id est iuret vel pugnet: sed si iuraret et pugnaret non alterum tantum faceret, sed utrumque, et ita illa verba disiunctiva «aut» nihil operarentur, que invenies in omnibus legibus que de pugna tractant»⁴⁴.

Il punto di riferimento di Roffredo è, come si diceva, la legge «Si quis», la quale disciplina l'ipotesi dell'erede chiamato in causa dal creditore per i debiti del *de cuius*. Secondo tale norma, il convenuto può scegliere con quale strumento difendersi: il giuramento *de veritate*, con il quale nega formalmente l'esistenza del debito/credito, oppure il duello. Ma si tratta in ogni caso di due strade alternative, come parrebbe evidente dal tenore letterale della norma, costruita attorno a una preposizione disgiuntiva difficile da ignorare: «Si quis post mortem patris filium de debito appellaverit quod pater ipsius ei debitor fuisset et filius negaverit ita decernimus: ut prebeat filius sacramentum secundum qualitatem pecunie quod pater eius ei debitor non fuisset; aut per pugnam se defendat si potuerit»⁴⁵.

La tesi del carattere alternativo delle due condotte è ripresa anche da Carlo di Tocco⁴⁶, nella lunga glossa alla «Mentio etenim», nella quale il grande giurista beneventano, dopo aver sostanzialmente aderito alla dottrina dei *Papienses*, ripete l'opinione di Hugo e degli altri interpreti contrari all'idea del carattere cumulativo dei due rimedi: «probat argumentum huius legis ubi aut per pugnam aut per sacramentum se defendat reus, ut in multis legibus habetur. Si ergo defendunt se per pugnam, non debent prestare sacramentum. Et contrarium»⁴⁷.

La finalità dichiarata cui tende tale dottrina, analogamente ai provvedimenti normativi sopra ricordati, è quella di circoscrivere al massimo le ipotesi di giuramento *de veritate*. Radicalmente diverso è il caso del giuramento *de asto*, che l'attore deve prestare nella fase iniziale della controversia: si tratta infatti, da un lato, di un obbligo dell'attore, al quale egli è tenuto ad adempiere qualora intenda proseguire l'azione; dall'altro, di una dichiarazione che non riguarda

42 *Leges Liutprandi regis*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 70 (71), *MGH*, IV, p. 437.

43 Si veda la glossa «mentio etenim» di Carlo di Tocco, in *Leges Longobardorum cum argutissimis glosis*, Torino, 1964.

44 La *Summa de pugna* di Roffredo è pubblicata da Pateta, 1890, pp. 479-492. Il passo citato è a p. 487.

45 *Leges Rothari regis*, in *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 366 (365), *MGH*, IV, p. 391.

46 Sulla personalità e l'opera del «vero iniziatore della scienza giuridica meridionale», si veda Cortese, 2013, pp. 450-451.

47 Cfr. Carlo di Tocco, *Leges Langobardorum*, p. 420 (210).

la verità oggettiva della controversia⁴⁸, ma soltanto il fondamento processuale dell'azione, come esso è inteso, soggettivamente, da colui che promuove il giudizio, e mediante il quale si provoca il convenuto invitandolo a purificarsi⁴⁹.

Non avendo ad oggetto la verità della controversia ma soltanto la rappresentazione soggettiva del diritto di cui si chiede la tutela giudiziale, tale giuramento non espone al rischio mortale del *periurium*. Si tratta in altre parole di un giuramento privo di rischi, per così dire, di un giuramento che non contiene in sé la possibilità dello spergiuro. Diversamente dal giuramento *de veritate*, che contiene in sé come elemento ineliminabile, prima ancora della capacità di interpellare la sfera ultramondana, la possibilità della menzogna, ovvero il rischio di mettere in crisi la consistenza del linguaggio umano⁵⁰, la sua capacità di riferirsi alle cose, di rappresentare la realtà, di «vera respondere». Menzogna che non pare minimamente temuta, nelle sue conseguenze spirituali, dai contemporanei di Ottone, che non a caso, nel vietare il giuramento, parla di «mos detestabilis»: venuta meno ogni remora di carattere religioso, il *periurium* si fa consuetudine.

Sembra, questo, un fenomeno destinato a ripetersi ciclicamente nella storia; il che non è strano, trattandosi di un tema che interPELLa la dimensione religiosa e quella del linguaggio, ed ha quindi radici antropologiche profonde, legate agli stessi archetipi dell'umano. Platone, in un passo delle *Leggi*, ricorda i tempi d'oro in cui il semi-dio Radamanto «facendo nelle questioni controverse giurare le parti in lite, in rapida e sicura maniera risolveva i problemi». Ma aggiunge subito che tale sistema, oggi, non è più adeguato. Esso può funzionare soltanto in un'epoca in cui gli uomini credono fermamente nel divino e temono pertanto le conseguenze dello spergiuro come possibilità costitutivamente inerente al giuramento. Viceversa, in un'epoca di depravazione, di miscredenza, nella quale gli uomini non credono più nel divino, o pensano che gli dèi siano indifferenti alle cose umane, o peggio ancora che essi possano essere "comprati" con doni e lusinghe di vario genere, il sistema escogitato da Radamanto non funziona più.

La mutata percezione del divino deve riflettersi in una conseguente modifica delle leggi vigenti: occorre bandire dalla procedura legale i giuramenti delle parti in lite, specie nei casi in cui chi nega giurando ne tragga un evidente guadagno, e ammettere solo prove scritte e querele, da sottoporre con le debite formalità all'attenzione del magistrato. In caso contrario, il rischio cui si andrebbe incontro sarebbe quello di scoprire di vivere in una città popolata di spergiuri: «Sarebbe davvero triste venire a scoprire che poco meno della metà dei cittadini ha giurato il falso, e che pure costoro continuano a ritrovarsi come se niente fosse nelle mense comuni, negli altri luoghi di ritrovo, o nelle riunioni private organizzate ora da questo ora da quello»⁵¹.

48 Si tratta, com'è stato notato, di un giuramento che riguarda la «fondatezza oggettiva della pretesa avanzata», ma non la «verità dei fatti», essendo un atto che «precede e presuppone i mezzi reali di prova». Cfr. Sarti, 1995, p. 44.

49 Cfr. Sarti, 1995, p. 44.

50 Si tratta di un profilo di grande fascino, acutamente messo in luce da Giorgio Agamben, secondo il quale la reale posta in gioco del giuramento, e quindi il fondamento ultimo della sua sacralità, era altra e ben più importante rispetto alla semplice veridicità di una affermazione o alla garanzia di una promessa. In questo senso, il giuramento conteneva forse la «memoria di uno stadio più arcaico, in cui esso riguardava la consistenza stessa del linguaggio umano e la natura stessa degli uomini in quanto "animali parlanti"». Si comprende allora l'enorme importanza simbolica di tale atto e la gravità inaudita dello spergiuro: «Il flagello che esso doveva arginare non era soltanto l'inaffidabilità degli uomini, incapaci di mantener fede alla loro parola, ma una debolezza che riguarda il linguaggio stesso, la capacità delle parole di riferirsi alle cose e quella degli uomini di prendere atto della loro condizione di esseri parlanti». Cfr. Agamben, 2008, p. 11 e s.

51 *Leggi*, XII, 947 E- 949 A, in Platone, 1991, p. 1725.

3. Tra efficacia sostanziale e natura meramente endo-processuale: il *iuramentum* nella riflessione della scienza giuridica bolognese

«Est enim ius iurandum affirmatio religiosa; quod autem affirmate quasi deo teste promiseris, id tenendum est». Con queste parole, che troviamo nel saggio scritto pensando al figlio, a quell'epoca studente ad Atene alla scuola di Cratippo, con l'intento di fornirgli un prezioso strumento di formazione umana e professionale, Cicerone ribadisce il legame esistente tra il giuramento e la sfera della *religio*⁵².

L'esempio da cui prende le mosse è quello celeberrimo di Attilio Regolo. Fatto prigioniero da Santippo, luogotenente di Amilcare, Regolo viene inviato a Roma sotto vincolo di giuramento: egli sarebbe dovuto tornare a Cartagine se non fossero stati restituiti ai Cartaginesi alcuni nobili prigionieri. Ebbene, Regolo giunge a Roma, si presenta dinanzi al Senato, espone la situazione, manifesta la sua opinione personale, del tutto contraria ai suoi interessi, finché, senza cedere né all'amore della famiglia né a quello della patria né tanto meno agli anni e alla vecchiaia incipiente, fa ritorno a Cartagine, sapendo benissimo a quale sorte andrà incontro. Egli, molto semplicemente, non può tollerare di restare in patria nella veste di un «periurus consularis».

Come si spiega la condotta di Regolo, si chiede Cicerone?

Regolo ha giurato e non può venir meno all'impegno preso. Il carattere vincolante del giuramento deriva dalla sua natura di atto "religioso", dalla *religio* che lo connota. Si tratta di una *religio* incomprensibile al di fuori delle coordinate dello stoicismo ciceroniano, al di fuori cioè di una dottrina in forza della quale si rifiuta deliberatamente una visione della vita e una concezione del mondo legata a nozioni metafisiche: «iam enim non ad iram deorum, quae nulla est, sed ad iustitiam et ad fidem pertinet». In questo senso, si dice, l'ira divina non esiste; perché la divinità, anche ammettendo che esista per davvero, non entra nelle faccende umane, mentre l'agire morale deve trovare un fondamento teoretico autonomo, indipendente dalla minaccia o dal timore di una sanzione esterna⁵³. E tuttavia il giuramento si fonda sulla *religio*, nel senso che esso ha effetti vincolanti ed è fonte di doveri, in conformità ai principi di giustizia, di onestà e di utilità che l'autore pone a fondamento degli *officia*, in quanto a loro volta espressione di un superiore criterio di razionalità. Ne deriva che Regolo decide di far ritorno a Cartagine obbedendo a un imperativo morale, a un dovere di giustizia, impossibile da realizzare separando l'utile dall'onesto: «pervertunt homines ea, quae sunt fundamenta naturae, cum utilitatem ab honestate seiungunt»⁵⁴. In questo senso il giuramento è un atto religioso fonte di doveri morali ineludibili.

Ma l'impiego del lemma *religio* in relazione al giuramento non è certo un fenomeno circoscritto (si fa per dire) all'opera dei retori e dei filosofi. Non a caso, il titolo II del libro XII del Digesto, dedicato per l'appunto al giuramento, si apre con un passo inequivocabile di Gaio: il giuramento è definito direttamente «iurisiurandi religio», atto "religioso" molto diffuso come strumento di risoluzione delle controversie: «maximum remedium expediendarum litium in

⁵² Tale argomento è sviluppato nel *De officiis* [29, 104]: cfr. Cicerone, 1953, p. 822.

⁵³ Cfr. Cicerone, 1953, p. 822.

⁵⁴ Cfr. Cicerone, 1953, p. 820.

usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae».

Nel diritto processuale romano⁵⁵ il giuramento, dopo il passaggio da atto religioso a mera scommessa (nell'ambito del processo per *legis actiones*) per effetto della laicizzazione del sistema giuridico, viene disciplinato dal pretore con una norma *ad hoc*. In D 12, 2, 3 troviamo la seguente disposizione: «Si is cum quo agetur condicione delata iuraverit, eius rei, de qua iusiurandum delatum fuerit, neque in ipsum neque in eum ad quem ea res pertinet actionem dabo». In altre parole, l'editto prevede la possibilità che l'attore, prima della *litis contestatio*, deferisca al convenuto il giuramento. Nel caso in cui il giuramento venga prestato, l'attore non potrà più agire perché il pretore non concederà l'azione: il primo effetto del giuramento è pertanto la *denegatio actionis*.

Successivamente, nel caso in cui risulti dubbio «an iusiurandum datum sit», il pretore inizia ad accordare al convenuto l'*exceptio iurisiurandi*, rimettendo al giudice privato il compito di accertare se il giuramento sia stato effettivamente prestato. Viceversa, nel caso di giuramento pronunciato dall'attore, il pretore concede una azione apposita, con la quale l'attore non chiede che venga accertata la fondatezza del diritto fatto valere in giudizio, ma, più semplicemente, che venga accertata l'avvenuta pronuncia del giuramento.

Dall'analisi di tale disciplina emerge subito un dato di assoluto rilievo: nel diritto romano classico la distinzione tra *iusiurandum necessarium* e *iusiurandum voluntarium* si rivela del tutto infondata. Come si vede, infatti, identici sono gli effetti, indipendentemente dal fatto che esso sia stato prestato dal convenuto o dall'attore: nel primo caso, esso produce sempre una *denegatio actionis* o una *exceptio iurisiurandi*; nel secondo caso, può produrre effetti molteplici, la cui natura dipende però dal tema del giuramento e non dal fatto che esso sia *voluntarium* o *necessarium*. Risulta del pari insostenibile una distinzione basata su una presunta differenza di natura. In particolare, il giuramento *voluntarium* non ha natura pattizia, come talora è stato sostenuto in dottrina, poiché, anche senza considerare il fatto che il deferimento di tale giuramento è opera esclusiva dell'attore, dal mero *pactum*, ovvero dal semplice accordo di prestare il giuramento non discende alcun effetto giuridicamente rilevante.

Questo è il lascito, piuttosto lineare, che il diritto romano consegna alla scienza giuridica medievale. Che tuttavia si trova a studiare a commentare il Digesto dopo una lunga parentesi *papiensis*, dopo un lungo periodo storico durante il quale, a seguito del contatto con la tradizione giuridica di impronta germanica, acquista rilievo la distinzione tra *Konventionaleid* e *Zwangseid*, da cui trae origine la polarizzazione, prima inesistente, tra le due forme di giuramento.

È per tale ragione che la riflessione scientifica sul giuramento in epoca basso-medievale si sviluppa a partire dalla distinzione tra *iuramentum iudiciale* e *iuramentum necessarium*. Il primo, come sappiamo, è il giuramento deferito dalla controparte allo scopo di decidere la controversia, con il risultato di determinarne la cessazione con effetti irreversibili; il *iuramentum necessarium*, con finalità *stricto sensu* probatoria, è invece il giuramento disposto dal giudice nell'ambito di un processo al fine di chiarire le rispettive posizioni giuridiche delle parti, qualora i mezzi di prova forniti dalle stesse vengano ritenuti insufficienti.

Tale distinzione si chiarisce e acquista rilievo nel corso del tempo, portando a una differenziazione sempre più spiccata delle due figure, quanto a funzione, natura, effetti. La diversità dei

⁵⁵ Si veda la voce di Amirante, 1961, pp. 937-942.

due istituti emerge gradualmente, tra opinioni e prese di posizione spesso confuse e contraddittorie, sino a definirsi con chiarezza come conseguenza indiretta di una accesa controversia dottrinale, alla cui origine si colloca la posizione per certi versi anticipatrice da taluni attribuita a Piacentino.

Così, ad esempio, nella glossa «Quod si alias»⁵⁶ sembra delinearci la differente natura dei due *iuramenta*. Che succede nel caso in cui venga prestato giuramento? Che ne è della controversia?

Gaio ci avverte che le *constitutiones* consentono di riassumere la causa solo nel caso in cui una delle parti sostenga di essere entrata in possesso di «nova instrumenta», ovvero di mezzi probatori nuovi, in grado di incidere in maniera decisiva sull'esito della controversia. Tuttavia, ciò non è possibile nel caso in cui l'affare sia stato transatto mediante giuramento: in tale ipotesi, «non conceditur eandem causam tractare», non vi è più spazio per la trattazione della causa. Ovvero, detto altrimenti, il giudice dispone la cessazione della controversia. A questo punto, l'autore della glossa inserisce una precisazione che appare fondamentale: tale esito si ha solo se il giuramento è stato prestato «iudice non deferente, sed a parte parti in iudicio vel extra».

In altre parole, il giuramento «iudiciale» prestato nel corso del processo o al di fuori di esso impedisce la trattazione della causa, ha l'effetto di chiudere irreversibilmente la controversia. Diversamente nel caso in cui il *iuramentum* sia stato disposto dal giudice. In questa ipotesi, infatti, la pronuncia del giuramento non impedisce l'eventuale ulteriore trattazione della causa, qualora evidentemente il giudice sospetti che la parte abbia giurato il falso.

Per quale motivo?

La diversità degli effetti viene spiegata facendo leva sulla natura del bene giuridico leso nelle due ipotesi. Nel primo caso, l'offesa è rivolta “solo” a Dio, e sarà quindi un problema circoscritto al fedele-spergiuro, una mera questione spirituale di colui che, pur di ottenere ragione in giudizio, non ha esitato a commettere un peccato mortale. Il potere politico, in questo caso, non entra in gioco, poiché si tratta di un atto indifferente per la sfera mondana, come ci conferma anche Azzone, con particolare chiarezza: «Item notandum est quod iusiurandum praestitum per Deum contempta religio [sic] punitur a solo Deo non per principem»⁵⁷.

Nel secondo caso, viceversa, il giudice è tirato direttamente in ballo, è il destinatario diretto del falso giuramento: «Quando iudex defert, tunc religio et iudex circumvenitur». Il che significa che il falso giuramento, in quanto mezzo di prova, offende anche il giudice e non solo la divinità. E con il giudice non si scherza, sembra dire il glossatore: «cum quo non ita mite agitur, ut cum Deo»⁵⁸.

Il fatto del *periurium*, in altre parole, non può risolversi in una mera questione di coscienza, in un problema interno al fedele e alla sua anima, poiché il *periurium* pronunciato a seguito di un *iuramentum necessarium* reca offesa al *munus* del giudice, alla sua dignità, prefigurando quello che, con linguaggio moderno, potremmo considerare un delitto contro l'amministrazione della giustizia. Ciò perché il *iuramentum necessarium* è un provvedimento del giudice, cui egli può discrezionalmente ricorrere «in defectu probationis» ed ha per questo una efficacia

⁵⁶ Si veda glossa «Quod si alias», *ad legem* «Admonendi», ff. «De iureiurando» (D. 12, 2, 31).

⁵⁷ Azonis, *Summa super Codicem. Instituta extraordinaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Augustae Taurinorum, 1966, p. 106.

⁵⁸ Glossa «Quod si alias».

circoscritta all'accertamento della verità processuale, «valet ad perficiendam probationem, non ad obligandam partem»; anche se, evidentemente, esso può contribuire in maniera decisiva all'accertamento della legittimità di una pretesa soggettiva e, per converso, all'accertamento di un obbligo in capo alla parte soccombente. Da tale precisazione emerge in modo neanche troppo implicito la distinzione tra un giuramento a efficacia sostanziale e un giuramento a efficacia meramente processuale, dal quale non discende automaticamente la cessazione della controversia.

Non mancano tuttavia prese di posizione che sembrano andare in senso contrario, contribuendo non poco a confondere le idee del lettore. È il caso ad esempio della glossa «probationes»⁵⁹, nella quale si afferma, contestualmente, che il medesimo giuramento può assumere «locum probationis», ovvero mero valore probatorio, come pure, al contrario, «locum veritatis», ovvero efficacia sostanziale, al punto che il *sacramentum* è equiparato a istituti certamente non ascrivibili al diritto processuale, quali la transazione, il pagamento, la novazione, la delegazione.

La funzione meramente probatoria del giuramento viene argomentata facendo leva sulla disposizione contenuta in C. 6, 30, 10, avente ad oggetto la determinazione dell'asse ereditario. Tale norma consente ai creditori, ai legatari e ai fedecommissari di provare con qualsiasi mezzo l'esatta consistenza del patrimonio del *de cuius*, qualora vi siano fondate ragioni per ritenere che esso sia maggiore rispetto a quanto risulta dall'inventario predisposto dall'erede. Tutti i mezzi di prova sono ammessi, a partire dalla tortura, da infliggere ai servi ereditari, per finire, appunto, con il *sacramentum* dell'erede, da considerarsi *ultima ratio* in caso di mancanza di altre prove: «licentia danda creditoribus, seu legatariis, vel fideicommissariis, si maiorem putaverint esse substantiam a defuncto derelictam, quam heres in inventario scripsit, quibus voluerint legitimis modis quod superfluum est, approbare, vel per tormenta forsitan servorum hereditariorum, vel per sacramentum illius, si aliae probationes defecerint». In questa ipotesi, come si vede, la natura sostanziale del giuramento resta per lo meno in ombra.

Nella stessa glossa, tuttavia, troviamo un espresso riferimento a due passi del Digesto, nei quali, secondo l'autore, il giuramento acquisterebbe «locum veritatis». È il caso di D 12, 2, 27, ove si precisa che «iusiurandum etiam loco solutionis cedit», nonché di D 12, 2, 11, là dove invece si afferma che il possessore, il quale abbia negato tramite giuramento che la cosa appartiene all'attore, fintantoché dura il possesso potrà sempre difendersi invocando l'eccezione del giuramento: «sed si possessori fuerit iusiurandum delatum, iuraveritque rem petitoris non esse, quamdiu quidem possidet, adversus eum, qui detulit iusiurandum, si petat, exceptione iurisiurandi utetur».

Il che equivale a dire che il giuramento prestato dal possessore, assicurandogli, in costanza del possesso, la titolarità di una eccezione permanente esperibile nei confronti dell'attore che ha deferito il *sacramentum*, pone termine alla controversia. In questo senso deve intendersi il «locum veritatis». Ma, almeno in quest'ultima ipotesi, si tratta di una conclusione alquanto azzardata: la *denegatio actionis* o l'*exceptio iurisiurandi* derivanti dalla pronuncia del giuramento sono conseguenze di natura marcatamente processuale, il cui effetto tipico è esclusivamente quello di paralizzare l'azione, impedendo che possa instaurarsi o proseguire un giudizio con identico *petitum* e medesimo attore e convenuto.

⁵⁹ Si veda glossa «Probationes», *ad legem* «Generaliter», C. «De rebus creditis et de iureiurando» (C. 4, 1, 12).

Tale ambiguità non deve sorprendere. Essa è in realtà il riflesso delle incertezze che serpeggiano in dottrina circa la natura e l'efficacia del *iuramentum iudiciale*, in particolare circa la legittimità della contrapposizione dei due giuramenti.

La questione è esposta con apprezzabile chiarezza in una glossa di Cino.

Che succede - si chiede il *pistoriensis* - nel caso in cui il giuramento venga deferito all'attore e questi confermi la legittimità della propria pretesa («et iurat sibi dare oportere»)? L'attore dispone per ciò solo di una *actio ex iuramentum*? Ecco allora riaffiorare la distinzione tra i due *iuramenta*: qualora si tratti di un giuramento volontario, l'attore che lo ha prestato dispone senz'altro di una *actio in factum*; qualora, al contrario, si tratti di un giuramento *necessarium*, la soluzione non appare altrettanto univoca. Secondo un primo orientamento, che lo stesso Cino attribuisce alla riflessione di Piacentino, in tale ipotesi non sorge alcuna *actio*: «Una Placentini, qui dixit quod non, cum actio in factum ex sententia oriatur»⁶⁰. Ed è precisamente questo il punto centrale di tale tesi: l'*actio in factum*, nel caso in cui si giunga a una sentenza nasce da essa e non dal precedente giuramento.

Piacentino, a dire il vero, si dimostra piuttosto laconico sul punto.

Nella *Summa de actionum varietatibus* non vi è traccia della questione. Neppure la *Summa codicis* si rivela di particolare utilità. Nel lungo commento al titolo I del libro IV del *Codex* («De rebus creditis et iureiurando»), il tema del rapporto tra giuramento e azione resta alquanto in ombra. Dopo aver spiegato che il giuramento rappresenta un antidoto contro la malafede e la disonestà degli uomini, i quali diffidano naturalmente gli uni degli altri («introductum est iusiurandum ob hominum diffidentiam: si enim homo homini crederet, iurare necesse non esset»), il giurista ci ripropone la definizione tradizionale di *iuramentum*, nella quale ricompare il riferimento alla *religio*, intesa stavolta non alla stregua di una *fides* di carattere laico, ma di un atto solenne compiuto in presenza di Dio: «Est autem iusiurandum affirmatio vera falsave adhibita religione. Ergo iurare nihil aliud est, quam adfirmare vel negare deo inspectore».

Fatta questa premessa, Piacentino passa in rassegna i diversi *iuramenta* esistenti. La tradizionale bipartizione cede il passo a una inedita tripartizione. Identico resta l'oggetto e il fine di tale atto: «iuratur de causa et ut finiatur causa: alias extra iudicium, alias in iudicio». *Nulla quaestio* per quanto riguarda il giuramento stragiudiziale: è tale il giuramento deferito da una parte all'altra al di fuori di un processo, si tratta di un giuramento non necessario («necessitatem non habet»), nel senso che non vi è alcun obbligo di prestarlo né tantomeno di riferirlo, ragion per cui esso viene definito «conventionale» o «voluntarium». Ben più articolata e complessa si rivela l'ipotesi del giuramento pronunciato nell'ambito di un processo. Qui Piacentino distingue tra l'ipotesi di un giuramento deferito da una parte all'altra o dal giudice (senza ulteriori precisazioni), atto che viene definito «necessarium», perché non vi è possibilità di sottrarsi rifiutandosi di prestarlo o di riferirlo, e l'ipotesi di un giuramento «quod in iudicio defertur a iudice actori, vel reo ob probationum inopiam». È questo evidentemente il caso del giuramento disposto dal giudice a fini strettamente probatori, il quale, ci informa lo stesso Piacentino, da taluni è detto «iudiciale», da altri invece «necessarium», dove il carattere di necessità discende dal fatto che esso «non est referendum».

⁶⁰ Si veda Cynus Pistoriensis, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi, id est, Digesti veteris, doctissima commentaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Torino, 1964, p. 188.

Ora, mentre dalle prime due forme di giuramento derivano azioni ed eccezioni specifiche, da quest'ultimo non nasce alcuna azione: «Ex hoc sacramento ultimo actionem oriri me legisse non memini»⁶¹. Il che pare significare che esso esaurisce la sua funzione all'interno del processo, alla stregua di un qualsiasi mezzo di prova. *A fortiori*, quindi, nel caso in cui il giudice pronunci una sentenza, l'*actio* di cui potrà disporre la parte vittoriosa si fonderà su di essa e non certamente sul *iuramentum praestitum*.

Come si vede, la tesi che la tradizione attribuisce a Piacentino, si sviluppa a partire da un presupposto essenziale: l'esistenza di una sentenza definitiva emessa dopo il giuramento. Data tale sentenza, la questione si pone in questi termini: qual è il rapporto tra il giuramento e la sentenza pronunciata sul fondamento di quello? Entrambi, giuramento e sentenza, producono effetti di diritto sostanziale?

Secondo Piacentino, soltanto la sentenza è efficace rispetto al diritto soggettivo sostanziale e solo da essa nasce l'*actio*. L'eventuale *actio* derivante dal giuramento risulta elisa e assorbita dall'*actio* di identico contenuto derivante dalla sentenza. Con il risultato che, là dove si giunga alla pronuncia di una sentenza, l'efficacia del giuramento resta circoscritta alla fase strettamente processuale.

Come ci ricorda Cino, tale tesi è avversata da Hugo e da altri, mentre sembra «verior» e «rationabilior» a Pietro di Bellapertica, oltre che, ovviamente, allo stesso *pistoriensis*. A questo punto, egli chiarisce la propria posizione ricorrendo all'esempio di una *stipulatio* avente ad oggetto un contratto di mutuo, ovvero l'assunzione formale di una obbligazione la cui *conventio* sottostante è rappresentata da un contratto reale: «Ubi enim potest ex causato actio oriri, non oritur ex causa precedente: sicut patet, ubi est causa numerationis, et stipulatio quae causatur ex ea, ex qua stipulatione velut ex suo causato actio oritur, et non ex causa numerationis». Il mutuo, in quanto modello per eccellenza di contratto reale, si perfeziona esclusivamente a seguito della *datio rei*, benché essa ovviamente presupponga un previo accordo tra le parti. In mancanza di *traditio*, la semplice promessa di consegnare una somma di denaro produce esclusivamente un'azione personale, ovvero una *condictio ex stipulatu*. La nascita delle obbligazioni tipiche del contratto di mutuo presuppone invece la consegna del denaro, cioè la *numeratio pecuniae*.

Questo è il punto: in presenza di una *stipulatio* preceduta dalla *numeratio*, cioè dalla *datio rei*, l'eventuale *actio* per chiedere la restituzione del denaro non nasce dalla *numeratio*, ma dalla *stipulatio*, cioè dal fatto solenne della pronuncia dei *verba* collegati alla *conventio* sottostante. In altre parole, la *stipulatio* assorbe la *numeratio*, nel senso che l'azione a tutela del mutuante discende dall'atto solenne rappresentato dall'incontro tra le volontà dello *stipulator* e del *promissor*. Lo stesso meccanismo, secondo Cino, si applica anche nell'ipotesi del giuramento seguito da una pronunzia giudiziale: in questo caso, infatti, non siamo in presenza di fattispecie concorrenti, produttive di azioni indipendenti l'una dall'altra, ma è la sentenza ad assorbire il *iuramentum* inglobandone gli effetti.

È probabile tuttavia che la migliore spiegazione del pensiero di Piacentino, reso piuttosto inafferrabile dalla laconicità del passo che abbiamo ricordato, sia quella offerta dalle parole di Odofredo Denari.

⁶¹ Gli argomenti e i passi citati si trovano in Placentini, *Summa codicis*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, I, nella edizione anastatica, Torino, 1962, p. 132 e ss.

Nella sua *Lectura super Codice*, egli non può fare a meno di affrontare la questione e lo fa anch'egli appoggiandosi all'autorità del suo illustre collega. Dal giuramento *iudiciale*, ci informa dunque Odofredo, non nasce alcuna *actio*, giacché è più che sufficiente l'azione derivante dalla sentenza: «Ex iudiciali non oritur actio in factum ut dicit Placentinus, quod satis est quod ex sententia iudicis detur actio in factum iudicati».

Non solo: non bisogna lasciarsi trarre in inganno dal fatto che dal giuramento volontario discenda un'*actio*. Si tratta infatti di fattispecie distinte, la cui differenza fondamentale si coglie benissimo tenendo presente che il giuramento volontario non prelude a una sentenza, è cioè un atto autonomo, indipendente da un procedimento di natura giurisdizionale, e come tale deve essere in grado di produrre i suoi effetti di per sé, pena la sua totale irrilevanza: «Dixit Placentinus quod non est mirum si nascitur actio in factum ex voluntario iureiurando quia non spectat sequentem sententiam: se iudiciale, sic».

Segue infine un'ulteriore chiarimento, questo davvero decisivo: se anche il giuramento *iudiciale* facesse nascere un'azione, ci troveremmo dinanzi a due *actiones*, una derivante appunto dal giuramento, l'altra derivante invece dalla sentenza, il che sarebbe assurdo dal punto di vista logico: «Si autem diceremus sicut dixit Placentinus quod ex iudiciali daretur actio in factum, et ex sententia alia esset in factum, inconueniens esset quod duae actiones darentur ad idem: unde altera esset superflua, quod esse non debet». Ergo, una delle due azioni è superflua, ed è ovvio che sia la prima, in quanto mero segmento di un *iter* procedimentale complesso destinato a chiudersi con la sentenza⁶².

Il consolidamento dottrinale della tesi differenziatrice è frutto delle vivaci reazioni suscitate dalla tesi tradizionalmente attribuita a Piacentino, la quale, oltre al fatto di non tener conto della possibilità di costruire giuramento e sentenza alla stregua di fattispecie concorrenti, in quanto tali produttive di azioni autonome, si scontrava con molteplici passi delle fonti romane nelle quali il sorgere di un *actio* sembrava discendere naturalmente dalla pronuncia di un giuramento, a prescindere dalla natura di quest'ultimo.

A riprova delle accese dispute dottrinali suscitate dalla tesi di Piacentino, possiamo senz'altro ricordare la glossa «Actio»⁶³, ovvero il commento al passo nel quale si esamina l'effetto del giuramento prestato dall'attore dinanzi al convenuto possessore in una causa di rivendica della proprietà: «Si petitor iuravit, possessore deferente, rem suam esse, actori dabitur actio».

Che significa «actori dabitur actio», si chiede il glossatore?

La risposta è inequivocabile: il passo di Ulpiano sta ad indicare che da un giuramento, giudiziale o necessario, sorge sempre un'azione a favore di colui che lo ha pronunciato: «Probatur ergo hic quod ex iudiciali vel necessario iuramento datur in factum actio. Hic enim iudicium erat coeptum. Loquitur enim de petitione et nihilominus dabitur actio in factum ex sententia quae sequitur».

A quanto parrebbe, pertanto, secondo questa linea interpretativa, il proprietario che agisce in rivendica, una volta prestato il giuramento deferito dal convenuto, può disporre di due *actiones*, una derivante dal giuramento, l'altra derivante dall'eventuale sentenza che chiude la controversia. Tuttavia, il glossatore non può fare a meno di riportare l'opinione contraria di Piacentino, con la quale evidentemente è impossibile non fare i conti: «Placentinus contra

62 Si veda Odofredus, *Lectura super Codice*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, I, nella edizione anastatica, Bologna, 1968, p. 188.

63 Si veda glossa «Actio», *ad legem* «Nam posteaquam iuratum», § «Si petitor», ff. «De iureiurando» (D. 12, 2, 9).

dicit etiam ex necessario vel iudiciali non dari actionem in factum, cum ex sententia speretur»: laddove vi sia un giudizio pendente, e la parte sia in attesa di una sentenza, l'azione nasce eventualmente solo da quest'ultima e mai dal *iuramentum necessarium*: «Probatur hic quod actio in factum datur ex sententia cum iudicatur rem meam esse».

Segue però subito un'affermazione alquanto sibillina, benché apparentemente ovvia: «Licet quidam dicant iudicis officium tantum implorari posse ad executionem». Ecco la questione: sembra preferibile ricollegare la nascita dell'*actio* al giuramento piuttosto che alla sentenza; in caso contrario, il soddisfacimento della pretesa dell'attore dipende esclusivamente dalla esecuzione della pronunzia giudiziale, è quindi rimessa alla buona volontà del giudice (da implorare, se del caso...). E questa pare una soluzione assai poco desiderabile all'autore della glossa, il quale preferisce coltivare l'idea di una efficacia diretta del *iuramentum praestitum*, e quindi della sua capacità di modificare *ipso iure* le posizioni giuridiche soggettive delle parti in causa.

Ma di certo uno dei principali rappresentanti della corrente dottrinale contraria a quella inaugurata da Piacentino è Azone⁶⁴, il quale, nella *Summa super Codicem*, commentando il medesimo titolo del Digesto, torna a sua volta sulla questione. Secondo Azone, da qualsiasi forma di giuramento nasce un'*actio*: «Effectus autem iurisiurandi voluntarii vel necessarii vel iudicialis est quod ex eis omnibus datur actio in factum». Tuttavia, Piacentino e i suoi seguaci sostengono il contrario: «Quidam autem ut Placentinus dixerunt ex iudiciali vel necessario sacramento non dari actionem in factum iuranti qui habiturus est eam ex sententia».

Qui, a differenza della glossa «Actio», ci imbattiamo in una argomentazione di tenore differente. Ammettiamo pure che Piacentino abbia ragione, che cioè l'azione derivi dalla sentenza. Ciò non toglie che azioni di contenuto analogo possano ricollegarsi, a livello genetico, a fattispecie giuridiche differenti: «Sed certe hoc nihil impedit quod eiusdem rei nomine plures competere actiones non est mirum». Non c'è da stupirsi in altre parole se la parte dispone di più azioni concorrenti alle quali può far ricorso per il soddisfacimento della propria pretesa giuridica.

Un esempio, secondo Azone, è dato dall'istituto della *confessio*. La confessione, resa nell'ambito di un processo, genera un'*actio*, e ciò appunto a dispetto del fatto che tale atto sia compiuto dinanzi al giudice in pendenza di una controversia: «Nam actio posset dari ex confessione si confessus in iudicio est, quoniam confessus habet pro iudicato. Idem ergo in iureiurando». L'autore della *Summa*, pertanto, non si limita a contestare la tesi di Piacentino opponendo ad essa una affermazione uguale e contraria, ma fa ricorso a un ragionamento giuridico assai più sottile, ipotizzando la possibilità della coesistenza di più azioni concorrenti, di analogo contenuto, nascenti da fattispecie distinte. La presenza di una pluralità di azioni, in conclusione, non è affatto inammissibile e non configura un nonsenso logico dal punto di vista giuridico.

Questo, in sintesi, è il lascito che la dottrina giuridica medievale, al suo apogeo, consegna alla storia e alla riflessione dei giuristi successivi. A partire da esso, attraverso un percorso tortuoso nel quale si inseriranno a vario titolo anche le differenti soluzioni adottate dagli statuti comunali, la riflessione sul giuramento proseguirà ininterrotta, e sarà caratterizzata dalla tendenza crescente alla processualizzazione di tale istituto, ovvero all'abbandono di una concezione del *iuramentum* quale mezzo di regolamento del rapporto controverso⁶⁵.

64 Azonis, *Summa super Codicem. Instituta extraordinaria*, in C. «De rebus creditis et iureiurando», C. 4, 1, nella edizione anastatica, Augustae Taurinorum, 1966, p. 106.

65 Cfr. Allorio, 1937, p. 107.

Riferimenti Bibliografici

- Abbondanza, R. (1962). Aripando. In *Dizionario biografico degli Italiani*, IV. Roma: Treccani.
- Agamben, G. (2008). *Il sacramento del linguaggio*. Archeologia del giuramento. Roma: Laterza.
- Alessi, G. (1987). Processo penale (dir. interm.). In *Enciclopedia del diritto*, XXXVI. Milano: Giuffrè.
- Allorio, E. (1937). *Il giuramento della parte*. Milano: Giuffrè.
- Amirante, L. (1961). Giuramento (diritto romano). In *Novissimo Digesto Italiano*, VII. Torino: UTET.
- Anschuetz, A. (1885). *Die Lombarda Commentare des Aripandus und Albertus*. Ein Beitrag zur Geschichte des germanischen Rechts im zwölften Jahrhundert. Heidelberg: Akademische Verlagshandlung von J. C. B. Mohr.
- Astuti, G. (1971). Spirito del diritto longobardo: il processo ordalico. In *La civiltà dei Longobardi in Europa* (Atti del Convegno internazionale: Roma, 24-26 maggio 1971 – Cividale del Friuli, 27-28 maggio 1971). Roma.
- Astuti, G. (1979). Obbligazioni (dir. Intermedio). In *Enciclopedia del diritto*, XXIX. Milano: Giuffrè.
- Astuti, G. (1952). *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, vol. I. Milano: Giuffrè.
- Bellomo, M. (1991). *L'Europa del diritto comune*. Roma.
- Besta, E. (1902). L'opera di Vaccella e la scuola giuridica di Mantova. *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, XXXIV. Torino: Bocca.
- Brandileone, F. (1931). Origine e significato della «*traditio chartae*». In F. Brandileone, *Scritti di storia del diritto privato italiano*. Bologna: N. Zanichelli.
- Brunner, H. (1880). *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*. Berlin: Weidmannsche Buchhandlung.
- Campitelli, A. (1987). Processo civile (dir. interm.). In *Enciclopedia del diritto*, XXXVI. Milano: Giuffrè.
- Cicerone, M. T. (1978). *Opere politiche e filosofiche: Lo Stato, Le leggi, I doveri*, vol. I. Torino: UTET.
- Cortese, E. (1995). Il processo longobardo tra romanità e germanesimo. In *La giustizia nell'Alto Medioevo (secoli V-VIII)*. Spoleto: Centro italiano di studi sull'alto Medioevo.
- Cortese, E. (2013). Roffredo Epifani da Benevento. In *Dizionario biografico dei giuristi*

italiani, vol. II. Bologna: Il Mulino.

Diurni, G. (1976). *L'expositio ad librum papiensem e la scienza giuridica preirneriana*. Roma: Fondazione Sergio Mochi Onory per la storia del diritto italiano.

Fiorelli, P. (1965). Duello (storia). In *Enciclopedia del diritto*, XIV. Milano: Giuffrè.

Kantorowicz, H. (1939). De Pugna. La letteratura longobardistica sul duello giudiziario. In *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II. Milano: Giuffrè.

Leges Karoli Magni imperatoris. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 65 (66), MGH, IV.

Leges Liutprandi regis. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 70 (71), MGH, IV.

Leges Longobardorum cum argutissimis glosis (1964). Torino.

Leges Rothari regis. In *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 366 (365), MGH, IV.

Leicht, P. S. (1920). Le glosse di Carlo di Tocco. In *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna*, vol. IV. Bologna: Commissione per la storia dell'Università.

Loschiavo, L. (2004). *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo Medioevo*. Milano: Giuffrè.

Loschiavo, L. (2013). Aripando. In I. Birocchi, E. Cortese, A. Mattone, M. N. Miletta (a cura di). *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, vol. I. Bologna: Il Mulino.

Merkel, J. (1850). *Die Geschichte des Langobardenrechts*. Berlin: Rudolf Vierhaus.

MGH – *Constitutiones et acta publica imperatorum et regum*, vol. I, 911-1197.

MGH – *Constitutiones et acta publica Imperatorum et Regum*, vol. II, 1198-1272

MGH – *Leges Langobardorum*, vol. IV

MGH – *Liber legis Langobardorum Papiensis*, 110 (112), vol. IV.

Patetta, F. (1890). *Le ordalie*. Studio di storia del diritto e scienza del diritto comparato. Torino.

Platone (1991). *Tutti gli scritti*, a cura di Giovanni Reale. Milano: Bompiani.

Provinciali, R. (1970). Giuramento decisorio. In *Enciclopedia del diritto*, vol. XIX. Milano: Giuffrè.

Ravennata, U. de P (1913). *Summula de pugna et modis purgationum eius qui criminatur*. I. B. P. Bononiae (a cura di). *Scripta Anecdota Glossatorum*.

Salvioli, G. (1898). Intorno all'uso della Lombarda presso i glossatori e i giuristi del secolo XIV. In *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, vol. II. Torino.

Salvioli, G. (1969). Storia della procedura civile e criminale. In P. del Giudice (a cura di).

Storia del diritto italiano. Firenze: Libreria O. Gozzini.

Sarti, N. (1995). *Maximum dirimendarum causarum remedium* – Il giuramento di calunnia nella dottrina civilistica dei secoli XI-XIII. Milano: Giuffrè, 1995.

Von Savigny, F. C. (1956). *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, vol. IV. Darmstadt.

Sbriccoli, M. (2009). *Storia del diritto penale e della giustizia*. Scritti editi e inediti (1972-2007). Milano: Giuffrè.

Schupfer, F. (1909). *Il diritto privato dei popoli germanici con speciale riguardo all'Italia*, vol. III. Roma: E. Loescher.

Sinatti d'Amico, F. (1968). *Le prove giudiziarie nel diritto longobardo*. Milano: Giuffrè.

Taruffo, M. (2009). *La semplice verità* – Il giudice e la costruzione dei fatti. Roma: Laterza.

Data de Recebimento: 23/08/2023

Data de Aprovação: 11/09/2023