

La condizione giuridica della donna tra Medio Evo ed Età Moderna: qualche riflessione

1. «Da alcuni anni ormai la storiografia va soffermando il suo sguardo sulla condizione giuridica della donna nell'età medievale studiandone i vari aspetti, e cogliendo gli elementi caratterizzanti il suo *status*. Anche la storiografia giuridica canonistica, pur affermando che “il n'est pas facile de parler du statut dont bénéfice la femme dans le droit canonique médiéval”, ha tentato una migliore definizione dello *status mulieris*, sia alla luce delle norme vigenti nell'età di mezzo, sia attraverso lo studio del pensiero giuridico che, quelle norme, cercava di interpretare»¹. Era questa l'affermazione con la quale, vent'anni or sono, davo avvio ad una serie di studi sulla condizione giuridica della donna, ai cui risultati² si ispira, almeno in parte, questo scritto.

Quelle indagini avevano presso avvio, alcuni anni prima, grazie ad un lungo soggiorno di studio negli anni 1982-1983 presso l'Institute of Medieval Canon Law della University of California, Berkeley, diretto dal compianto Stephan

¹ G. MINNUCCI, *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*. I: *Da Graziano a Ugucione da Pisa*, Milano 1989 (Quaderni di «Studi senesi», 68), p. 1.

² Al volume indicato nella nota precedente seguivano: ID., *La capacità processuale della donna nel pensiero canonistico classico*. II: *Dalle Scuole d'Oltralpe a S. Raimondo di Pennaforte*, Milano 1994 (Quaderni di «Studi senesi», 79); ID., *Processo e condizione femminile nel pensiero dei primi glossatori civilisti*, in *Studia Gratiana*, xxix, *Life, Law and Letters: Historical Studies in Honour of Antonio García y García*, ed. by P. Linehan, with the assistance of A. Pérez Martín and Mariano Sanz González, Romae 1998, pp. 641-660. Per uno sguardo d'insieme si veda, infine, ID., *Processo e condizione femminile nella canonistica classica*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna 1999, pp. 129-183. Per la cortesia del professor José Antonio López Nevot e degli altri colleghi storici del diritto dell'Università di Granada, che nuovamente e sentitamente ringrazio, ho avuto l'opportunità di tornare a discutere pubblicamente di questi temi il 21 maggio 2009, presso il Paraninfo di quella antica e prestigiosa Università.

Kuttner: un ambiente ideale per la ricerca, non solo per la facilità di accedere a un numero cospicuo di fonti, ma anche per la possibilità di confrontarsi periodicamente con studiosi provenienti da numerosi Paesi del Vecchio e del Nuovo Continente. E fu proprio quel periodo di studio ad indurmi a dedicare le mie prime indagini alla condizione giuridica della donna, avendo particolare riferimento al suo *status* processuale, così come era stato disegnato nelle opere della dottrina canonistica classica, senza tralasciare, peraltro, il pensiero civilistico: un tema quasi completamente trascurato dalla storiografia sul quale solo un'indagine condotta esaminando una cospicua letteratura, in gran parte manoscritta, sarebbe stato possibile gettare nuova luce.

Il diritto processuale, inoltre, costituisce, da sempre, il banco di prova per verificare la reale volontà dell'ordinamento di tutelare diritti e interessi dei consociati: in sede processualistica, infatti, si concretizzano le situazioni soggettive e oggettive che aprono le porte alla richiesta di tutela giurisdizionale dei diritti. L'età intermedia, caratterizzata da una pluralità di ordinamenti, conosce aperture e chiusure, distinzioni e diversità di trattamento giustificate e regolate nelle forme più diverse in considerazione dello stato soggettivo dei richiedenti la regolamentazione dei propri diritti e interessi attraverso l'intervento del giudice, e la condizione della donna, in ragione della peculiarità del suo *status* proprio dell'età medievale³, avrebbe potuto consentire non solo di approfondire l'elaborazione dottrinale sulla sua capacità di essere parte nell'ambito del processo, o di svolgere funzioni professionali quali quelle di giudice o di avvocato, ma anche di esaminare il pensiero dei giuristi in relazione agli istituti del processo romano-canonico.

All'inizio della ricerca non ignoravo, infine, 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 territoriali⁴, gettare quanto meno uno sguardo alle fonti dello *ius proprium*⁵, ma soprattutto alle decisioni giudiziali⁶ spesso colpevolmente trascurate dalla storiografia. La

³ Per studi condotti alla luce della riflessione dei grandi teologi medievali cfr. A. BERNAL PALACIOS O. P., *La condición de la mujer en santo Tomás de Aquino*, in « Escritos del Vedat », IV (1974), pp. 285-335; E. T. HEALY, *Woman According to Saint Bonaventure*, Erie, Pennsylvania 1956.

⁴ In tema di diritto di famiglia cfr., ad esempio, J. A. LÓPEZ NEVOT, *La aportación marital en la historia del derecho castellano*, Almería 1998.

⁵ Per un esempio di questo tipo di studi, condotto sulla base di norme statutarie di un territorio omogeneo, cfr. M. D'ALATRI, *La donna negli Statuti medioevali di Roma e del Lazio*, in *Lunario 1978. Donne di ieri a Roma e nel Lazio*, Roma 1978, pp. 183-196 e, da ultimo, S. FECCI, *Pesci fuor d'acqua. Donne a Roma in età moderna: diritti e patrimoni*, Roma 2004.

⁶ Allo studio di queste fonti sono dedicati i seguenti contributi: *Vicende matrimoniali in una sentenza del vescovo di Alatri del 29 aprile 1251*, in *Scritti di storia del diritto offerti dagli allievi a D. Maffei*, Padova 1991 (Medioevo e Umanesimo, 78), pp. 67-91; «An mulier verberari possit»: una «quaestio disputata» di argomento matrimoniale, in *Coniugi nemici. La separazione in Italia dal XII al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, Bologna 2000 (Istituto trentino di cultura, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento; Quaderni, 53), pp. 491-498; *Simplificiter et de plano, ac sine strepitu et figura iudicii. Il processo di nullità matrimoniale vertente fra*

consapevolezza che i due diritti universali non furono gli esclusivi regolatori di realtà sociali profondamente diverse, ma che al contempo, nel corso dei secoli, i principii e gli istituti elaborati dai giuristi, grandi interpreti dei due *corpora iuris*, verranno talvolta recepiti dai legislatori territoriali, generando così una sorta di osmosi fra diritti universali e diritti particolari, confermò la necessità di dare comunque avvio a quelle indagini proprio attraverso lo studio del pensiero di coloro che ebbero un ruolo fondamentale nella costruzione dell'edificio dello *ius commune* per passare, successivamente, qualora se ne fosse verificata l'opportunità, ad esaminare più in particolare le ulteriori fonti normative e documentali.

2. La lettura del Decreto di Graziano, il testo autoritativo per eccellenza della canonistica classica, consente, in ragione delle fonti che vi sono conservate, un esame approfondito dello *status* processuale femminile nell'età intermedia: i passi tratti dalla Scrittura, dalle opere dei Padri della Chiesa, dal diritto romano-giustiniano, uniti ad ulteriori fonti direttamente provenienti dell'autorità ecclesiastica costituiscono, infatti, la base sulla quale si svilupperà l'elaborazione della dottrina. La Causa XV q. III della *Concordia* graziana può esser definita, a buon diritto, il luogo nel quale maggiori sono i passi relativi al nostro tema. L'incapacità muliebre di esercitare lo *ius accusandi*, ad eccezione di quei casi nei quali la donna sia soggetto passivo del reato⁷ o intenda perseguire i rei di crimini particolarmente gravi ed infamanti⁸; la sua capacità di testimoniare, direttamente derivante dal diritto romano-giustiniano⁹, alla quale si contrappone, vietandola, un altro passo del *Decretum*¹⁰; la capacità di esercitare la

Giorgio Zaccaria e Maddalena di Sicilia (*Padova e Venezia 1456-1457*): una lettura storico-giuridica, in *Matrimoni in dubbio. Unioni controverse e nozze clandestine in Italia dal XIV al XVIII secolo*, a cura di S. Seidel Menchi e D. Quaglioni, Bologna 2001 (Istituto trentino di cultura, Annali dell'Istituto storico italo-germanico in Trento; Quaderni, 57), pp. 175-197.

⁷ «De crimine quod publicorum fuerit iudiciorum, mulieri accusare non permittitur, nisi certis ex causis, id est si suam suorumque iniuriam persequatur, secundum antiqui iuris statuta tantum, de quibus specialiter eis concessum est, non exacta subscriptione. Unde aditus preses provinciae in primis examinabit, an tale sit crimen cuius accusationem mulier subire non prohibetur» (c. 1 C. XV q. III = *Cod.* 9.1.12). Un altro passo di particolare rilievo, anch'esso derivante dal diritto romano-giustiniano, è il seguente: «Prohibentur accusare alii propter sexum uel etatem, ut mulier... Hi tamen omnes, si suam iniuriam exequantur, mortemue propinquorum defendant, ab accusatione non excluduntur» (c. 14 C. II q. I = *Dig.* 48.2.8-11).

⁸ «In questionibus lesae maiestatis etiam mulieres audiuntur. Coniurationem Sergii Catilinae Iulia mulier detexit, et M. Tulium consullem iudicium eius instruxit» (§ 3 e 4 C. XV q. III = *Dig.* 48.4.8). Si veda, inoltre, il *dictum post* c. 3 C. XV q. III: «Quaecumque uero persona ad accusationem publicorum iudiciorum uel lesae maiestatis admittitur, eadem accusationem symonie subire non prohibetur», che prelude al dettato del c. 4 C. XV q. III (= *Cod.* 1.3.30) ed, in materia annonaria, il § 2 c. 14 C. II q. I (= *Dig.* 48.2.13): «Mulierem propter publicam utilitatem ad annonam pertinentem audiri a praefecto annonae deferentem diuus Seuerus et Antoninus rescripserunt».

⁹ «Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis testimonium dicere condemnatam mulierem, colligitur etiam mulieres testimonium dicendi in iudicio ius habere» (c. 2 C. XV q. III = *Dig.* 22.5.18).

¹⁰ «Mulierem constat subiectam dominio uiri esse, et nullam auctoritatem habere, nec docere potest, nec testis esse, neque fidem dare, nec iudicare» (c. 17 C. XXXIII q. V). Per la fonte da cui è tratto il canone cfr. R. METZ, *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

funzione giudicante, direttamente derivante dalla Scrittura¹¹, contraddetta da un'altra fonte del diritto romano-giustiniano¹², un diritto che vieta alle donne anche la capacità di rappresentare terzi in giudizio¹³, sono alcuni dei testi maggiormente significativi che testimoniano, comunque, la poliedricità delle fonti di riferimento del *Decretum* e la necessità che esse dovessero essere attentamente esaminate per essere successivamente concordate.

Questo compito verrà assolto nel corso di circa un secolo dalla canonistica classica che si abbevererà non solo ai testi del *Decretum* e del diritto romano-giustiniano, così come veniva interpretato dai contemporanei giuristi civilisti, ma anche alle nuove disposizioni legislative pontificie raccolte, dalla fine del XII secolo all'inizio del successivo, ed in gran parte racchiuse in quelle compilazioni che costituiranno il materiale fondamentale per la successiva elaborazione, da parte di Raimondo di Penyafort, del *Liber Extra* di Gregorio IX¹⁴.

1961 (rist. in *La femme et l'enfant dans le droit canonique médiéval*, London 1985 [Collected Studies Series] V), p. 73 nt. 7; Id., *Recherches sur la condition de la femme selon Gratien*, in «*Studia Gratiana*», XII (1967) [= Collectanea St. Kuttner, II], pp. 391-392 (rist. in *La femme et l'enfant...*), p. 383.

¹¹ *Iud.* 4, 4-5: «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 nomine iudicium...».

¹² «Tria sunt, quibus aliqui impediuntur ne iudices fiant: Natura, ut surdus, mutus et perpetuo furiosus, et impubes, 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». Così Graziano, recependo un frammento del Digesto (*Dig.* 5.1.12.2), individua, nel *dictum post c.* 1 C. III q. VII, 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 in *Dig.* 50.17.2 si stabilisce: «... Foeminae ab omnibus officiis ciuilibus vel publicis remotae sunt, et ideo nec iudices esse possunt, nec magistratum gerere, nec postulare, nec pro alio intervenire, nec procuratores existere...».

¹³ È ancora nella C. III q. VII c. 2, ove si riassume il dettato del Digesto 3.1.1, che Graziano individua, al § 2, il divieto alle donne di *postulare pro aliis*: «... alii prohibentur ne pro aliis postulent uel propter sexum, ut feminae...». In tal modo egli garantisce al *foemineus sexus* il diritto di *postulare pro se* ed in favore di chi, come il minore, ne è, per divieto normativo, impossibilitato: «... his personis (mulieres, utroque lumine orbat, etc.) pro se allegare permittitur, pro alio prohibetur, nisi forte tutela impuberum uel curam adolescentium non affectatam, sed necessariam administrent». Si può affermare, quindi, che l'autore del Decreto mentre, da un lato, nega alle donne la possibilità di rappresentare in giudizio gli interessi di terzi, dall'altro riconosce loro la capacità di stare in giudizio per lo svolgimento di tutti quegli atti volti alla tutela dei propri diritti o di quelli degli impuberi.

¹⁴ Sul punto cfr. M. BERTRAM, *Die Dekretalen Gregors IX.: Kompilation oder Kodifikation?*, in *Magister Raimundus. Ati del Convegno per il IV Centenario della canonizzazione di san Raimondo de Penyafort (1601-2001)*, a cura di C. Longo OP (Institutum Historicum Fratrum Praedicatorum Romae; *Dissertationes Historicae*, XXVIII), Roma 2002, pp. 61-86; F. LIOTTA, *I papi magnani e lo sviluppo del diritto canonico classico: tratti salienti*, in *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna 1999, pp. 107-128 e in «*Archivum Historiae Pontificiae*», 36 (1998), pp. 33-47; 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 F. Liotta, Bologna 2007, pp. 21-39 = in *Tra diritto e storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dalle Università di Siena e di Sassari*, 1, Soveria Mannelli 2008, pp. 1283-1298, = in *I poteri*

3. La necessità di regolare la vita consociata e di individuare procedure atte a dirimere le controversie fra i soggetti, procedure che superassero le forme altomedievali¹⁵, traendo immediata ispirazione dalla Scrittura e, sotto il profilo più strettamente giuridico formale, dal diritto romano-giustiniano, appare evidente sin dagli albori della Scuola della Glossa:

Placitandi forma in paradiso primo videtur inventa, dum prothoplastus de inobedientiae crimine ibidem a domino interrogatus criminis relatione sive remotione usus culpam in coniugem removisse autumat dicens: «mulier, quam dedisti, dedit mihi et comedi»¹⁶. Deinde in veteri lege nobis tradita, dum Moyses in lege sua ait: «In ore duorum vel trium testium stabit omne verbum»¹⁷.

Il *Prologo* della *Summa decretorum* di Paucapalea¹⁸, il più risalente fra i glossatori canonisti, è forse la prima riflessione, scritta intorno alla metà circa del XII secolo, relativa alle origini del processo¹⁹. La violazione del precetto

universali e la fondazione dello Studium Urbis. Il Pontefice Bonifacio VIII dalla Unam sanctam allo schiavo di Anagni, Atti del Convegno di studi, Roma-Anagni, 9-10 maggio 2003, a cura di G. Minnucci (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Miscellanea, 1), Bologna 2008, pp. 69-87.

¹⁵ Ancorché condannata da Niccolò I, Stefano V ed Alessandro II, l'ordalia è ancora presente nel Decreto di Graziano (ad es. C. II q. V c. 25; C. XVII q. IV c. 24) che però riproduce alcuni passi che la proibiscono (C. II q. V cc. 20-22). L'ordalia, comunque, è ritenuta ammissibile, seppure in casi sporadici, da Rufino e Stefano Tornacense (*cf.*, sul punto, J. GAUDEMET, *Eglise et Cité. Histoire du droit canonique*, Paris 1994; trad. it. *Storia del diritto canonico. Ecclesia et civitas*, Torino 1998, pp. 593-594). Per una bibliografia sull'ordalia *cf. ibid.*, p. 224. Dello stesso autore si veda il recente *À propos de la preuve dans le droit canonique médiéval*, in «Revista española de derecho canonico», 49, 1992, pp. 225-234 (rist. in *Miscellanea Domenico Maffei dicata. Historia-Ius-Studium*, edd. A. GARCÍA Y GARCÍA-P. WEIMAR, II, Goldbach 1995, pp. 1-10).

¹⁶ *Cfr. Gen.* 3, 12.

¹⁷ *Cfr. Deut.* 19, 15; ma si veda anche 17, 6.

¹⁸ *Cfr. Die Summa des Paucapalea über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte, Gies- sen 1890 (rist. anast. Aalen 1965), p. 1.

¹⁹ Di tono pressoché identico la riflessione di Stefano Tornacense che però precisa, con un linguaggio di maggior spessore sotto il profilo tecnico-giuridico, e di chiara derivazione romanistica, come Adamo eccepisca all'imputazione formulata da Dio-giudice, chiamando in causa Eva: «Cum enim Adam de inobedientia argueretur a domino, quasi actioni exceptionem obiciens relationem criminis in coniugem, immo in coniugis auctorem convertit dicens: Mulier, quam dedisti mihi sociam, ipsa me decepit et comedi. Sicque litigandi, vel, ut vulgariter dicamus, placitandi forma in ipso paradiso videtur exorta. Alii dicunt, iudiciorum ordinem a veteri lege initium habuisse. Ait enim Moyses in lege: In ore duorum vel trium testium stat omne verbum» (*Die Summa des Stephanus Tornacensis über das Decretum Gratiani*, ed. J. F. von Schulte, Giessen 1891, p. 2; il *Prologo* è stato nuovamente edito da H. Kalb, *Studien zur Summa Stephans von Tournai: Ein Beitrag zur kanonistischen Wissenschaftsgeschichte des späten 12. Jahrhunderts*, [Forschungen zur Rechts- und Kulturgeschichte, 12], Innsbruck 1983, pp. 113-120; per questo testo si veda anche L. Fowler-Magerl, *Ordo iudiciorum vel ordo iudiciarius. Begriff und Literaturgattung*, [«Ius Commune», Sonderhefte 19], Frankfurt am Main 1984, p. 1 nt. 1, che lo trascrive dal *ms. Bruxelles BR HS 1410 fol. 3ra*). Per un genere letterario, in qualche misura analogo, per la presenza, in questo caso, della Vergine Maria come parte del processo si veda il *Tractatus* attribuito a Bartolo da Sassoferrato: *Tractatus quaestionis ventilatae coram domino nostro Iesu Christo inter Virginem Mariam, ex una parte, et Diabolum, ex alia parte*, in Bartoli a Saxoferrato *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis 1570, pp. 130-132.

divino, da parte di Adamo ed Eva, avrebbe originato l'instaurarsi di un vero e proprio giudizio (*placitandi forma*) con l'interrogatorio degli imputati e la successiva sentenza; la disposizione, contenuta nel Deuteronomio, secondo la quale, per la condanna dei rei di omicidio o di qualsiasi altro delitto, occorre la testimonianza di almeno due o tre persone²⁰, avrebbe completato lo schema processuale: l'*ordo iudiciarius* medioevale²¹, incardinato nelle figure del giudice, delle parti e dei testimoni, avrebbe perciò tratto la sua origine ed il suo fondamento nella stessa volontà divina²².

²⁰ Che un fatto possa essere provato sulla base di una concorde testimonianza di almeno due testimoni è confermato dal *principium* della C. II q. IV del *Decretum* di Graziano, che fonda questo convincimento anche su numerosi passi del Nuovo Testamento: «Quod uero quarto loco querebatur: An duorum testimonio episcopus sit condemnandus? Multorum auctoritate probatur. Sicut enim in euangelio Iohannis (*Ioh.* 8, 17) legitur, ait Christus ad Iudeos: "In lege uestra scriptum est, quoniam duorum hominum testimonium uerum est (*Deut.* 17, 6; 19, 15)". Hinc consequenter argumentatur contra eos, dicens: "Si testimonium duorum hominum uerum est, quare testimonium meum et Patris non accipitis?". Item Paulus in epistola ad Corintios (2 *Cor.* 13, 1): "In ore duorum vel trium testium stabit omne uerbum". Item in epistola ad Ebreos (*Hebr.* 10, 28): "Quis preuaricans legem Moisi, duobus vel tribus testibus conuictus, sine miseratione lapidabatur". Ulteriori passi scritturistici su questo tema in *Dan.* 13, 1-64; *Num.* 35, 30; *Mt.* 18, 16; *1 Tim.* 5, 19. Sull'istituto della testimonianza nel Decreto di Graziano cfr. F. LIOTTA, *Il testimone nel Decreto di Graziano*, in *Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law*, ed. S. Kuttner, Città del Vaticano 1976, pp. 81-93; si veda, inoltre, F. SINATTI D'AMICO, *Il concetto di prova testimoniale: spunti di una problematica nel pensiero dei glossatori*, in «Rivista di Storia del diritto italiano», 39, 1966, pp. 155-185. Si veda, infine, Y. MAUSEN, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, Milano 2006 (Università degli Studi di Milano, Facoltà di Giurisprudenza, Pubblicazioni dell'Istituto di Storia del diritto medioevale e moderno, 35).

²¹ La letteratura sul tema è amplissima. Si vedano, comunque: A. M. STICKLER, *Ordines iudicarij*, in *Dictionnaire de droit canonique*, VI, Paris 1957, coll. 1132-1143 (rist. in *L'Educazione giuridica. VI. Modelli storici della procedura continentale*, II: *Dall'ordo iudiciarius al codice di procedura*, a cura di A. Giuliani e N. Picardi, [Università degli Studi di Perugia, Consiglio Nazionale delle Ricerche], Napoli 1994, pp. 3-19; K. W. NÖRR, *Ordo iudiciorum und Ordo iudiciarius*, in «*Studia Gratiana*», 11 (1967), pp. 327-344; ID., *Päpstliche Dekretalen in den ordines iudiciorum der frühen Legistik*, in «*Ius Commune*», 3 (1970), pp. 1-9; ID., *Päpstliche Dekretalen und römisch-kanonischer Zivilprozess*, in *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main 1972, pp. 53-65 (tutti ristampati in ID., *Iudicium est actus trium personarum* [*Bibliotheca eruditorum*], 4), Goldbach 1993; dello stesso autore si veda *Die Literatur zum gemeinen Zivilprozess*, in *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I: *Mittelalter (1100-1500)*, ed. H. Coing, München 1973, pp. 383-397; J. FRIED, *Die römische Kurie und die Anfänge des Prozessliteratur*, in «*Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Kan. Abt.*», 59, 1973, pp. 151-174; L. FOWLER-MAGERL, *Ordo iudiciorum vel Ordo iudiciarius. Repertorien zur Frühzeit der gelehrten Rechte*, Frankfurt am Main 1984 (*Ius Commune, Sonderhefte; Texte und Monographien*, 19); Ead., *Ordines iudicarij and libelli de ordine iudiciorum (from the Middle of the Twelfth to the End of the Fifteenth Century)*, Turnhout 1994 (Typologie des sources du Moyen Âge Occidentale, 63, A-III-1*); K. PENNINGTON, *Il diritto dell'accusato. L'origine medioevale della procedura legale*, in *La parola all'accusato*, a cura di J.-C. Maire Vigueur-A. Paravicini Bagliani, Palermo 1991, pp. 33-41.

²² Sul complesso rapporto tra la divinità ed i giuristi del XII secolo si veda, da ultimo, A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio natura e diritto nel secolo XII*, Torino 1997 («Il Diritto nella Storia», 6).

L'episodio tratto dal Libro della Genesi costituisce, in ogni caso, un primo esempio nel quale una donna, la prima donna, figura come parte all'interno di un processo: un fatto che, essendo direttamente testimoniato dalla Sacra Scrittura, non poteva essere ignorato, e che pertanto costringeva i giuristi ad affrontare il problema della condizione giuridica femminile nell'ambito processuale.

La suddivisione tra processo civile e processo penale, e la successiva partizione fra processo secolare ed ecclesiastico, assente dalle fonti canoniche e frutto della loro elaborazione dottrinale, consente ai giuristi medievali di disegnare uno *status* processuale femminile differenziato in ragione delle diverse tipologie processuali: mentre nel processo civile, sia esso secolare od ecclesiastico, nessun divieto viene posto in capo alla donna che, in tal modo, può legittimamente esser parte, sia come attrice o convenuta, o esser chiamata in giudizio a testimoniare, nel processo penale i divieti si fanno assai più stringenti e rimarchevoli. L'*accusatio criminalis*, infatti, viene consentita solo in presenza di alcuni reati particolarmente gravi quali, ad esempio, la simonia, l'eresia, il sacrilegio, la lesa maestà, l'alto tradimento, la pubblica annona o allorquando la donna o i suoi congiunti, impossibilitati a formulare l'accusa, siano i soggetti passivi del reato. Contestualmente l'esercizio della testimonianza femminile, nell'ambito del processo penale, viene fortemente limitato, consentendolo unicamente per gli stessi *crimina publica* per i quali viene garantito l'esercizio dell'accusa: una limitazione che trova la sua ragion d'essere non solo in quei passi del Decreto che recisamente negavano il diritto delle donne di testimoniare, ma soprattutto sulla base del convincimento, derivante dalla tradizione classica e altomedievale, di una «naturale» mutevolezza del genere femminile: «Testes autem considerantur conditione, natura et vita... Natura, si vir, non femina. Nam varium et mutabile testimonium sempre femina producit» si legge nella *I Compilatio antiqua* (*Comp. I* 5.36.10 = *X* 5.40.10), dove si riproduce un passo delle *Etimologiae* di Isidoro da Siviglia (XVIII.XV.9), a sua volta ispirato dall'Eneide di Virgilio (IV.569): un convincimento che anche la dottrina aveva fatto proprio²³.

Ben più densa di novità appare invece la riflessione della dottrina in relazione agli *officia* connessi con la celebrazione del processo. In particolare le limitazioni provenienti dal diritto romano-giustiniano (*Dig.* 50.17.2) e dallo stesso *Decretum* graziano (c.17 C. XXXIII q.V), in tema di esercizio della funzione giudicante o arbitrale, vengono parzialmente superate in ragione di una mutata realtà politica che ha visto, nel corso dei secoli, un'assunzione di responsabilità da parte del genere femminile²⁴:

²³ «... Ex eo quod prohibet lex Iulia de adulteriis condempnatam mulierem de adulterio testimonium dicere, colligitur etiam mulieres testimonium in iudicio dicendi ius habere. Ysidorus tamen ad testimonium mulieres repellit dicens: testis consideratur conditione, liber si non seruus. Nam seruus sepe ut metu dominantis testimonium supprimit ueritatis. Natura si uir non femina. Nam uarium et mutabile semper femina. Vita, si integer et innocens actu. Nam si bona uita defuerit fide carebit» (*Summa* «Quoniam status ecclesiarum», Paris, Bibliothèque Nationale, *lat.* 16538, f. 18rb-va).

²⁴ Ugucione DA PISA, *Summa decretorum*, Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. lat.* 2280, f. 134rb.

Hec iudicare non possunt ut xxxii.q. v. Mulierem (c. 17 C. XXXIII q.V). Sed quid de commitissa Matilda que iudicavit et de multis aliis que cotidie iudicant, quid denique de Delbora qua legitur in ueteri testamento iudicasse, ut xv. q. iii. § Econtra (§ 1. pr. C.XV q.III), 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.

È Uguccione da Pisa che, verso la fine del XII secolo, cogliendo nell'evolversi della storia alcuni elementi di novità rispetto alle norme di diritto romano-giustiniano rifluite nel Decreto, ritiene queste ultime inapplicabili nella loro recisa formulazione. Gli esempi di Matilde di Canossa e, per un'epoca assai più risalente, di Brunilde, regina dei Franchi²⁵, inducono infatti a ritenere che, almeno per alcuni soggetti, in ragione del ruolo istituzionale ricoperto o sulla base di un provvedimento di delega²⁶, il divieto di esercitare la funzione di giudice non possa esplicare la sua efficacia.

Sotto il profilo più propriamente tecnico-giuridico, le motivazioni poste a fondamento della legittimità dell'esercizio dell'*officium iudicis* da parte del genere femminile, trovano una più compiuta formulazione nella decretale *Dilecti filii*²⁷ (*Comp. I. 1.25.1 = X 1.43.4*) di Innocenzo III e nella riflessione della dottrina successiva. Una controversia fra Cistercensi e Ospitalieri della diocesi di Sens era stata risolta, per concorde volontà delle parti, sulla base di una decisione assunta da Eleonora d'Aquitania, arbitro della vertenza. Successivamente i Cistercensi, dichiarati soccombenti, si erano rivolti al Papa contestando la legittimità della decisione arbitrare: la *regula iuris* ulpiana (*Dig. 50.17.2*) negava recisamente il diritto del genere femminile di assumere gli *officia civilia*²⁸. Secondo la parte ricorrente il lodo arbitrare, proprio perché reso da una donna era da considerare, pertanto, nullo.

La decisione pontificia, sulla quale vale la pena soffermarsi brevemente, appare densa di novità. La legittimità della decisione da parte di Eleonora,

²⁵ «Idem fuit et in novo tempore commitissa Matilda et de Brunichelda regina cui scripsit Gregorius ut puniat maleficos, ut xxiii. q. iii. Si quos igitur (c. 47 C. XXIII q. IV)» (*ibid.*, f. 209ra).

²⁶ Un primo passo in questa direzione era stato già compiuto, alcuni anni prima, dal civilista Rogerio che, malgrado le norme di divieto, aveva ritenuto possibile l'esercizio della *potestas iudicandi* da parte delle donne e di altri soggetti, sulla base di appositi provvedimenti di delega emanati dal titolare di quella potestà: «Natura (prohibeatur): ut infans, surdus, furiosus. Iure, ut minores xx. annis. Que ordinarii iudices esse non possunt, quamvis delegari interdum possint. Item servi, muti et mulieres et infames» (cfr. Rogerii *Summa Codicis*, cur. J. B. Palmerio, Bononiae 1913 [Scripta Anecdota Glossarum, I, editio altera emendata], p. 82b ca. me.).

²⁷ Il dispositivo della decretale così corre: «... quia tamen iuxta consuetudinem approbatam, quae pro lege servatur, in partibus gallicanis huiusmodi feminae praecellentes 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*).

²⁸ Cfr. *supra*, n. 12 in fine.

infatti, risulta fondata non solo sul fatto che a lei, concordemente, le parti hanno affidato la decisione, ma soprattutto sulla *consuetudo approbata, quae pro lege servatur, in partibus Gallicanis*, secondo la quale le *mulieres praecllentes* esercitano in quei territori l'ordinaria giurisdizione. La consuetudine, pertanto, deroga nella fattispecie al diritto comune.

La *licentia principis*, lo *status* personale (quale quello di regine, duchesse, contesse etc.), come si desume da un'antica tradizione attestata, e la *consuetudo approbata*, così come deciso dalla somma autorità pontificia, sono i requisiti posti a fondamento del legittimo esercizio, da parte delle donne, della funzione giudicante, alla quale risulta connessa anche la funzione arbitrale che può essere affidata a quelle donne che già esercitano l'attività di giudice.

4. Un particolare rilievo dev'esser dedicato, infine, al *crimen adulterii* e al connesso *status* processuale femminile. Se infatti la normativa civilistica, penetrata nel Decreto di Graziano, configura, sotto il profilo strettamente processuale, una condizione muliebre di assoluta inferiorità, tant'è che alle donne non è consentito *maritos suos adulterii reos facere*²⁹, dall'altro la tradizione cristiana, rappresentata dal pensiero di san Girolamo³⁰ e di papa Innocenzo I³¹, sottolineando come il matrimonio sia costituito su basi di parità ed uguaglianza, provvede ad una condanna del *crimen adulterii*, indipendentemente da quale dei coniugi lo abbia commesso. La difficoltosissima conciliabilità di questi testi viene rimarcata da un'ulteriore disposizione del diritto romano-giustiniano, che riserva ai soli mariti il diritto di agire in giudizio entro sessanta giorni dalla *notitia criminis, sine inscriptione, sine metu calumpnie* ed *ex sola suspicione*³², il che equivale al riconoscimento, per il marito, della possibilità di adire il giudice senza sottostare alle ordinarie forme processuali e, soprattutto, senza incorrere nelle pene riservate ai calunniatori qualora l'accusa si riveli infondata.

E sarà soprattutto la dottrina canonistica che compirà uno sforzo notevolissimo per modellare uno *status* processuale femminile che, pur non potendo ignorare le fonti normative creatrici della disparità di trattamento fra coniugi, dovrà pur sempre ispirarsi a quei principii di parità elaborati dalla patristica, tutti attestati dal *Decretum* graziano: l'equiparazione fra *adulterium* e *stuprum* affermata da Ambrogio³³, finalizzata ad assimilare la relazione extra-coniugale dell'uomo con una donna non sposata a quella con una donna coniugata e le

²⁹ «Non enim eis permittitur maritos suos adulterio reos facere. Vnde in libro et tit. eodem, idem Imp.: Publico iudicio non habere mulieres adulterii accusationem, quamvis de matrimonio uiolato queri uelint, lex Iulia declarat, que cum masculis iure mariti accusandi facultatem detulisset, non idem feminis priuilegium detulit» (*dictum post* c. 10 C. XXXII q. I = *Cod.* 9.9.1).

³⁰ «Apud nos quod non licet feminis eque non licet uiris, et eadem seruitus pari conditione censetur» (c. 20 C. XXXII q. V).

³¹ «Christiana religio adulterium in utroque sexu pari ratione dampnat» (c. 23 C. XXXII q. V).

³² *Cfr.* il *dictum post* c. 2 C. IV q. IV (= *Cod.* 9.9.6): «Item... Si maritus iure mariti, hoc est infra sexaginta dies utiles, adulterium uxoris suae accusare uoluerit, quam ex suspicione sola ream facere ualet, non continetur, uinculo inscriptionis ...».

³³ «Nemo sibi blandiatur de legibus hominum. Omne stuprum adulterium est, nec uiro licet quod mulieri non licet. Eadem a uiro, que ab uxore, debetur castimonia. Quicquid, in eam, que non sit legitima uxor, commissum fuerit, adulterii dampnatur crimine...» (c. 4 C. XXXII q. IV).

affermazioni di Girolamo alle quali si è già fatto cenno, non potranno essere ignorate dai glossatori i quali si cimenteranno, nel corso di circa un secolo, nel difficile tentativo di concordare norme marcatamente discordanti.

La partizione fra processo civile e penale, e fra processo secolare ed ecclesiastico, già elaborata dalla dottrina sotto il profilo generale, consentirà innanzitutto una prima differenziazione consentendo alle donne, qualora siano state vittime del reato di adulterio, di agire in giudizio nel processo civile per richiedere la separazione e il risarcimento del danno.

Sotto il profilo penalistico, gli approfondimenti derivanti da una maggiore conoscenza della legislazione secolare, consentirà di soffermarsi sul sistema sanzionatorio e sulle modifiche che la legislazione giustiniana aveva apportato nell'individuazione della pena trasformando, solo per le donne, la *poena gladii* prevista sin dall'epoca costantiniana³⁴ nella *verberatio* e nella reclusione in monastero³⁵, ma lasciando sostanzialmente immutato lo *status* processuale femminile sotto il profilo dell'esercizio dell'*accusatio*: l'azione penale nel processo secolare, sulla base delle disposizioni del diritto romano-giustiniano, risulterà sempre preclusa alle donne, ancorché siano soggetti passivi del reato.

Nel processo ecclesiastico, al contrario, poiché il *petitum* sarà costituito dalla sola *separatio quoad thori et mensam* si assisterà ad una progressiva equiparazione delle due parti processuali, con la eliminazione di tutti i privilegi³⁶ garantiti all'uomo ancorché presenti nel *Decretum* graziano: dapprima con Uguccone da Pisa e successivamente con Raimondo di Penyafort, l'elaborazione dottrinale segna il definitivo superamento di quell'apparato di norme che avevano impedito l'instaurarsi di una completa parità di trattamento fra i coniugi in relazione al reato di adulterio, in ossequio a quei canoni del decreto (cc. 20 e 23 C. XXXII q.V) e ai principii evangelici (*Mt.* 5, 31-32; 17,9) che avevano considerato l'adulterio come reato da condannare indipendentemente dalla condizione dell'autore³⁷.

Una posizione che non potrà essere assunta dalla civilistica di età moderna che continuerà ad essere fortemente legata al testo del *Corpus iuris civilis*: ne è un esempio paradigmatico il Commentario *Ad legem juliam de adulteriis* di Alberico Gentili³⁸. Il dettato della normativa romano-giustiniana –con cui si proibisce l'*accusatio criminalis* della donna nelle cause di adulterio– che anche

³⁴ *Cod.* 9.9.29(30).4: «Sacrilogos autem nuptiarum gladio puniri oportet».

³⁵ *Coll.* IX. 9 = *Nov.* 134.10.1: «... Adulteram vero mulierem competentibus vulneribus subactam in monasterio mitti...».

³⁶ Per i quali cfr. *supra*, n. 32.

³⁷ Sui passi di Matteo cfr. J. GAUDEMET, *Il matrimonio in Occidente*, Torino 1989, pp. 33-34. Di identico parere Pietro Lombardo che utilizza proprio i passi di san Girolamo recepiti nel Decreto (Magistri Petri Lombardi Parisiensis episcopi *Sententiae in IV Libros distinctae*, lib. IV, dist. XXXV, cap. I [Spicilegium Bonaventurianum IV-V; Ad Claras Aquas 1981], t. II, l. III et IV, p. 467 s.). Una parità che verrà confermata tanto nel *Codex Iuris Canonici* del 1917 (cc. 1129 e 1130), quanto in quello dl 1983 (cc. 1152-1155).

³⁸ G. MINNUCCI, *Alberico Gentili tra mos italicus e mos gallicus. L'inedito Commentario Ad legem juliam de adulteriis*, Bologna 2002 (Archivio per la storia del diritto medioevale e moderno; Studi e Testi, 6).

il giurista di San Ginesio, così come molti suoi contemporanei, continuerà a comparare con i principii di parità propri dell'etica cristiana³⁹, non consentirà, infatti, di ridurre il discrimine fra i coniugi, un discrimine che si perpetuerà nel corso dei secoli fino all'età contemporanea.

Mi limito a ricordare, ma gli esempi potrebbero essere numerosi, che il Codice Penale italiano, del 1931, continua a differenziare lo *status* dei coniugi: mentre da un lato si punisce l'adulterio della moglie con un anno di reclusione, raddoppiando la pena qualora la stessa instauri una vera e propria relazione adulterina⁴⁰, dall'altro il tradimento del marito non risulta sanzionato se non nel caso in cui la relazione extraconiugale sfoci in un vero e proprio concubinato⁴¹. Una disparità di trattamento sotto il profilo sostanziale e processuale che si concluderà, dopo un lungo e faticoso percorso, verso la fine degli anni Sessanta del secolo scorso, grazie alle decisioni della Corte Costituzionale con le quali quelle norme, alla luce del dettato della Carta Costituzionale, verranno finalmente dichiarate costituzionalmente illegittime⁴².

GIOVANNI MINNUCCI

³⁹ In tema di esercizio dell'*accusatio* cfr. *ibid.*, pp. 37-56, dove si esamina il pensiero gentiliano circa il dettato di *Cod.* 9.9.1 (il cui testo si può leggere *supra*, n. 29), reso alla luce di altri testi di diritto romano-giustiniano, della glossa ordinaria, del pensiero dei classici e dei Padri della Chiesa (qual, ad es., Lattanzio, s. Ambrogio, s. Girolamo), oltre che delle opere di alcuni giuristi precedenti come Bartolo da Sassoferrato, Baldo degli Ubaldi, Le Douaren, Giulio Claro.

⁴⁰ Art. 559: 1. La moglie adultera è punita con la reclusione fino ad un anno. 2. Con la stessa pena è punito il correo dell'adultera. 3. La pena è della reclusione fino a due anni nel caso di relazione adulterina. 4. Il delitto è punibile a querela del marito. Art. 560: 1. Il marito che tiene una concubina nella casa coniugale, o notoriamente altrove, è punito con la reclusione fino a due anni. 2. La concubina è punita con la stessa pena. 3. Il delitto è punibile a querela della moglie.

⁴¹ Il discrimine tra coniugi era stato teorizzato anche in età medievale sul fondamento che il tradimento femminile «*maius crimen esse ... propter prolem*» (cfr. G. MINNUCCI, *Alberico Gentili...*, p. 51, dove il Gentili riferisce il pensiero di Tommaso d'Aquino). Un convincimento ancora presente nella Giurisprudenza Costituzionale italiana del 1961: la maggiore severità nei confronti della donna, infatti, veniva giustificata dal fatto che la sua condotta adulterina determinava, in base «alla prevalente opinione», un più grave attentato all'unità familiare, rispetto ad una identica condotta dell'uomo, sia per il turbamento psichico provocato nei membri della famiglia, ma soprattutto per il pericolo «dell'introduzione nella famiglia di prole non appartenente al marito, e che a lui viene attribuita per presunzione di legge» (cfr. *Giurisprudenza Costituzionale*, 1961 anno VI, Milano 1961, p. 1236). Una giurisprudenza che la Corte modificherà alcuni anni dopo (cfr. *infra*, n. 42).

⁴² Ci si riferisce alle Sentenze n. 126 del 19 dicembre 1968, in *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale*, 1968 anno VII, Milano 1968, pp. 743-750; e n. 147 del 3 dicembre 1969, in *Sentenze e ordinanze della Corte Costituzionale*, 1969-1, anno VIII, Milano 1969, pp. 922-937.

