

LA DONNA GIUDICE, INNOCENZO III E IL SISTEMA DEL DIRITTO COMUNE¹

Fecha de recepción: 15 enero 2017 / Fecha de aceptación: 14 junio 2017

Giovanni Minnucci
Università degli Studi di Siena
giovanni.minnucci@unisi.it

Riassunto: Il testo illustra la condizione giuridica della donna nel Medio Evo, con particolare riferimento al suo *status* processuale. Malgrado i divieti contenuti nel *Corpus iuris civilis* e nel *Decretum Gratiani*, i giuristi attivi tra la seconda metà del XII secolo e l'inizio del XIII ammettono l'esercizio femminile della funzione giurisdizionale *ex licentia principis* o in ragione dello *status* personale. Con la decretale “*Dilecti filii*” del 4 novembre 1202, Innocenzo III riconosce la *potestas iudicandi et arbitrandi* femminile quando viene esercitata sulla base di una *consuetudo approbata*. La decretale pontificia e il pensiero dei giuristi possono essere pienamente compresi alla luce dei rapporti fra *ius commune* e *iura propria*: un tema, quello del sistema del diritto comune, sul quale si torna nuovamente a riflettere.

Parole chiave: donna giudice, donna arbitro, processo medievale, Innocenzo III, *consuetudo*, *ius commune*, *iura propria*, sistema del diritto comune.

Abstract: This work illustrates the women's juridical condition during the Middle Ages, with specific reference to their processual *status*. Despite the prohibitions contained in the *Corpus iuris civilis* and *Decretum Gratiani*, the jurists active from the second half of the 12th century to the beginning of the 13th century, allow the women's exercise of judicial functions *ex licentia principis* or because of their personal *status*. With the decretal “*Dilecti filii*” of 4 November 1202, Innocent III recognizes the women's *potestas iudicandi et arbitrandi* when it is exercised on the basis of a *consuetudo approbata*. The papal decretal and the thought of the jurists can be fully understood looking at the relationship between *ius commune* and *iura propria*, and give us the opportunity to reflect again about the system of the *ius commune*.

Keywords: woman judge, woman arbitrator, medieval legal procedure, Innocent III, *consuetudo*, *ius commune*, *iura propria*, system of the *ius commune*.

¹ Riproduco, dopo averlo rivisto e corredato dell'apparato di note, il testo della relazione tenuta presso la Universidad Católica di Murcia, il 15 dicembre 2016, in occasione della “II International Conference: Justice, Mercy and Law. From Revenge to Forgiveness in the History of Law”, organizzata dalla “Cátedra Internacional conjunta Inocencio III”.

1. UNA PREMESSA METODOLOGICA

Molti anni or sono decisi di avviare una ricerca di natura storico-giuridica che aveva per oggetto principale la condizione giuridica della donna nella canonistica classica, con particolare riferimento al suo *status* processuale, e di gettare anche uno sguardo alla produzione scientifica della contemporanea civilistica². Dopo gli studi del Metz³ e del Lefebvre⁴ che si erano soffermati, più in particolare, sul Decreto di Graziano, nessuno aveva ancora avviato un'indagine che tentasse di illustrare, attraverso l'esame sistematico della letteratura giuridica, in gran parte manoscritta, come si fosse evoluta la condizione processuale femminile fra il XII secolo e i primi decenni del XIII. Né l'argomento era stato fatto oggetto d'esame alla luce della dottrina civilistica che si era sviluppata, nell'età di mezzo, sulla base dei monumentali *Libri legales*.

Occorreva accingersi allo studio del tema prescelto seguendo un criterio metodologico ormai consolidato, costituito dalla individuazione delle fonti normative; dallo studio del pensiero che i giuristi, nell'ambito delle singole Scuole, avevano elaborato intorno ad esse; dalla comparazione delle rispettive posizioni dottrinali. Tale approccio poteva consentire di comprendere l'evoluzione del

² Per i risultati di quelle indagini cfr. MINNUCCI, G., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. I: Da Graziano a Uguccione da Pisa*, Milano 1989 (Quaderni di "Studi senesi", 68); ID., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico. II: Dalle Scuole d'Oltoralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano 1994 (Quaderni di "Studi senesi", 79), (d'ora in avanti, rispettivamente, *La capacità, I* e *La capacità, II*); ID., «Processo e condizione femminile nel pensiero dei primi glossatori civilisti», in *Studia Gratiana*, 29, *Life, Law and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, ed. by LINEHAN, P., with the assistance of PÉREZ MARTÍN, A., and SANZ GONZÁLEZ, M., Romae 1998, pp. 641-660.

³ METZ, R., «Le statut de la femme en droit canonique médiéval», in *Recueils de la société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XII: *La femme 2*, Bruxelles 1962, pp. 59-82; ID., «Recherches sur la condition de la femme selon Gratien», in *Studia Gratiana* 12 (Collectanea St. Kuttner, II), Romae 1967, pp. 377-396, entrambi rist. in ID., *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, London 1985 (Variorum Collected Studies Series nu. IV e V); ID., «Recherches sur le statut de la femme en droit canonique: bilan historique et perspectives d'avenir», in *L'Année canonique* 12 (1968) pp. 85-113.

⁴ LEFEBVRE, CH., «La femme, l'enfant adultérin, le serf en droit canonique médiéval», in *Persona e ordinamento nella Chiesa. Atti del II Congresso Internazionale di diritto canonico* (Milano 10-16 settembre 1973), Milano 1975, pp. 144-155, pubblicato inoltre, ma senza le note, in *Ephemerides Iuris Canonici* 30 (1974) pp. 108-115 dove, in verità, si ritrova anche uno sguardo sulla legislazione e sulla dottrina dei secoli successivi.

pensiero giuridico medievale in relazione alla condizione processuale della donna, correlandone lo *status* con gli istituti che caratterizzavano il processo civile e penale.

L'efficacia di questo metodo di indagine era attestata dai solidissimi studi condotti per gran parte del Novecento dalla letteratura più autorevole: ricerche da cui erano derivati frutti copiosi alla conoscenza del pensiero giuridico e alla comprensione del suo inscindibile legame con la poliedrica realtà politico-sociale dell'età medievale⁵. Una metodologia che ha avuto e che continua ad avere un certo seguito fra gli studiosi di storia giuridica, ancorché talvolta si adombri l'idea che possa essere considerata ormai superata. Essendo circoscritta alla sola ricostruzione del dibattito dottrinale - e questo sembra essere il punto nodale del dissenso - essa non consentirebbe di cogliere le tensioni sociali, politiche ed economiche del momento nel quale i giuristi operano, anche perché risulterebbe priva della necessaria contestualizzazione storica, la quale sola potrebbe contribuire ad una piena conoscenza dell'esperienza giuridica dell'età medievale.

Non appare perciò inopportuno soffermarsi brevemente su qualche profilo di natura metodologica, prima di accingerci a trattare il tema che ci siamo proposti di affrontare: un argomento che, nel suo sviluppo, dimostra come il pensiero giuridico medievale sia tutt'altro che scevro dalla conoscenza delle problematiche provenienti dalla società, e che anzi, proprio perché non le ignora, produce talvolta

⁵ Non ignoravo, inoltre, che accanto all'approfondimento delle teorie elaborate dalla dottrina - un approfondimento che non può non costituire la base imprescindibile di ogni ricerca storico-giuridica di ampio respiro - sarebbe stato utile tentare di conoscere quale impatto esse avessero avuto nel mondo della pratica, avendo particolare riguardo alle decisioni giudiziali. Va però tenuto presente che, per una piena comprensione delle carte processuali oggetto della ricerca, questo tipo di indagine non può che essere successivo allo studio dei profili teorico-dottrinali fondati sulle disposizioni normative, profili di cui le parti ed il giudice, nell'esercizio della loro attività, non possono non tenere debitamente conto. Va precisato, infine, che in ragione della realtà pluriordinamentale dell'età medievale, uno studio condotto sulla documentazione giudiziaria dev'essere necessariamente limitato, in ragione dell'omogeneità, a realtà territoriali definite o a situazioni comunque circoscritte. Per alcuni spunti di ricerca in tal senso cfr. la bibliografia indicata in MINNUCCI, G., «La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna», in *Anuario de Historia del Derecho Español* 81 (2011), pp. 998-999 n. 6.

frutti innovativi, generando così un vicendevole e fecondo rapporto fra teoria, prassi e legislazione.

Sembrerà un'affermazione superflua, ma occorre ribadire che il giurista medievale non è una sorta di corpo estraneo rispetto alla realtà sociale: un contesto nel quale, al contrario, risulta pienamente e totalmente immerso. Nell'elaborazione delle sue idee, che possono essere pienamente conosciute solo attraverso un esame del pensiero espresso in relazione alle fonti normative oggetto di studio, il giurista dell'età di mezzo deve confrontarsi non solo con coloro che, come lui, si sono cimentati attraverso glosse e commenti nell'interpretazione dei luoghi traditi dalle fonti normative, ma è anche costretto a misurarsi con l'evolversi delle situazioni soggettive ed oggettive che direttamente provengono dalle mutevoli esigenze della società, anche in ragione degli *officia* - e di esempi se ne potrebbero fare molti - che proprio in età medievale viene spesso chiamato a ricoprire. Né si potrà ignorare, infine, che talvolta sono proprio le esigenze sociali, còlte nel loro continuo divenire dall'elaborazione giuridica più attenta ed avvertita - una mutevolezza della quale il giurista si fa sovente interprete - ad indurre il legislatore medievale, e il legislatore canonico ne è uno degli esempi maggiori⁶, ad assumere decisioni innovative anche alla luce di quanto la dottrina ha autorevolmente sostenuto, dando così nuova linfa a fonti e ad istituti altrimenti destinati, per secoli, a restare del tutto cristallizzati.

Per queste ragioni appare utile tornare a volgere lo sguardo al tema della donna giudice nella canonistica classica, nel tentativo di illustrare quel che attestano le fonti normative; di verificare quali furono, sull'argomento, le

⁶ Su questo aspetto non appaia inopportuno rileggere una bella pagina di Francesco Calasso: "...il (diritto) canonico... sgorgato dalla esperienza viva della società nuova, aveva un legislatore vigile e attento, che dalla sua specula, a sommo della respublica christianorum, traeva da questa umanità che governava spiritualmente, superata ogni barriera di confine, i tratti fondamentali dell'anima umana, con una finezza di penetrazione che sola può spiegare come le genti più lontane, qualunque fosse il grado della loro civilizzazione, vi trovassero spontaneamente la norma adatta al proprio costume. In questo senso, mentre il diritto civile restava immutabile nella sua fissità come regola, il diritto canonico camminava insieme con questa umanità, e di continuo lo scalfiva con la sua eccezione, alla quale però spettava l'avvenire. Il diritto canonico era la nuova aequitas..." (CALASSO, F., *Medio Evo del diritto*, I, *Le fonti*, Milano 1954, p. 484).

differenze fra la legislazione civile e quella canonica; di esaminare il ruolo assunto dalla consuetudine e dalla dottrina; di conoscere quale impatto tutto ciò ebbe sul sommo giudice ecclesiastico, chiamato a risolvere una specifica controversia con una decisione innovativa che, per la sua portata, fu destinata ad essere racchiusa nelle collezioni canoniche ufficiali, e a influenzare l'elaborazione teorica successiva, caratterizzando contestualmente, a tutti i livelli, il funzionamento e l'amministrazione della giustizia. Una innovazione da contestualizzare storicamente nell'evolversi dei rapporti fra *ius commune* e *iura propria*, per tornare nuovamente a riflettere sull'affascinante e complesso "sistema del diritto comune".

2. LA CONDIZIONE GIURIDICA DELLA DONNA NELL'ETÀ MEDIEVALE: UN PRIMO SGUARDO D'INSIEME.

Dalla lettura delle fonti normative canonistiche, alla quale si aggiungerà, più avanti, quella del *Corpus iuris civilis*, cui mi ero dedicato nel tentativo di individuare i *loci*, particolarmente significativi, sui quali la dottrina si sarebbe sicuramente cimentata, la condizione giuridica della donna appariva fortemente differenziata rispetto a quella dell'uomo tant'è che, per descriverla, sarebbe apparso utile affidarsi, a titolo esemplificativo, all'affermazione contenuta in un noto frammento di Papiniano: "*In multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum*" (Dig. 1. 5. 9).

Sia il Decreto di Graziano o *Concordia discordantium canonum* - un vero e proprio monumento testimone di un plurisecolare lascito di sapienza giuridica, scritturale e patristica - che aveva visto la luce negli anni intorno alla metà del XII secolo⁷, sia le Decretali di Gregorio IX (*Liber Extra*)⁸, promulgate nel 1234,

⁷ Su Graziano e sul suo *Decretum* cfr., da ultimo, MINNUCCI, G., «Graziano», in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Ottava Appendice. Diritto*, 8; Istituto dell'Enciclopedia Italiana Treccani, Roma 2012, pp. 74-77; CONDORELLI, O., «Graziano», in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani*, diretto da BIROCCHI, I., CORTESE, E., MATTONI, A., MILETTI, M.N., I, Bologna 2013, pp. 1058-1061, e i riferimenti bibliografici citati in entrambe le "voci".

conservano, infatti, affermazioni ed espressioni fortemente riduttive e comunque negative in relazione allo *status* del genere femminile.

Nella C. 33 q. 5 del Decreto, ad esempio, si trovano testi, già presenti nella *Panormia* di Ivo di Chartres, provenienti per la gran parte dalla Patristica più autorevole e talvolta fondati su passi tratti dalle Epistole di Paolo⁹, che possono essere così riassunti: “*Mulier non est imago Dei*” (C. 33 q. 5. cc. 13, 19); “*arbitrium viri mulierem sequi oportet*” (C. 33 q. 5 c. 16); “*propter originale peccatum mulier debet subiecta videri*” (C. 33 q. 5. c.19); “*mulier docere non potest*” (C. 33 q. 5 cc. 17 e 19); “*mulier debet uelare caput*” (C. 33 q. 5. c. 19). Sono affermazioni utilizzate per sottolineare l’inferiorità della donna e la sua condizione di soggezione rispetto all’uomo; una sottolineatura che nel c. 12 della citata *quaestio* è sorretta da un’affermazione di Agostino tratta dalle *Quaestiones in Heptateuchum*: “*Est ordo naturalis in hominibus, ut feminae seruiant viris, et filii parentibus, quia in illis hec iusticia est, ut maiori seruiat minor*”¹⁰. A questo passo, e ad alcuni di quelli sinteticamente sopra richiamati, occorre aggiungere il dettato del c. 17 della C. 33 q. 5, dove viene sostanzialmente riprodotto, *verbis alio modo aptatis*, un testo tratto delle *Quaestiones Veteris et Novi Testamenti*¹¹, che costituisce una vera e propria *summa* delle limitazioni previste per il *foemineus sexus*: “*Mulier constat subiectam dominio uiri esse, et nullam auctoritatem habere; nec docere potest, nec testis esse, neque fidem dare, nec iudicare*”.

Nel *Liber Extra* di Gregorio IX, inoltre, sotto il titolo *De verborum significatione* (X 5. 40. 10), si rinviene l’espressione “*Nam varium et mutabile*

⁸ Su cui si veda, da ultimo, PADOVANI, A., «Gregorio IX», in *Enciclopedia italiana di scienze, lettere ed arti...*, cit. pp. 78-81.

⁹ METZ, R., «Recherches sur la condition de la femme selon Gratien...», cit. pp. 382-383.

¹⁰ AURELII AUGUSTINI *Questionum in Heptateuchum libri septem, Liber I: Quaestiones in Genesim*, PL 34, col. 590, nu. 153: “*Est etiam ordo naturalis in hominibus, ut seruiant feminae viris, et filii parentibus, quia et illic haec iustitia est ut infirmior ratio seruiat fortiori*”.

¹¹ PSEUDO-AUGUSTINI *Questiones Veteris et Novi Testamenti CXVII*, ed. SOUTER, A., in CSEL (Corpus Scriptorum Ecclesiasticorum Latinorum), Vindobonae-Lipsiae 1908, vol. 50, cap. 45, “De imagine”, vv. 4-7, p. 83: “*...et mulieri datur, ut et ipsa imago dei sit. quod absurdum est. quo modo enim potest de muliere dici, quia imago dei est, quam constat dominio uiri subiectam et nullam auctoritatem habere? nec docere enim potest nec testis esse neque fidem dare nec iudicare: quanto magis imperare!*”.

testimonium semper foemina producit”: testo che riproduce, con modifiche, un passo delle *Etymologiae* di Isidoro da Siviglia¹² che a sua volta dipende dai versi 569-570 del IV Libro dell’Eneide di Virgilio che così corrono: “*varium et mutabile semper / femina*”¹³. Sono parole del dio Mercurio che, nel tentativo, poi riuscito, di convincere l’eroe troiano ad abbandonare la regina Didone per seguire il suo Fato, afferma che sempre volubile e mutevole è proprio la donna. Nel corso delle mie indagini potei accertare che quello stesso giudizio in relazione al genere femminile era riemerso, in pieno XII secolo, in una *Summa* canonistica d’Oltralpe: la *Summa “Quoniam status ecclesiarum”*¹⁴.

Circa l’instabilità caratteriale femminile si era quindi verificato nel corso dei secoli il passaggio da un giudizio onnicomprensivo - attestato dall’uso del genere neutro - in Virgilio, ad un’affermazione circoscritta da Isidoro al solo istituto della testimonianza: un’affermazione che si era perfezionata, successivamente, in una sorta di *brocardo*, grazie all’aggiunta, al testo dell’Eneide e a quello di Isidoro da Siviglia, dei termini “*testimonium*” e “*producit*” (“*Nam varium et mutabile testimonium semper foemina producit*”). La volubilità e la mutevolezza caratteriale femminile, delle quali si era fatta portatrice la classicità latina, era stata utilizzata da Isidoro da Siviglia¹⁵ per passare poi ad un’opera della dottrina canonistica d’Oltralpe ed, infine, per il tramite della *I Compilatio antiqua* (*Comp. I, 5. 36. 10*), alle Decretali di Gregorio IX (*X 5. 40. 10*), per giustificare la inaffidabilità della testimonianza femminile e, di conseguenza, la sua

¹² ISIDORI HISPALENSIS EPISCOPI *Etymologiarum seu Originum libri XX* (XVIII. XV. 9), ed. LINDSAY, W.M., Oxonii 1911: “*Testis autem consideratur condicione, natura et vita. Conditio, si liber, non servus. Nam saepe servus metu dominantis testimonium subprimit veritatis. Natura, si vir, non femina. Nam (Virg. Aen. 4, 569): varium et mutabile semper femina*”.

¹³ Un’espressione simile la si legge anche in Calpurnio Siculo (“*Mobilior ventis o! Femina*”, *Ecloghe*, III, 10).

¹⁴ *Summa “Quoniam status ecclesiarum”*, Paris, Bibl. Nat., lat. 16538, f. 18rb-va, ad C. 4 q. 2 et 3: “*Ysidorus tamen ad testimonium mulieres repellit dicens: testis consideratur condicione, liber si non seruus. Nam seruus sepe ut metu dominantis testimonium supprimit ueritatis. Natura si uir non femina. Nam uarium et mutabile semper femina...*” (cfr. *La capacità*, I, p. 67).

¹⁵ “*Il poema virgiliano, si sa, era noto per tutta una serie di frasi passate presto in proverbio e adatte ad essere citate anche estrapolate dal contesto originario*” (GIOSEFFI, M., «Un libro per molte morali. Osservazioni a margine di Tiberio Claudio Donato lettore di Virgilio», in *Nuovo e antico nella cultura latina di IV-VI secolo*, Milano 2005, p. 291).

inammissibilità in sede processuale. Va sottolineato, infine, e tutto ciò non può essere considerato secondario, che una regina, non in quanto tale, ma in quanto donna, era stata considerata in epoca classica del tutto inaffidabile: “se la donna è, per definizione, ‘volubile e incostante’, Didone è volubile e incostante in quanto donna. Il sillogismo sotteso è inequivocabile”¹⁶.

Non erano da meno le fonti della civilistica. Nel *Corpus iuris civilis* giustiniano, riemerso dalle nebbie dell’alto Medio Evo, e testo giuridico di riferimento per la dottrina, non pochi erano i testi normativi che disegnavano una condizione giuridica della donna fortemente diversa rispetto a quella dell’uomo¹⁷. Basterà qui ricordare il frammento del Digesto (Dig. 50. 17. 2) che così recita: “*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*”.

Se, infine - e mi si perdonerà questa digressione cronologica - si volesse far riferimento alla dottrina dell’epoca successiva ed alla considerazione di cui godeva il genere femminile, non si potrebbe ignorare, ad esempio, il *Tractatus quaestionis ventilatae coram D. nostro Iesu Christo inter Virginem Mariam ex una parte, et diabolum ex altera parte* attribuito, nelle edizioni a stampa, a Bartolo da Sassoferrato. In esso il giurista, qualunque sia la sua identità, immagina lo svolgimento di un processo civile, avviato dall’azione del diavolo che – testimoni Maometto e Cerbero – chiede la restituzione del genere umano: un’umanità che affida la sua difesa, di fronte a Cristo Giudice, alla Vergine Maria, la cui capacità di assumere il ruolo di avvocata e difensore, in quanto donna, viene eccepita e

¹⁶ TOTOLA, G., «Servio e l’utilizzo di ‘femina’ nell’Eneide di Virgilio», in *Atti della Accademia roveretana degli Agiati. Classe di scienze umane, lettere ed arti*”, a. 255 (2005), ser. 8, vol. 5, fasc. 1, p. 24.

¹⁷ Sulla condizione giuridica della donna in età romana gli studi sono molto numerosi. Rinvio, anche per le cospicue indicazioni bibliografiche, al recente contributo di MERCOGLIANO, F., «La condizione giuridica della donna romana: ancora una riflessione», in *Teoria e storia del diritto privato* 4 (2011), pp. 1-42.

<http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/index.php?com=statics&option=index&cID=248>

contrastata da Satana il quale sostiene il suo punto di vista proprio sulla base delle fonti normative tratte dal *Corpus iuris civilis* e dal Decreto di Graziano¹⁸.

Né si potrà dimenticare, infine, che in pieno Trecento, Raimondo da Capua, appartenente alla famiglia di Pier delle Vigne e futuro Maestro Generale dell'Ordine dei Predicatori, intriso della cultura giuridica appresa molto probabilmente in gioventù nello Studio bolognese¹⁹, ed ovviamente di quella teologica con particolare riferimento a quella di Tommaso d'Aquino che, sulla scia di Aristotele, considerava la donna *mas occasionatus* (un "maschio mancato") e, in ragione del peccato originale, sottomessa all'uomo²⁰, di fronte ai comportamenti di Caterina da Siena è "tentato, in più modi, di non crederle":

*"Cercavo tutti i mezzi e tutte le vie per accertarmi se il suo modo di fare procedeva da Dio o no: se c'era della sincerità, o della finzione... Le donne, perdendo facilmente la testa, cadono con molta facilità negli inganni del nemico, come avvenne alla prima madre di tutti..."*²¹.

¹⁸ Su questo testo cfr. QUAGLIONI, D., «La Vergine e il diavolo. Letteratura e diritto, letteratura come diritto», in *Laboratoire italien. Politique et société* 5 (2005), pp. 39-55; si veda, inoltre, il recentissimo contributo di CASAMASSIMA, A., «Bartolo da Sassoferrato nella stampa incunabola», in *Bartolo da Sassoferrato a Siena nel VII centenario della nascita. Manoscritti, incunaboli, cinquecentine*, Sinalunga 2014, pp. 49-50, con ulteriori indicazioni bibliografiche e, da ultimo, soprattutto lo studio specifico ed approfondito di PASCUTA, B., *Il diavolo in Paradiso. Diritto, teologia e letteratura nel Processus Satane (sec. XIV)*, Roma 2015, ("I libri di Viella 194"), e l'amplessima bibliografia ivi citata. Sul tema delle professioni legali nel Medio Evo si veda, in particolare, BRUNDAGE, J. A., *The Medieval Origins of the Legal Profession. Canonists, Civilians, and Courts*, Chicago 2008.

¹⁹ WALSH, K., - BERTOLINI, P., «Della Vigna (De Vineia, De Vineis, Delle Vigne) Raimondo (Raimondo da Capua)», in *Dizionario Biografico degli Italiani* 37 (1989) pp. 784-789. Ulteriori indicazioni bibliografiche su Raimondo in NOCENTINI, S., «La *legenda maior* di Raimondo da Capua: una eredità condivisa», in *Virgo digna coelo. Caterina e la sua eredità, Raccolta di studi in occasione del 550° anniversario della canonizzazione di santa Caterina da Siena (1461-2011)*, a cura di BARTOLOMEI ROMAGNOLI, A., CINELLI, L., PIATTI, P., Città del Vaticano 2013 (Pontificio Comitato di Scienze Storiche, Provincia Romana "Santa Caterina da Siena dell'Ordine dei Predicatori, Memorie Domenicane; Atti e Documenti, 35), p. 104 n. 2.

²⁰ S. TOMMASO D'AQUINO, *La Summa teologica*. Traduzione e commento a cura dei Domenicani italiani, testo latino dell'edizione leonina, VI, L'uomo: b) pensiero e origini, Bologna 1984, I.92.1. "...*Dicit enim Philosophus in lib. 2 De Generat. Anima. (c. 3) quod 'femina est mas occasionatus'... Praeterea, subiectio et minoratio ex peccato est subsecuta: ad mulierem dictum est post peccatum Gen. 3.16: 'Sub viri potestate eris'...*". Su questo tema rinvio a BERNAL PALACIOS, A., O.P., «La condición de la mujer en santo Tomás de Aquino», in *Escritos del Vedat* 4 (1974), pp. 285-335.

²¹ RAIMONDO DA CAPUA, *Legenda maior*, trad. TINAGLI, G., OP, 5 ed. riveduta, Siena 1994, pp. 99-100. Il testo latino, che qui sotto si riproduce integralmente, si legge, da ultimo, criticamente edito, in RAIMONDO DA CAPUA, *Legenda maior sive Legenda admirabilis virginis Catherine de Senis*, ed.

L'instabilità caratteriale propriamente femminile e i divieti contenuti nelle disposizioni canoniche e civili e nelle riflessioni teologiche, tornano nuovamente ad attestare la inaffidabilità delle donne, talché la prima di esse, Eva, la "*mater grandeua omnium nostrorum*", cade facilmente negli inganni di Satana. Lo aveva affermato, ad esempio, poco dopo la metà del XII secolo, l'autore della *Summa Coloniensis* (1169 ca.) ravvisando anche nel peccato originale la causa delle limitazioni allo *status* processuale femminile, limitazioni poste a tutela della donna medesima che, in quanto tale, come Eva, avrebbe agito contro il suo stesso interesse: "...*Propter sexum: mulier. Lubricus enim sexus est, cuius consilium contra proprium sepe commodum laborare in grandeua omnium nostrorum matre probatur...*"²².

Malgrado tutto ciò - e mi si consenta brevemente di sottolinearlo ancorché tutto questo richiederebbe ben altri approfondimenti - Caterina è una donna che non tace, che non esita a prendere la parola: una parola forte e chiara; che non teme, malgrado i richiamati divieti, di "*parlare*" e di "*insegnare*" soprattutto agli uomini di potere, sia esso ecclesiastico o laico²³. Così, solo per fare un esempio, tra i tanti

critica a cura di NOCENTINI, S., Firenze 2013 (SISMEL, Edizione Nazionale dei Testi Mediolatini d'Italia, 31), p. 176: "*19. Scire igitur te volo, dilecte lector, quod in principio cum audito eius preconio cepi familiariter conversari cum ea multifarie multisque modis de incredulitate, Deo permittente pro meliori temptatus sum querebamque omnem modum et viam quibus investigare possem si facta eius erant a Domino aut aliunde, si erant vera vel ficta. Occurrebat enim, quod nunc tempus est illius tertie bestie pellis leopardine, per quam ipocrite designantur, et quod diebus meis aliquas deceptiones inveneram et potissime in feminis, que agiliter vacillant in capite agiliusque seducuntur ab hoste, sicut patuit in prima omnium matre, pluraque similia menti tunc mee porrigebantur que ipsam fluctuare cogebant circa istam materiam*".

²² Cfr. *Summa 'Elegantius in iure diuino' seu Coloniensis*, ed. FRANSEN, G., adlaborante KUTTNER, ST., II, Città del Vaticano 1978 (Monumenta Iuris Canonici, series A: Corpus Glossatorum, 1), p. 4 § 7.

²³ Cfr. MINNUCCI, G., «Io Catarina, serva e schiava de' servi di Gesù», in "*Virgo digna coelo*". *Presentazione*, a cura di MELVILLE, G., e MINNUCCI, G., *Quaderni Cateriniani* 135 (2015), pp. 12-20, e la bibliografia ivi citata. E Caterina parla e insegna pubblicamente, malgrado Tommaso d'Aquino avesse riconosciuto alle donne il diritto di parola e di profezia solo al riparo delle mura domestiche. Cfr. URSO, C., «La donna e la Chiesa nel Medioevo. Storia di un rapporto ambiguo», in *Annali della Facoltà di Scienze della Formazione, Università degli Studi di Catania* 4 (2005), p. 71 n. 12: "Sancti Thomae de Aquino *Summa Theologiae*, ed. Paulinae, Alba-Roma 1962, II, 2, q.177, art. 2: "*Respondeo dicendum quod sermone potest aliquis uti dupliciter. Uno modo, private ad unum vel paucos, familiariter colloquendo. Et quantum ad hoc, gratia sermonis potest competere mulieribus. Alio modo, publice alloquendo totam Ecclesiam. Et hoc mulieri non conceditur. Primo quidem, et principaliter, propter conditionem feminei sexus, qui debet esse subditus viro [...]*".

che potrebbero essere fatti, nel tentativo di ottenere una vera e propria riforma della Chiesa e della Curia, avrà il coraggio di scrivere a Gregorio XI:

“...Usate la vostra potenza a divellere questi fiori. Gittateli di fuori, che non abbino a governare. Vogliate ch’egli studino a governare loro medesimi in santa e buona vita. Piantate in questo giardino fiori odoriferi, pastori e governatori che siano veri servi di Gesù Cristo...”²⁴.

Non vi narro, perché mi allontanerei dal tema che ho deciso di affrontare, quali furono le conclusioni delle mie indagini sullo *status* processuale femminile del XII e del primo XIII secolo²⁵. Basterà solo sottolineare che i decretisti, i primi decretalisti, i glossatori civilisti, riusciranno, malgrado la perentorietà di alcuni divieti, a ridurre il *discrimen* esistente nei confronti del genere femminile, pur non raggiungendo mai, com’è noto, l’eliminazione di quelle che a noi contemporanei apparirebbero delle gravissime discriminazioni: alle donne, ad esempio, non sarà consentito l’esercizio della professione forense; ad esse si riconoscerà l’esercizio dell’azione penale solo nel caso di *crimina publica* od in cui siano vittima di reati ma con l’esplicita esclusione di alcuni di essi, come ad esempio l’adulterio; si riconoscerà loro infine una capacità di testimoniare nei processi civili, fossero essi secolari od ecclesiastici, restandone esclusi, con poche sporadiche eccezioni, quelli criminali.

Docere autem et persuadere in Ecclesia non pertinet ad subditos, sed ad prelatos [...] mulieres, si gratiam sapientiae aut scientiae habeant, possunt eam administrare secundum privatam doctrinam, non autem secundum publicam”.

²⁴ Cfr. la Lettera 206 a Gregorio XI (S. CATERINA DA SIENA, *Le lettere*, a cura di MEATTINI, U., Milano 1987, p. 68).

²⁵ Oltre ai testi indicati *supra*, n. 2, si vedano: MINNUCCI, G., «Processo e condizione femminile nella canonistica classica», in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, 1, a cura di LIOTTA, F., Bologna 1999, pp. 129-183; ID., «La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna», in *Anuario de Historia del Derecho Español* 81 (2011), pp. 997-1007, e la bibliografia ulteriore ivi citata, e il più risalente «La dottrina dei primi glossatori canonisti intorno alla capacità processuale della donna», in *Orientamenti civilistici e canonistici sulla condizione della donna*, a cura di GUERRA MEDICI, M.T., Napoli 1996 (“Scienze del diritto e dell’economia”, 14), pp. 99-114, un volume al quale si può fare utilmente ricorso per la presenza di alcuni contributi (M.T. Guerra Medici, L. Bussi, E. Catarci Masini) relativi alla condizione giuridica della donna in età medievale. Da un punto di vista generale si vedano, infine, l’imponente e fondamentale studio di BRUNDAGE, J. A., *Law, Sex and Christian Society in Medieval Europe*, Chicago-London 1987 e, da ultimo, il contributo di ALICINO, F., «E l’uomo inventò la donna. Breve storia normativa al femminile fra fonti del diritto canonico e Stato secolarizzato», in *Condizione femminile, religione e Stato*, a cura di PFÖSTL, E., Roma 2013, pp. 167-216.

3. LA DONNA GIUDICE NEL DECRETO DI GRAZIANO E NELLA DECRETISTICA DEL XII SECOLO.

Se questa era la condizione processuale femminile, tutta derivante da una plurisecolare concezione riduttiva del *foemineus sexus*; se alle donne venivano negati ruoli pubblici o di pubblica valenza; se ad esse poteva applicarsi il noto passo paolino della I ai Corinzi (*mulieres in ecclesiis taceant*)²⁶ che spesso veniva posto autoritativamente a corredo dei commenti ai testi giuridici da parte della dottrina, v'erano però degli esempi, desumibili dalla storia dei secoli precedenti e suscettibili di attenta valutazione sotto il profilo giuridico, che attestavano come queste proibizioni contenute nelle fonti normative, non sempre avessero avuto una corrispondente applicazione. E saranno proprio alcuni di questi *exempla* che indurranno la dottrina²⁷ ad approfondire il tema sottoposto da una realtà sociale in continuo e profondissimo mutamento, pur continuando a tenere in gran conto, e non poteva essere che così, il deposito di sapienza giuridica costituito dalla compilazione graziana e dal *Corpus iuris civilis* giustiniano: approfondimenti che lasceranno il segno nella attività decisionale del Sommo legislatore canonico²⁸ in una sorta di simbiosi fra dottrina e legislazione che caratterizzerà gran parte dell'età medievale.

All'inizio della ricerca, come ho già avuto modo di sottolineare in un'altra occasione²⁹, non ignoravo che uno studio esclusivamente dedicato al pensiero dei glossatori avrebbe potuto dare un'immagine solo parziale dello *status* processuale femminile nell'età medievale: sarebbe stato necessario, ad esempio, circoscrivendo l'indagine a una o più realtà territoriali, gettare quanto meno uno sguardo alle fonti dello *ius proprium*, ma soprattutto alle decisioni giudiziali spesso colpevolmente trascurate dalla storiografia. Non è questo lo scopo immediato del presente

²⁶ I Cor. 14, 34-35: "...Mulieres in ecclesiis taceant; non enim permittitur eis loqui, sed subditas esse, sicut et lex dicit. Si quid autem volunt discere, domi viros suos interrogent. Turpe est enim mulieri loqui in ecclesia...".

²⁷ Per alcuni esempi cfr. *infra*, §§ 4 e 5 n. 50.

²⁸ Il riferimento è a una decretale di Innocenzo III sulla quale cfr. *infra*, § 5.

²⁹ «La condizione giuridica della donna...», cit. pp. 998-999; cfr. inoltre *supra*, n. 5.

contributo. Il gentile invito degli organizzatori di questo importante Convegno che già dal titolo sottolinea la rilevanza, o meglio il ruolo centrale della giustizia e del diritto, mi ha indotto a riprendere le carte che avevo da tempo accumulato in vista di qualche possibile ulteriore indagine su uno dei temi, quale quello della donna giudice, che avevo trattato or sono molti anni. Ero consapevole, infatti, che i due diritti universali non furono gli esclusivi regolatori di realtà sociali profondamente diverse, e che era auspicabile almeno un approfondimento sotto il profilo legislativo e dottrinale, delle relazioni intercorrenti fra lo *ius commune* e gli *iura propria*.

Se infatti il diritto processuale è il banco di prova per verificare la reale volontà dell'ordinamento di tutelare diritti e interessi dei consociati, è in sede processualistica che si concretizzano le situazioni soggettive e oggettive che aprono le porte alla richiesta della tutela giurisdizionale dei diritti. L'età medievale conosce aperture e chiusure, distinzioni e diversità di trattamento, giustificate e regolamentate nelle forme più diverse in considerazione dello stato soggettivo dei richiedenti la regolamentazione dei propri diritti e interessi, anche attraverso l'intervento del giudice la cui figura non può essere unitariamente considerata, per la molteplicità degli ordinamenti e, di conseguenza, se restringiamo il campo al tema oggetto di questa nostra indagine, per la pluralità dei soggetti giudicanti che caratterizza l'età medievale.

Da un punto di vista generale, se una regina come Didone era stata considerata da Virgilio inaffidabile, perché donna, e se quel passo dell'Eneide era penetrato, in via indiretta, e cioè per il tramite di Isidoro da Siviglia, nella canonistica d'Oltralpe di metà XII secolo, per giungere fino al *Liber Extra*, ancorché circoscritto al tema della testimonianza, qual era stata l'evoluzione della dottrina canonistica, soprattutto in epoca classica, circa la possibilità di affidare alle donne ruoli pubblici o di pubblica utilità come ad esempio quelli di giudice e di arbitro fra parti in lite? E quale la posizione assunta dal legislatore canonico? E come, quest'ultimo, si era posto di fronte agli ordinamenti che caratterizzavano la

multiforme società medievale? Temi e problemi che, ancorché fatti oggetto in precedenza di studi e ricerche³⁰, necessitano di essere ulteriormente esaminati.

Nel tentativo di ricostruire il percorso della tradizione canonica così come risulta attestata dal Decreto di Graziano e della dottrina che su quel testo a lungo si cimentò, prenderò le mosse da un passo della Sacra Scrittura:

“Erat autem Debora prophetis, uxor Lapidoth, quae iudicabat populum in illo tempore. Et sedebat sub palma, quae nomine illius vocabatur, inter Rama et Bethel, in monte Ephraim; ascendebantque ad eam filii Israel in omne iudicium” (Iud. 4. 4-5).

Di questa testimonianza dello svolgimento da parte di una donna delle funzioni giudicanti, attestata dal Libro dei Giudici, si trova traccia - una traccia unica - nella *Concordia discordantium canonum*.

Nel *principium* della C. 15 q. 3, luogo nel quale si affronta con la classica metodologia della *quaestio* il tema della probatorietà delle affermazioni rese da una donna che accusi un chierico suo correo del *crimen fornicationis*, nell’elencare le argomentazioni a sostegno di questa possibilità, il Padre del diritto canonico afferma come non sia possibile limitare l’esercizio dello *ius accusandi* della donna - una limitazione prevista in ogni caso da altre fonti normative³¹ - quando alla stessa, com’è attestato dal Vecchio Testamento, veniva riconosciuta la capacità di esercitare una funzione così rilevante, in ambito processuale, come quella del giudice:

C. 15 q. 3 pr. “§ 1. *Econtra qui iudicis personam gerere ualet ab accusatoris offitio non remouetur. Mulieres autem in ueteri testamento populum iudicasse, quicumque librum Iudicum* (Iud. 4. 4-5) *legerit ignorare non poterit. Non itaque ab accusatione remoueri possunt quas etiam iudicis*

³⁰ Per gli studi condotti in precedenza cfr. *supra*, nn. 2 e 25 e, *infra*, §§ 4 e 5.

³¹ Cfr., ad es., il c. 14 C. 2 q. 1 (= Dig. 48. 2. 8-11): “*Prohibentur accusare alii propter sexum uel etatem, ut mulier... Hi tamen omnes, si suam iniuriam exequantur, mortemue propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur*”, e il c. 1 C. 15 q.3 (= Cod. 9. 1. 12): “*De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum, mulieri accusare non permittitur, nisi certis ex causis, id est si suam suorumque iniuriam persequatur...*”: un tema, quello dell’esercizio dello *ius accusandi* da parte delle donne, sul quale si veda, da ultimo, MINNUCCI, *Processo e condizione femminile nella canonistica...*, cit. pp. 130-141.

personam frequenter gessisse constat, nec ulla serie diuinarum scripturarum ab accusatione prohibetur”.

Nello svolgersi della questione, nel tentativo di individuare i testi che potessero essere in contrasto con l’affermazione di questo assunto, Graziano sostiene che l’applicabilità del dettato scritturistico deve considerarsi superata dalle Epistole di san Paolo le quali, attribuendo alle donne uno *status* differenziato rispetto all’uomo, inibiscono ad esse alcune attività o funzioni processuali, fra le quali, appunto, quella giurisdizionale:

C. 15 q. 3 pr. “§.2. *His ita respondetur: In ueteri lege multa permittebantur, que hodie perfectione gratiae abolita sunt. Cum enim mulieribus permetteretur populum iudicare, hodie pro peccato, quod mulier induxit, ab Apostolo eis indicitur uerecundari, uiro subditas esse, in signum subiectionis uelatum caput habere...*”.

Il riferimento non è unicamente, come potrebbe desumersi dall’apparato del Friedberg apposto in calce alla sua classica edizione del Decreto, al capitolo 5 dell’Epistola agli Efesini³², ma anche ai numerosi passaggi che si rinvencono nei testi paolini in relazione alla condizione muliebre³³: testi che ho richiamato all’inizio, perché attestati da altri canoni della compilazione graziana³⁴, e che disegnano uno *status* di sottomissione della donna nei confronti dell’uomo. Ad essi Graziano unisce un giudizio da tempo diffuso e consolidato - un giudizio, come abbiamo visto, che spesso riapparirà nel corso dei secoli, ed attestato anche da un altro luogo della *Concordia discordantium canonum* - relativo alla primaria responsabilità della donna nella commissione del peccato originale (C. 33 q. 5 c.

³² *Decretum Gratiani*, instruxit FRIEDBERG, AE., Leipzig 1879 (rist. anast. Graz 1959), col. 750 nt. 9: Eph. 5, 22: “...*Mulieres uiris suis subditae sint...*”.

³³ Si vedano ad esempio i passaggi della I Epistola a Timoteo 2, 9-14: “...*Mulieres in habitu ornato, cum uerecundia et sobrietate ornantes se... Mulier in silentio discat cum omni subiectione. Docere autem mulieri non permitto, neque dominari in uirum; sed esse in silentio...*”; della I ai Corinzi 14, 34-35: “...*Mulieres in ecclesia taceant; non enim permittitur eis loqui, sed subditas esse, sicut et lex dicit... Turpe est enim mulieri loqui in ecclesia...*” e 11, 7-10: “...*Vir quidem non debet velare caput suum, quoniam imago et gloria Dei est; mulier autem gloria uiri est. Non enim uir ex muliere est, sed mulier ex uiro. Etenim non est creatus uir propter mulierem, sed mulier propter uirum...*”; e di quella ai Colossesi 3, 18: “...*Mulieres subditae estote uiris, sicut oportet in Domino...*”. Sul punto si vedano le considerazioni di METZ, «Recherches sur la condition de la femme selon Gratien...», cit. pp. 391-392.

³⁴ Cfr. *supra* § 2.

19: “...*propter peccatum originale debet subiecta uideri*”). Secondo l’autore del Decreto, pertanto, alcune delle disposizioni o narrazioni del Vecchio Testamento debbono essere considerate superate dalla *perfectio gratiae* del Nuovo: un esempio di uno dei quattro criteri (“*lex posterior derogat priori*”) che la dottrina dei secoli successivi aveva individuato come caratterizzanti il metodo con cui Graziano aveva tentato di far concordare i canoni discordanti (*Concordia discordantium canonum*).

Il tema della donna giudice, solo indirettamente affrontato nel *principium* della C. 15 q. 3, emerge con ben altre argomentazioni in un altro passaggio del Decreto (*dictum post c. 1 C. 3 q. 7*):

“Tria sunt, quibus aliqui impediuntur ne iudices fiant: Natura, ut surdus, mutus et perpetuo furiosus, et inpubes, quia iudicio carent. Lege, qui senatu motus est. Moribus, feminae et serui, non quia non habent iudicium, sed quia receptum est ut ciuilibus non fungantur offitiis”.

Qui Graziano, recependo un frammento del Digesto (Dig. 5. 1. 12. 2), individua le ragioni che impediscono l'esercizio della funzione giurisdizionale ed i soggetti che, trovandosi nello *status* descritto dalla norma, non possono essere chiamati ad espletare la funzione giudicante. Le donne sono escluse per via dei *mores*, ma forse anche per via delle *leges* dacché, come s'è già detto, in Dig. 50. 17. 2 si stabilisce: “...*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere...*”.

Sul *dictum* di Graziano poco sopra riprodotto, e sugli altri passi del Decreto relativi alla donna-giudice (C. 15 q. 3 e C. 33 q. 5 c. 17) si soffermò nel corso del XII secolo la dottrina canonistica che però si è limitata, ed a lungo, a confermare i divieti contenuti nel testo graziano, considerando la testimonianza attestata dal Libro dei Giudici della Scrittura alla stregua di una pura e semplice memoria

storica, senza attribuirgli in ogni caso un qualsiasi effetto sotto il profilo giuridico³⁵.

4. LA *SUMMA DECRETORUM* DI UGUCCIONE DA PISA: UNA IMPORTANTE INNOVAZIONE.

È con Ugucione da Pisa che, verso la fine del XII secolo, si registra un notevole passo in avanti su questo particolarissimo tema. Malgrado egli avvii la sua riflessione sulla base di due norme già richiamate (il *dictum post* c. 1 C. 3 q. 7 e il c. 17 C. 33 q. 5) che negano, nella maniera più assoluta, la possibilità per le donne di essere giudici, rinviene tuttavia, e non solo nella compilazione graziana, fondate motivazioni per ritenere improponibile una figura di giudice esclusivamente maschile. La vicenda della profetessa Debora che, come narra il Vecchio Testamento, giudicava gli Israeliti fra Rama e Bet-El, sui monti di Efraim, si unisce ad altri esempi, attestati dalla storia o dalle epistole decretali pontificie inviate alle Sovrane, dalle quali si evince un riconoscimento esplicito da parte del Sommo Pontefice della loro *potestas iudicandi*. I divieti contenuti nel Decreto, non trovano sempre, secondo il giurista di scuola bolognese, una corrispondente applicazione. Come potrebbe essere giustificata, infatti, l'attività giurisdizionale espletata da Matilde di Canossa³⁶ o da altre donne contemporanee di Ugucione (“...*Sed quid de commitissa Matilda que iudicavit et de multis aliis que cotidie iudicant...*”) o dalla regina Brunechilde cui papa Gregorio Magno, come attesta un altro passo del Decreto (C. 23 q. 4 c. 47), aveva riconosciuto il potere di giudicare? La conclusione di Ugucione da Pisa, pertanto, è quella di riconoscere valore di norma generale a

³⁵ Come, ad esempio, Paucapalea, l'autore della *Summa* “*Sicut uetus testamentum*”, Rufino, Tornacense, Faventino, gli autori delle *Summae Parisiensis* e *Lipsiensis*, Onorio del Kent (cfr. *La capacità*, I, *passim*). Per Onorio si veda ora: *Magistri Honorii Summa “De iure canonico tractaturus”*, ed. WEIGAND, R., - LANDAU, P., - KOZUR, W., II, Città del Vaticano 2010 (Monumenta Iuris Canonici, Series A: Corpus Glossatorum, Vol. 5), p. 84.

³⁶ Su Matilde di Canossa si vedano, da ultimo, i contributi apparsi nel volume *Matilde di Canossa e il suo tempo*, *Atti del XXI Congresso internazionale di studio sull'Alto Medioevo in occasione del IX centenario della morte (1115-2015)*, (San Benedetto Po - Revere - Mantova - Quattro Castella, 20-24 ottobre 2015), Fondazione Centro di Studi sull'Alto Medioevo, Spoleto 2016.

quei canoni con i quali si vieta, alle donne, di amministrare la giustizia; ma, e qui emerge una prima importante novità, non possono essere applicati quando la donna ricopra cariche cui sia connesso un potere giurisdizionale e quando l'autorità pontificia o imperiale espressamente le riconosca o le conferisca l'esercizio di quella funzione³⁷. Una possibilità quest'ultima che, poco prima del grande canonista, il civilista Rogerio aveva ritenuto del tutto legittima: l'esercizio della *potestas iudicandi* da parte delle donne e di altri soggetti, cui quella funzione era vietata *naturaliter* o a causa di disposizioni normative, sarebbe stata possibile sulla base di appositi provvedimenti di delega emanati dal titolare di quella potestà³⁸. Una evidente dimostrazione dell'assunto dal quale avevamo preso le mosse, e cioè che la dottrina non era assolutamente ignara del progredire della società: una realtà caratterizzata da mutate condizioni politico-sociali che, di fatto, avevano contribuito al superamento, purché ve ne fossero i presupposti, dei divieti contenuti nella fonti canoniche e civili, inducendo i giuristi - e lo dimostrava la posizione assunta da Ugucione - a tenere in gran conto non solo i testi normativi, ma anche i frutti copiosi provenienti da consuetudini secolari ormai incardinate nel tessuto sociale.

L'attribuzione di *officia civilia* al genere femminile, con particolare riferimento alla funzione giudicante ed arbitrale, costituisce un fertile terreno

³⁷ Biblioteca Apostolica Vaticana, Vat. Lat. 2280, f. 134rb, ad *dictum post* c. 1 C. 3 q. 7, ad v. *femine*: “*Hec iudicare non possunt ut xxxiii. q. v. Mulierem* (c. 17 C. 33 q. 5). *Sed quid de commitissa Matilda que iudicauit et de multis aliis que cotidie iudicant, quid denique de Delbora qua legitur in ueteri testamento iudicasse, ut xv. q. iii § Econtra* (§ 1. *Grat. princ.* C. 15 q. 3), *sed in ueteri testamento ex eius fuit permissum ut femine iudicarent effeminatum populum... Prohibentur tamen iudicare pro se, sed non per alios si sint regine, uel ducisse, uel commitisse*” (cfr. *La capacità*, I, pp. 114); si veda, inoltre, f. 209ra, ad *Grat. princ.* C. 15 q. 3, ad v. *iudicasse*: “*Idem fuit et in novo tempore de commitissa Matilda et de Brunichelda regina cui scripsit Gregorius ut puniat maleficos, ut xxiii. q. iii. Si quos igitur* (C. 23 q. 4 c. 47), *et quidem si tale officium alicui femine sit iniunctum ab imperatore bene potest iudicare. Aliter non quia iudicare est officium uirile et iure ciuili a feminis alienum, ut iii. q. i § Tria* (*dictum post* c. 1 C. 3 q. 7) *et ff. de iudic. Cum pretor* (Dig. 5. 1. 12)”.

³⁸ “*Natura (prohibeatur): ut infans, surdus, furiosus. Iure, ut minores xx. annis. Que ordinarii iudices esse non possunt, quamvis delegari interdum possint. Item serui, muti et mulieres et infames*” (ROGERII *Summa Codicis*, cur. PALMERIO, J.B., Bononiae 1913 [Scripta Anecdota Glossatorum, I, editio altera emendata], p. 82 col. b *ca. me.*; cfr. MINNUCCI, G., «Processo e condizione femminile nel pensiero dei primi glossatori civilisti...», cit. p. 655 n. 67).

d'indagine anche per gran parte dei canonisti che vissero tra la fine del XII secolo ed il primo Duecento. Alano Anglico, maestro della Scuola di Bologna, sia nella prima (1192) che nella seconda redazione dell'*Apparato "Ius naturale"* (1202 - 1205 ca.), pur ritenendo improponibile l'esempio di donna giudice trådito dall'Antico Testamento (alla luce dei precetti neo-testamentari e delle norme di diritto romano-giustiniano penetrati nel Decreto), considera legittimo, sulla base del pensiero espresso da Melendo, l'esercizio della *potestas iudicandi* femminile in presenza di delega espressa o quando le donne ricoprono cariche cui quel potere sia connesso ("*iurisdictionis ratione*")³⁹. A sua volta, al di là delle Alpi, l'autore della dell'*Apparatus "Animal est substantia"* (*Summa Bambergensis*) (1206 - 1210) amplia ulteriormente il tema fino a comprendervi la capacità del *foemineus sexus* di esser chiamato a svolgere funzioni arbitrali⁴⁰. Malgrado debbano considerarsi come deboli ed imbelli quei popoli che affidano alle donne un ufficio di prestigio come quello di giudice, l'autore non esclude che ad esse possa attribuirsi quel compito quando vengono a ciò delegate o quando ereditano cariche istituzionali cui sia connesso un potere giurisdizionale, ed afferma, sulla base della decretale *Dilecti filii* di Innocenzo III (*Comp. III*, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4) che la soluzione delle controversie possa essere loro affidata anche come arbitri.

³⁹ Si trascrive qui il testo della 2 redazione così come trådito da Paris, Bibliothèque Nationale, *lat. 15393*, f. 153vb, ad *Grat. princ.* C. 15 q. 3, ad v. *Hodie*: "*fortassis hodie permittitur mulieri iudicare iurisdictionis ratione arg. ff. de re iudicata. Quidam consulēbat* (Dig. 42.1.57) *secundum Melendus*, arg. contra ff. de re iudicatis l. ii. (Dig. 50.17.2)". Cfr. *La capacità* II, p. 77. Per la lettura della 1 redazione (Paris, Bibliothèque Nationale, *lat. 3909*, f. 38vb), pressoché identica alla seconda, e per altri spunti di lettura cfr. *La capacità*, II, p. 76 n. 109, e pp. 77-80.

⁴⁰ Bamberg Staatsbibliothek, *Can. 42*, f. 92ra, ad *Grat. princ.* C. 15 q. 3, ad v. *Debora* (ms.: *Dorbora*): "*uxor Lapidot. Similiter in nouo tēpore ita est xxiii. q. iii. Si quos igitur* (C. 23 q. 4 c. 47), *bene enim potest mulier iudicare si ei iniunctum sit a principe uel si iurisdictione obueniat ei ex iurisdictione. ff. de re iudicata. Quidam consulēbat* (Dig. 42. 1. 57) *secundum leges mulier non potest in se recipere arbitrium, Co. de arbitris l. ult.* (Cod. 2. 55[56]. 6), *sed hodie dominus papa approbavit quod hodie multipliciter possit tamen suscipere arbitrium. Extra t. de arbitris. iii. (Comp. III, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4)*" (cfr. *La capacità*, II, p. 101 n. 50; per ulteriori spunti di lettura cfr. *ibid.*, pp. 98-101). Su quest'opera si veda, da ultimo, COPPENS, E.C., «L'auteur d'Animal est substantia: une hypothèse», in *Mélanges en l'honneur d'Anne Lefebvre Teillard*, Textes réunis par D'ALTEROCHE, B., DEMOULIN-AUZARY, F., DESCAMPS, O., ROUMY, F., Paris 2009, pp. 289-298.

5. LA DECRETALE *DILECTI FILII* DI INNOCENZO III DEL 4 NOVEMBRE 1202 (*COMP. III*, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4) E LA CANONISTICA IMMEDIATAMENTE SUCCESSIVA.

Ed è proprio a questa decretale di Innocenzo III che occorre ora volgere lo sguardo. La questione, esaminata e risolta dal Pontefice il 4 novembre 1202 (*Dat. Lat. II Non. Nov. Pont. Nostr. Ao. V*)⁴¹, era relativa ad una vertenza sull'usufrutto di un terreno boschivo e di pascolo ("*super usuario cuiusdam nemoris*"), sorta fra Cistercensi e Ospitalieri della diocesi di Sens che avevano rimesso la decisione all'arbitrato della *regina Francorum*, individuata dalla letteratura contemporanea in Eleonora d'Aquitania⁴²: un arbitrato che aveva visto collaborare con la Sovrana anche i vescovi del territorio ed altri esperti da lei convocati ("*...de plurimorum episcoporum et aliorum virorum prudentum consilium...*"). Ma gli Ospitalieri, che erano stati dichiarati soccombenti dalla regina, avevano deciso d'impugnare la decisione arbitrale ("*... contra cuius sententiam Hospitalarii temere venire non timent...*") perché, a loro parere, la stessa era viziata dal fatto che ad assumerla, fosse stata una donna. Dal loro punto di vista era l'appartenenza al genere femminile che avrebbe impedito l'esercizio della funzione arbitrale, non rilevando in alcun modo che si trattava pur sempre di una regina, e che la stessa, concordemente con la parte avversa, era stata da loro individuata come *arbiter*.

La loro richiesta di giustizia, come si evince dalla decretale innocenziana, era fondata su due passi del Digesto e del Codice giustinianeî:

"...Quamvis autem secundum regulam iuris civilis feminae a husiumodi publicis officiis sint remotae, et alibi dicatur, quod, licet summae opinionis et optima constitutae existant, si arbitrium in se susceperint... ab omni sint iudiciali examine separandae..." (*Comp. III*, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4).

Il primo (Dig. 50. 17. 2), al quale abbiamo già fatto cenno e che costituiva una *regula iuris*, dalla quale si desumeva che le donne erano escluse degli *officia civilia vel publica*, divieto che si sostanziava, fra gli altri, nell'incapacità di

⁴¹ *Regesta Pontificum Romanorum*, ed. POTTHAST, A., Berolini 1884, p. 152, nu. 1749.

⁴² Cfr. METZ, «Le statut de la femme...», cit. p. 104 nt. 2: "... il s'agirait d'Aliénor (plus connue sous le nom d'Éléonore) de Guyenne ou d'Aquitaine...".

svolgere le funzioni di *iudex* e di *magistratus*⁴³; il secondo tratto dal Codice di Giustiniano⁴⁴ – che il Papa, riproduce in parte introducendolo con un “*alibi dicatur*” – col quale si vietava alle donne l’esercizio delle funzioni arbitrali. Innocenzo, pur in presenza dei divieti della normativa civilistica espressamente richiamati, sulla base di una *consuetudo approbata in partibus Gallicanis*, la quale consentiva anche alle donne (o meglio alle “*feminae praecllentes*”) di esercitare la giurisdizione ordinaria, riconosce quel giudizio arbitrale come valido e capace di produrre effetti giuridici tra le parti:

“... *quia tamen iuxta consuetudinem approbatam, quae pro lege servatur, in partibus gallicanis huiusmodi feminae praecllentes in subditos suos ordinariam iurisdictionem habere noscuntur, discretioni vestrae per apostolica scripta mandamus, quatenus praefatos Hospitalarios, ut arbitrium ipsum, praesertim quum episcoporum fuerit praesentia et consilio roboratum, sicut sine pravitate provide latum est, et ab utraque parte sponte receptum, observent, monere ac inducere procuretis, eos ad hoc, si necesse fuerit, per poenam in compromisso statutam appellatione postposita compellatis...*”
(*Comp. III*, 1. 25. 1 = *X* 1. 43. 4).

Il Pontefice può affermare così, in modo esplicito, che quelle donne le quali, ordinariamente, amministrano la giustizia, possono anche essere designate dalle parti come arbitri ancorché, come nel caso di specie, i soggetti in lite siano costituiti da due ordini religiosi. Nella sua saggezza, trattandosi di materia temporale e non spirituale, il Papa non prende minimamente in considerazione lo *status* delle parti ma fa riferimento, esclusivamente, alla potestà di giurisdizione del soggetto chiamato a svolgere la funzione arbitrale: anche una donna, quindi, a determinate condizioni, quali sono quelle di una *potestas iudicandi* riconosciuta *ex consuetudine*, che in quel determinato territorio si osserva come se fosse una legge

⁴³ Evidenzio in tondo, in questa e nella nota seguente, le parti tratte dalle fonti civilistiche che Innocenzo III riproduce nella sua decretale. Dig. 50. 17. 2: “*Feminae ab omnibus officiis civilibus vel publicis remotae sunt et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere nec postulare nec pro alio intervenire nec procuratores existere*”.

⁴⁴ Cod. 2. 55(56). 6: “*Sancimus mulieres suae pudicitiae memores et operum, quae eis natura permisit et a quibus eas iussit abstinere, licet summae atque optima opinionis constitutae arbitrium in se susceperint vel, si fuerint patronae, inter liberos suam interposuerint audientiam, ab omni iudiciali agmine separari, ut ex earum electione nulla poena, nulla pacti exceptio advesus iustos eorum conventores habeatur*”.

(“*quae pro lege servatur*” scrive Innocenzo), può esercitare la funzione arbitrale su materie temporali per le quali è sorta una vertenza fra soggetti appartenenti all’ordinamento ecclesiastico: soggetti che hanno deciso autonomamente e correttamente di affidarsi alla sua *discretio iudicii*.

Le elaborazioni della dottrina, ed in specie di Ugucione da Pisa che, pochi anni prima, avevano individuato negli esempi storicamente accertati, e nel principio della delega di giurisdizione, i precedenti cui far riferimento, vengono ora ampliati e giuridicamente definiti, dal Pontefice, con il richiamo esplicito all’esistenza di *consuetudines approbatae* che garantiscono, ancorché eccezionalmente, l’esercizio della *potestas iudicandi* alle “*mulieres praecllentes*”. Il dispositivo della decretale innocenziana costituisce così una dimostrazione evidente di come possano inscindibilmente legarsi fino a costituire un vero e proprio sistema l’*utrumque ius* e gli *iura propria*: tema sul quale tornerò al termine di questo scritto.

Malgrado alcune autorevolissime opinioni contrarie, quali quelle espresse da Bernardo da Pavia e da Tancredi⁴⁵, sono numerosi i canonisti che nel corso del primo Duecento, sulla scia delle idee elaborate da Ugucione da Pisa e sulla base della decretale di Innocenzo III, si dichiarano favorevoli all’esercizio della *potestas iudicandi* e *arbitrandi* femminile. Così, mentre Guglielmo Vasco, nel suo apparato al *Decretum* (1203 - 1207), individua negli esempi attestati dalla storia e nel provvedimento di concessione adottato da chi ne ha la *potestas*, i fondamenti giuridici che consentono alle donne l’esercizio del potere giurisdizionale⁴⁶, Lorenzo Ispano, nella *Glossa Palatina* (1210 - 1214), identifica nella *consuetudo approbata*

⁴⁵ Cfr. *La capacità*, II, pp. 125-126, 178-179.

⁴⁶ Per il pensiero di Guglielmo Vasco cfr. Beaune, Bibliothèque Municipale, ms. 5, f. 162ra, ad C. 15 q. 3, ad v. *testamento*: “*Nonne posset mulier moderno tempore habere tale officium? Videtur quod sic ad similitudinem Constancie regine, ut xii. q. ii. Cum deuotissimam (C. 12 q. 2 c. 8), et Brunehilde regine ut vii. (sic!) q. v. Mennam (C. 2 q. 5 c. 7) et xxiii. q. iii. Si quis igitur (C. 23 q. 4 c. 47). Sed mulieri licet habere dignitates, interdicte tamen sunt ei huiusmodi ciuiles amministrationes, ut ff. de re. iu. l. ii (Dig. 50. 17. 2). Potest tamen eas habere, scilicet, causa dignitatem, quia amministrationes ex concessione Inperatoris, unde ex tali concessione sit persona cui conceditur legitima etiam si prius fuerit infamis ut C. de nup<tiis>. l. Inperialis § Similes (Cod. 5. 4. 23. 4), immo modo ex concessione in quibusdam locis habent ut Extra. iii. de arbitris. Dilecti (Comp. III, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4) licet de iure communi secus sit ut ff. de annu. tut. l. Semeine (sic !) et ff. de regulis iuris. l. ii. (Dig. 50. 17. 2). W.*” (cfr. *La capacità*, II, p. 120).

oppure nella *licentia principis* le basi che inducono a riconoscere alle donne l'esercizio di quella potestà⁴⁷: considerazioni, queste ultime, sostanzialmente condivise anche da Vincenzo Ispano che, nell'Apparato alla *Compilatio III* (ante 1215), riconosce la possibilità per le donne di svolgere la funzione di giudice *ex consuetudine*, sulla base di un atto di delega, o allorquando, in ragione del proprio *status* familiare, ereditino cariche cui sia connessa la funzione giurisdizionale⁴⁸. Paolo Ungaro, infine, nei suoi *Notabilia* alla *Compilatio III* (1215 - 1218), interpretando la decretale innocenziana, potrà affermare che “*lex municipalis derogat iuri communi in suo municipio*”, e che “*consuetudo dat iurisdictionem*”: ancora un esempio della relazione esistente fra *ius commune* e *iura propria* che vede primeggiare questi ultimi in rapporto alla *lex generalis omnium* nel territorio di competenza, sia come *statuta*, sia come *consuetudines* cui, sempre allo stesso titolo, si può far ricorso nell'individuare i soggetti cui compete la *potestas iudicandi*⁴⁹.

In conclusione si può ritenere che, alla luce della decretale innocenziana e delle elaborazioni della dottrina immediatamente precedente e successiva, la *consuetudo approbata*, la *licentia principis* o lo *status* personale (quale quello di regine, duchesse, contesse etc.), sono i requisiti posti a fondamento del legittimo esercizio femminile della funzione giurisdizionale, alla quale risulta connessa

⁴⁷ Biblioteca Apostolica Vaticana, *Reg. lat. 977*, f. 156rb, ad C. 15 q. 3, ad v. *iudicasse*: “*Non de iure sed de speciali licentia principis mulier iudicare potest, sic intelligo xii. q.ii. Cum deuotissima. (C. 12 q. 2 c. 8), uel de consuetudine approbata, Extra. iii. de arbitris. Dilecti (Comp. III, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4)*” (cfr. *La capacità*, II, p. 135). Identici concetti esprime Lorenzo nell'Apparato alla *Compilatio III* “*Hoc non aduerto*” (cfr. *ibid.*, pp. 153-155). Per l'opinione dell'autore dell'Apparato “*Ecce vicit leo*”, che ritiene legittimo l'esercizio della giurisdizione sulla base di una delega espressa cfr. FIORI, A., *Il giuramento di innocenza nel processo canonico medievale. Storia e disciplina della 'purgatio canonica'*, Frankfurt am Main 2013, (Studien zur europäischen Rechtsgeschichte; Bd. 277), p. 249 nt. 82. A conclusioni analoghe a quelle espresse da Lorenzo Ispano perverrà Giovanni Teutonico, Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat. 1367* (I strato di glosse), f. 153ra, ad *Grat. princ. C. 15 q. 3*, ad v. *mulieres*: “*Femina de iure non potest esse iudex... nisi ei princeps scienter deleget causam... uel nisi ex prescripta consuetudine hoc habeat*” (cfr. *La capacità*, II, p. 194 e LEFEBVRE, «La femme...», cit. p. 145 nt.11).

⁴⁸ Sul pensiero di Vincenzo Ispano cfr. *La capacità*, II, pp. 173-176.

⁴⁹ Oxford, Bodleian Library, *Laud. Misc. 646*, f. 67vb, ad *Comp. III*, 1. 25. 1 (X 1. 43. 4): “*Nota quod laicus uel mulier potest esse arbiter in causa clericorum ciuili. Item lex municipalis derogat iuri communi in suo municipio. Item consuetudo dat iurisdictionem. Item partes compelluntur stare sententie arbitri per penam in compromisso statutam*” (cfr. *La capacità*, II, p. 221).

anche la funzione arbitrale che può essere affidata a quelle che già esercitano, per i motivi sopra indicati, l'attività giudicante. Esempi tratti da una storia secolare, attestata dalle fonti tradite dal Decreto di Graziano⁵⁰, o universalmente noti come nel caso di Matilde di Canossa, uniti al riconoscimento - e non poteva non essere che così - del diritto particolare e della consuetudine come fonti di diritto, inducono la dottrina ed Innocenzo III a proporre e ad adottare soluzioni che contemperino il rigore dei testi normativi trasmessi dalla compilazione giustiniana e dal testo graziano con la necessità di adeguarsi ad una realtà giuridica caratterizzata da una pluralità di ordinamenti, ma anche alla connessa e mutevole realtà sociale, ed alla richiesta di giustizia che da essa proviene. Su questa consolidata linea di pensiero si attesteranno, sostanzialmente, anche se con accenti e sfumature diverse, i grandi commentatori, canonisti e civilisti, dei secoli successivi. Una linea di pensiero che, come recenti ricerche dimostrano⁵¹, continuava a produrre i suoi effetti non solo in ambito dottrinale ma anche nella società civile: essa, infatti, proprio sulla base della decretale innocenziana e delle elaborazioni della dottrina, non disdegnava di affidare l'amministrazione della giustizia alle *mulieres praecllementes* anche all'inizio dell'età moderna.

⁵⁰ Fonti come la C. 2 q. 5 c. 7, la C. 12 q. 2 c. 8 e la C. 23 q. 4 c. 47, tutte individuate dalla dottrina: Ugucione da Pisa, che aveva fatto riferimento anche alla *potestas iudicandi* di Matilde di Canossa (nn. 36 e 37), l'autore della *Summa Bambergensis* (n. 40), Guglielmo Vasco (n. 46) e Lorenzo Ispano (n. 47). Così si esprime, infine, la *glossa ordinaria* ad § 1 *Grat. princ.* C. 15 q. 3 ad v. *Mulieres*: “*Femina de iure non potest esse iudex, ut 33. q.5 mulierem (c. 17 C. 33 q. 5) et 3. quae. 7. tria (dictum post c. 1 C. 3 q. 7), ff. de regu. iur. Feminae (Dig. 50. 17. 2) nisi ei princeps scienter deleget causam ut 2. q.5 Mennam (c. 7 C. 2 q. 5), et 23. q.4 Si quos (c. 47 C. 23 q. 4), 12. q.2 cum deuotissimam (c. 8 C. 12 q. 2). Vel nisi ex praescripta consuetudine hoc habeat, ut extra de arbi. Dilecti (Comp. III, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4)*”.

⁵¹ Per una lettura critica della dottrina successiva a quella esaminata in questa sede, e per l'interessante illustrazione di un caso concreto, cfr. MASTROBERTI, F., «Sul caso della Tranese Giustina Rocca e sulla donna *arbiter* nella dottrina giuridica tra Medioevo ed Età Moderna», in *Quaderni del Dipartimento Jonico* 1 (2015), pp. 105-119.

6. LA DECRETALE INNOCENZIANA E IL SISTEMA DEL DIRITTO COMUNE: ALCUNE CONSIDERAZIONI.

La decretale *Dilecti filii* (*Comp. III*, 1. 25. 1 = X 1. 43. 4) ed i commenti della dottrina dimostrano palpabilmente - e qui mi sia consentito di riprendere le autorevoli riflessioni di Francesco Calasso⁵² che, forse, nell'elaborazione delle sue teorie, si è ispirato proprio a questo testo o ad altri di analogo contenuto - che “*ius commune* e *ius proprium* debbono essere concepiti quali elementi di un unico sistema normativo”: “lo *ius commune*” che rappresenta “*il connubio indissolubile e tipico delle due leggi universali, civile e canonica*”: un connubio che, nella disposizione or ora esaminata, è attestato dall'uso, che il Papa - lui stesso somma potestà universale⁵³ - fa di testi provenienti dalla legislazione giustiniana, ancorché gli stessi, pur restando ovviamente in vigore, siano dichiarati inapplicabili alla fattispecie esaminata e decisa perché, per la sua risoluzione, si deve far ricorso ad un diritto consuetudinario territorialmente circoscritto: un vero e proprio “*ius proprium...*” che costituisce “*il diritto degli ordinamenti particolari, comprendente quindi anche i diritti speciali ivi vigenti... come diritti personali per così dire territorializzati...*”. E la fattispecie in esame dimostra come sia proprio la suprema potestà universale ecclesiastica a riconoscere esplicitamente l'esistenza di questi diritti, talché si può coerentemente concludere, sempre con il Calasso, che “*il rapporto fondamentale che lega intrinsecamente fra loro questi elementi di un*

⁵² CALASSO, F., *Medio Evo del diritto...*, cit. p. 470.

⁵³ La decretale di Innocenzo III conservata nella *Compilatio III*, 1. 25. 1 rifluirà, successivamente, nel *Liber Extra* 1. 43. 4. Sul valore giuridico della *Compilatio III* e delle successive collezioni canoniche si leggano le riflessioni di LIOTTA, F., «I papi anagnini e lo sviluppo del diritto canonico classico: tratti salienti», in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di LIOTTA, F., Bologna 1999, pp. 121-122, e in *Archivum Historiae Pontificiae* 36 (1998), pp. 42-43; ID., «Tra compilazione e codificazione. L'opera legislativa di Gregorio IX e Bonifacio VIII», in *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, 2, a cura di LIOTTA, F., Bologna 2007, pp. 21-39 = in *I poteri universali e la fondazione dello Studium urbis. Il pontefice Bonifacio VIII dalla Unam sanctam allo schiaffo di Anagni*, Atti del Convegno di studi, Roma-Anagni, 9-10 maggio 2003, a cura di MINNUCCI, G., Bologna 2008 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Miscellanee, 1), pp. 69-87 = in *Tra Diritto e Storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, I, Soveria Mannelli 2008, pp. 1283-1298.

tutto e coordina la vita di questi con la vita del tutto è quello che noi definiamo il «sistema del diritto comune»⁵⁴.

Un contributo notevole a quanto sin qui detto viene dalla *Summa Trium Librorum* di Rolando da Lucca (edita da Emanuele Conte e Sara Menzinger), giudice e pubblico funzionario attivo fra la fine del XII secolo e l'inizio del XIII, che così si esprime:

“Si consuetudo regionis sit ut mulier vocetur ad ius dicendum, debet et potest et tenetur iudicare, et hoc munus, quod personale dicitur, ut s. de mu. pri. No. (C. 10.42.4), suscipere, sicut in arbitrio dicitur ex. de arbi. c. Dilecti filii (3 Comp. 1. 25. 1 = X I. 43. 4)”⁵⁵.

A commento di questo passaggio la letteratura che se n'è direttamente occupata afferma:

“La decisione che Innocenzo III, per ragioni di calcolo politico prese nel 1203 (rectius: 1202), trovava dunque la strada già in parte spianata da alcune idee di avanguardia della canonistica di fine XII secolo, che incontrarono qualche consenso nei decenni successivi. Sorprende tuttavia vederle accogliere da Rolando, che seppure poteva contare su qualche riflessione in proposito maturata in ambiente civilistico, sembra in realtà spinto a confrontarsi con l'argomento in conseguenza della decretale di Innocenzo III e del coevo dibattito canonistico”⁵⁶.

⁵⁴ CALASSO, F., *Medio Evo del diritto...*, cit. Milano 1954, p. 470.

⁵⁵ CONTE, E., - MENZINGER, S., *La Summa Trium Librorum di Rolando da Lucca (1195-1234). Fisco, politica, scientia iuris*, Roma 2012, (Ricerche dell'Istituto storico germanico di Roma, 8), ad Cod. 10. 64 nu. 22, p. 232. Per ulteriori passaggi sul tema cfr. *ibid.*, pp. 232-233, nu. 23-32. Su Rolando da Lucca e sulla sua attività si veda CONTE, E., «Rolando da Lucca (Rolandus Guamignani) (1145 ca. - 1234 ca.)», in *Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani...*, cit. pp. 1721-1722; si veda, inoltre, ID., «Una radice antica del diritto di resistenza: la dottrina dei glossatori nella *Summa Trium Librorum* di Rolando da Lucca», in *Honos alit artes. Studi per il settantesimo compleanno di Mario Ascheri. La formazione del diritto comune. Giuristi e diritti in Europa (secoli XII-XVIII)*, a cura di MAFFEI, P., - VARANINI, G. M., Firenze 2014, pp. 175-183; ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

⁵⁶ MENZINGER, S., «La donna medievale nella sfera pubblica: alcune riflessioni in tema di cittadinanza nel panorama degli studi storico-giuridici», in *La condizione giuridica delle donne nel medioevo, Convegno di studio, Trieste, 23 novembre 2010*, Trieste 2012, [Edizioni CERM, Collana Atti 04], p. 134, che riproduce in *Appendice* (p. 142) il testo sopra citato. Della stessa A. si veda il contributo dal titolo «Riflessi teorico-politici dei nuovi dibattiti sulla fiscalità», che costituisce il § III.3. dell'ampia premessa a CONTE, E., - MENZINGER, S., *La Summa Trium Librorum...*, cit. pp. CCXV ove si legge un testo identico. Per i riferimenti alla dottrina civilistica (Rogerio) e canonistica (Ugucione e alcuni dei giuristi successivi), utilizzata dall'A., cfr. *supra*, n. 38, e i §§ 4 e 5.

Al contrario, a me sembra che i giuristi attivi tra la fine del XII secolo e l'inizio del XIII studiassero e conoscessero il “*sistema del diritto comune*” assai meglio di come oggi noi posteri, distanti otto secoli, cerchiamo e tentiamo di ripensare e ricostruire quel sistema: è un’ovvietà, ma è una verità su cui forse è opportuno riflettere prima di proporre interpretazioni del passato prive di documentazioni probanti, ed utilizzando categorie e schemi mentali che a quel passato sono del tutto estranee.

La scarsa considerazione di cui godeva il genere femminile - una scarsa considerazione che permeava di sé tutta la società medioevale - ha probabilmente indotto la stessa letteratura a ritenere “*avventurose*” le idee prodotte dalla dottrina, e “*sorprendente*” non solo la posizione dottrinale assunta da Rolando, ma anche la decisione pontificia che abbiamo or ora esaminato⁵⁷. Una letteratura che sembra proiettarsi soprattutto verso una lettura della vicenda finalizzata a comprendere - ancorché tutto ciò “*risulti difficile*” - quale sia stato “*il peso rivestito nell’esperienza storica*” dalla decretale di Innocenzo III e dalle connesse posizioni assunte dalla dottrina. Si tratta di una prospettiva interpretativa assolutamente condivisibile, purché sia preceduta e sorretta da indagini tese ad approfondire tutti i possibili profili ermeneutici dei testi legislativi e dottrinali esaminati⁵⁸.

Nel caso di specie l’argomento necessita di essere esaminato e compreso innanzitutto sotto il profilo storico-giuridico, sia per la natura della fonte oggetto d’esame, sia per l’epistemologia della nostra disciplina. Trattandosi di una vera e

⁵⁷ Dopo aver ricordato l’evoluzione della dottrina, con particolare riferimento alle teorie elaborate da Ugucione da Pisa, Sara Menzinger sostiene che “in sostegno di tale posizione giungeva inoltre la sorprendente decisione assunta da Innocenzo III... di riconoscere validità al pronunciamento arbitrale di Eleonora d’Aquitania...” (MENZINGER, S., «La donna medioevale...», cit. p. 133; «Riflessi teorico-politici...», cit. p. CCXIV), ed aggiunge che “risulta difficile accertare qual sia il peso che possano aver rivestito nell’esperienza storica tali avventurose posizioni dottrinali” (*ibid.*, p. 136; p. CCXVII): teorie che possono qui rileggersi sinteticamente (*supra*, §§ 4 e 5) e che, per le ragioni esposte, appaiono tutt’altro che avventurose. Esse, peraltro, verranno recepite dai giuristi più autorevoli dei secoli successivi (cfr. *supra*, n. 51). Una dottrina, quella a cavaliere fra XII e XIII secolo che, nella fattispecie, non guidava il cambiamento politico-sociale ma che, al contrario, se n’era fatta interprete, trovando nel legislatore un corrispondente, coerente, e autorevolissimo sostegno.

⁵⁸ Sul punto cfr. *supra* § 1.

propria decisione giudiziale assunta dal Pontefice sotto forma di epistola decretale, e consegnata alle collezioni ufficiali della Chiesa, il suo dettato dev'essere interpretato dallo storico del diritto il quale, in ragione degli strumenti ermeneutici di cui dispone, dovrebbe coglierne correttamente il significato e gli effetti immediati e di più lungo periodo, sotto il profilo tecnico-giuridico: i soli che la lettura critica della decretale in esame può consentire di valutare appieno ed ai quali si potranno aggiungere - sulla base di indagini specifiche - tutte le possibili riflessioni circa le eventuali ragioni politico-sociali che vi potrebbero essere sottese e sull'eventuale impatto che quella decisione pontificia può aver generato nel tessuto sociale⁵⁹.

Alla luce del dettato del testo innocenziano, pur nella consapevolezza che la condizione delle donne non fosse minimamente paragonabile a quella maschile - e lo si è rimarcato con forza e dovizia di argomentazioni⁶⁰ - non possiamo ritenere la decretale *Dilecti filii* una “sorpresa”, o adottata per ragioni di “calcolo politico”, né possiamo considerare “avventurose” o “sorprendenti” le corrispondenti e coerenti teorie elaborate dalla dottrina⁶¹.

Innocenzo III, infatti, non aveva fatto altro che assumere una decisione del tutto armonica e coerente con il “*sistema del diritto comune*” del quale lui stesso, come Pontefice, e quindi come titolare di una potestà universale, faceva pienamente parte. Proprio in ragione di questo sistema non avrebbe potuto non affermare, riconoscendone la vigenza, l'esistenza di consuetudini *approbatae*, o di

⁵⁹ Per un esempio di proficua collaborazione tra discipline e approcci differenti – ed è un indubbio merito di chi organizzò quel simposio scientifico - mi permetto di segnalare, ancorché si tratti di un tema diverso, l'esame di una vicenda sviluppatasi fra 1455 e 1458, attestata da un ampio fascicolo processuale, ed oggetto di studio, sotto molteplici angolature, in un seminario trentino: CRISTELLON, C., «La sposa in convento (Padova e Venezia 1455-1458)», in *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di SEIDEL MENCHI, S. e QUAGLIONI, D., Bologna 2001, (Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento; Quaderni, 57), pp. 123-148; BENUSSI, P., «Oltre il processo: itinerari di ricerca intorno al matrimonio controverso di Giorgio Zaccarotto e Maddalena di Sicilia (Padova e Venezia 1455-1458)», *ibid.*, pp. 149-173; MINNUCCI, G., «“Simpliciter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii”. Il processo di nullità matrimoniale vertente fra Giorgio Zaccarotto e Maddalena di Sicilia (Padova e Venezia 1455-1458): una lettura storico-giuridica», *ibid.*, pp. 175-197.

⁶⁰ Cfr. *supra*, § 2.

⁶¹ Per questi giudizi cfr. *supra*, nn. 56 e 57.

leges municipales esistenti in un territorio circoscritto e che, proprio per questo, avrebbero dovuto avere una corrispondente e coerente applicazione. E siccome la fattispecie in esame poteva avere una sua specifica regolamentazione in un determinato territorio, dove si riconosceva *ex consuetudine* la *potestas iudicandi* della regina, alla quale, proprio per questa ragione, le parti in lite avevano inizialmente e concordemente affidato la funzione arbitrale, i principii e le disposizioni contrarie dell'*utrumque ius* non avrebbero potuto trovare attuazione. Principii e norme derivanti dalla compilazione giustiniana - richiamati nella richiesta di giustizia dagli Ospitalieri ricorrenti ed espressamente citati dal Pontefice nella sua decretale (Dig. 50. 17. 2; Cod. 2. 55[56]. 6) - ma anche dal Decreto di Graziano (*dictum post* c. 1 C. 3 q. 7; c. 17 C. 33 q. 5), nei quali la *potestas iudicandi et arbitrandi* femminile, come s'è visto, veniva esplicitamente ed assolutamente esclusa.

Il Papa sapeva assai bene - e lo sapevano assai bene anche i giuristi della sua epoca - che da un punto di vista politico-giuridico la realtà medievale era formata da tante entità particolari, da tanti ordinamenti che, pur mantenendo i propri tratti autonomi, contribuivano a formare una realtà unitaria: l'ordinamento universale. Quei tratti autonomi non potevano essere negati ma, al contrario, per la pluriordinamentaltà che caratterizza l'età medievale, dovevano essere sostanzialmente garantiti proprio per affermare e conservare l'armonia del sistema.

Come ha autorevolmente sostenuto Paolo Grossi che pure, per altri aspetti, dissente dalla prospettiva calassiana⁶²:

*“La visione corretta della complessa esperienza giuridica medievale così come ci appare in pieno Dugento, nella sua compiuta maturità, è... pluriordinamentale: molteplici ordinamenti concorrenti che non chiedono legittimazioni dall'esterno ma che sostanzialmente si autolegittimano in quanto espressioni spontanee delle più varie dimensioni del sociale; dimensioni che possono essere la comunità universale produttrice per ispirazione divina di regole razionali interpretate dalle *leges* e dalla scienza, le comunità territoriali produttrici di norme locali, i soggetti dell'universo*

⁶² Cfr., ad es., GROSSI, P., *L'ordine giuridico medievale*, Bari 1995, pp. 228-229.

*feudale, il ceto dei mercanti, un ethnos particolare che intende riaffermare a livello giuridico la propria originalità.... Tutto questo è diritto*⁶³.

Questo è il diritto dell'età medievale. E quanto sto per dire non suoni irriverente nei confronti di coloro che hanno a lungo ed autorevolmente dibattuto sulla particolarissima esperienza giuridica di quest'epoca storica⁶⁴. È il diritto che risulta mirabilmente racchiuso nelle poche, stringate, ma significative considerazioni, e nella coerente decisione, che la decretale di Innocenzo III del 4 novembre 1202 ancor oggi testimonia all'attento ed avvertito lettore: a colui cioè che voglia intendere il "*sistema del diritto comune*".

⁶³ *Ibid.*, p. 233.

⁶⁴ La letteratura è molto ampia. Per una rassegna cfr. CARVALE, M., *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Bologna 2005 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi, 9), pp. 1-21. Per ulteriori indicazioni bibliografiche si rinvia a: TORRENT RUIZ, A., *Fundamentos del Derecho europeo. Ciencia del derecho: derecho romano – ius commune – derecho europeo*, Madrid 2007, pp. 205-239; DECOCK, W., *Theologians and Contract Law: The Moral Transformation of the Ius Commune (ca. 1500 – 1650)*, (Legal History Library, 9; Studies in the History of private Law, 4), Leiden 2013, pp. 31-33 e, da ultimo, a FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., «Ciencia jurídica europea y Derecho comunitario: Ius romanum. Ius commune. Common law. Civil law», in *Glossae. European Journal of Legal History* 13 (2016), pp 275-306.