

Alessandra Bassani

## I requisiti della testimonianza *de auditu alieno* nella dottrina del tredicesimo secolo

ABSTRACT: The hearsay evidence is a peculiar proof and the jurists of *ius commune* have always looked at it with suspicion. But the *Corpus Iuris* and the canon law admit it sometimes. The canon law needs this evidence to verify if blood tie exists between wife and husband, and so if they are guilty of incest. In 1215, the decretal *Licet ex quadam* decreed that the witnesses and their *dicta* must be provided with twelve requisites to be valid in the trial: this paper examines the *Glossa ordinaria* by Bernardo da Parma, the *glossae* by Giovanni Teutonico and Vincenzo Ispano, the *lecturae* by Sinibaldo de' Fieschi and Enrico da Susa, the *Liber cautelarum* by Uberto da Bobbio, the *ordo* by Bonaguidus d'Arezzo and the *formularium* by Ranieri da Perugia in order to understand the thought of the jurists about the use of this evidence in the trial.

KEY WORDS: hearsay evidence – canon law - thirteenth century

La testimonianza *de auditu alieno* è la testimonianza di colui che riferisce nel processo ciò che ha udito da altri: l'origine delle sue conoscenze è perciò profondamente diversa rispetto a quella del testimone 'normale' e questo ha costituito da sempre un motivo, se non il principale motivo, per il quale essa è stata guardata con profonda diffidenza dalla dottrina, canonistica e civilistica, di diritto comune<sup>1</sup>.

Tuttavia tale mezzo di prova è stato costantemente presente nel diritto e nel processo, per almeno due circostanze: nel diritto canonico, tale testimonianza era insostituibile per accertare i legami di consanguineità fra i coniugi che costituivano impedimento al legame matrimoniale, nel diritto civile era ammessa in ben due passi del Digesto, per decidere dell'ammissibilità dell'*actio aquae pluviae arcendae*<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> Per una ricostruzione della vicenda dell'origine della validità della testimonianza *de relato* nel diritto canonico e nel diritto civile, a partire dall'alto medioevo fino all'età moderna, sia consentito rinviare al mio *Sapere e credere. Parte prima. La veritas del testimone de auditu alieno dall'alto medioevo al diritto comune*, Milano 2012. Hanno affrontato il tema nel diritto positivo, soprattutto in relazione al codice di procedura penale introdotto nel 1989, A. Balsamo – A. Lo Piparo, *La prova per sentito dire: la testimonianza indiretta tra teoria e prassi applicativa*, Milano 2004, che presentano anche una disamina storica da p. 77 a p. 101, in part. pp. 82-85 sulla dottrina bassomedievale e pp. 85-91 su quella moderna, richiamandosi allo studio di M.R. Damaška, *Hearsay in Cinquecento Italy* in M. Taruffo (cur.), *Studi in onore di Vittorio Denti*, Padova 1994, I, pp. 59-88. Studia il tema in una dimensione comparativa G. Di Paolo, *La testimonianza de relato nel processo penale: un'indagine comparata*, Trento 2002, mentre l'affronta dal versante filosofico del valore della testimonianza quale fonte di conoscenza nell'epoca contemporanea N. Vassallo, *Per sentito dire. Conoscenza e testimonianza*, Milano 2011.

<sup>2</sup> I due passi del Digesto sono Dig. 22. 3. 28, *de probationibus* l. *Si arbiter*: «Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria extet: hoc ei quaerendum est, an aliquis meminerit id opus factum esse. Paulus: Immo cum ab arbitro quaeritur, memoria facti operis extet, necne, non hoc, quaeritur, num aliquis meminerit quo die, aut quo consule factum fit: sed num hoc aliquo modo probari possit quid opus factum sit: ... potest enim hoc memoria teneri, intra annum puta factum: cum interim nemo sit, eorum, qui meminerit, quibus consulibus id viderit. Sed cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent, aut audissent: et hoc infinite similiter sursum versum acciderit: tum memoria operis facti non extare» e Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluviae arcenda* l. *In summa* § *Idem Labeo*: «Idem Labeo ait, cum queritur an memoria extet ex facto opere, non diem et Consulem ad liquidum exquirendum, sed sufficere si quis sciat factum esse, hoc est si factum esse non ambigitur, nec utique necesse est superesse qui meminerint, verum esse, qui audierint eos, qui memoria tenuerint». Si trattava, in sostanza, di due testi complementari, e leggibili unitariamente, che negavano l'ammissibilità dell'*actio*, posta a tutela di un fondo che avesse ricevuto danno dalle acque convogliate da un *opus manufactum* insistente su

In considerazione dell'aleatorietà delle informazioni che un testimone *de auditu* poteva fornire, è intuibile quale importanza assumessero i requisiti che lo *ius civile* e lo *ius canonicum* pretendevano sia dalla persona che si presentava a deporre, sia quanto al contenuto della sua deposizione: essi costituiscono l'argomento fondamentale della decretale *Licet ex quadam*, promulgata in occasione del Lateranense IV, che riorganizzò la materia in modo definitivo, in concomitanza con la riduzione da sette a quattro dei gradi di parentela che proibivano il coniugio<sup>3</sup>. Il profilo dei requisiti richiesti al testimone e ai suoi *dicta* è stato, da quel momento in poi, un filone che ha grandemente impegnato la scienza canonistica, in un costante approfondimento della disciplina dettata dalla citata decretale.

Si impongono almeno due riflessioni preliminari: in primo luogo è facilmente intuibile che, in un sistema fluido e creativo come quello di diritto comune, la testimonianza *de auditu alieno* non ha tardato ad uscire dai limiti impostigli sia dal dettato del Digesto sia da quello della *Licet ex quadam*, per venir utilizzata anche in differenti contesti, fino ai processi criminali<sup>4</sup>. In secondo luogo, proprio in considerazione di tale più ampio utilizzo, rimane arduo comprendere se i requisiti posti dalla decretale fossero pensati come filtro per l'ammissibilità o come condizione di validità: studiando il funzionamento del processo nei secoli di diritto comune il discorso da fare diverrebbe esteso e, sostanzialmente, non rilevante nel presente ambito<sup>5</sup>. Tuttavia si può riflettere sul fatto che la qualità di testimone *de auditu alieno*, la cui deposizione, come ripetono spesso gli autori di diritto comune, *non valet*, poteva emergere solo dopo un attento esame: tale circostanza lascia supporre che l'assenza degli elementi dei quali la *Licet ex quadam* pretende l'accertamento invalidasse, o sminuisse considerevolmente, l'efficacia probatoria di una testimonianza già resa, ma che non impedisse l'interrogatorio del testimone.

---

un terreno limitrofo. Qualora si potesse dimostrare che del momento in cui l'*opus* era stato costruito nessuno conservava *memoria*, nè persone viventi, nè persone che fossero state udite da testimoni, veniva comprovata la *vetustas* di tale *opus* che, risultando legittimo, non avrebbe consentito di dar corso all'*actio aquae pluviae arcendae*. Per una ricostruzione più completa sia consentito il rinvio a *Sapere e credere*, I, cit., pp. 83-90.

<sup>3</sup> X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*. Tale decretale, che costituisce la *Constitutio LII - De testimonio de auditu reprobando in causa matrimonii* del IV Concilio Lateranense (*Conciliorum Oecumenicorum Decreta*, Bologna 1991 (da qui: C.O.D.), p. 259), prima di trovare definitiva collocazione nel *Liber Extra*, venne inserita da Giovanni Teutonico nella sua *Compilatio IV* (2. 7. 6, *de testibus* c. *Licet ex quadam*). La riduzione dei gradi di parentela che determinavano lincesto venne stabilita, sempre in occasione del Lateranense IV, dalla *Constitutio L - De restricta prohibitione matrimonii* del IV Concilio Lateranense (C.O.D., p. 257) che troverà collocazione prima nella *Compilatio IV* di Giovanni Teutonico (Comp. IV. 4. 3. 3, *de consanguinitate et affinitate et sobole suscepta ex secundo matrimonio* c. *Non debet*), che vede la luce nel 1216, e successivamente nel *Liber Extra* (X. 4. 14. 8, *de consanguinitate et affinitate* c. *Non debet*). Sui concili Lateranensi, e sul IV in particolare, si legga il completo e riassuntivo intervento di J. Duggan, *Conciliar Law 1123-1215. The Legislation of the Four Lateran Councils* in W. Hartmann - K. Pennington (curr.), *The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234. From Gratian to the Decretals of Pope Gregory IX*, Washington-D.C. 2008, pp. 319-366 in part. pp. 350-351.

<sup>4</sup> Per una sintetica presentazione di tale vicenda sia consentito il rinvio al mio intervento: *Necessitas ius constituit. La testimonianza de auditu alieno nelle fonti canonistiche (Sec. XII-XV)*, in O. Condorelli, F. Roumy e M. Schmoeckel (curr.), *Der Einfluss der Kanonistik auf die europäische Rechtskultur - Bd. 1: Zivil- und Zivilprozessrecht*, Köln Weimar Wien 2009, pp. 215-248.

<sup>5</sup> L'argomento delle modalità di ricezione delle deposizioni nei processi civili e penali costituisce oggetto di una trattazione apposita nel volume di prossima pubblicazione *Sapere e credere. Parte seconda. Profilo processuale della testimonianza de auditu alieno nel diritto comune* (cds).

La civilistica non ha particolarmente approfondito l'argomento dei requisiti richiesti al testimone *de auditu alieno* e ai suoi *dicta*, concentrandosi su aspetti diversi. Quanto alle caratteristiche dei testi e ai contenuti della testimonianza, i passi del *Corpus Iuris* e la riflessione dei glossatori non sono prodighi di indicazioni: il § *Idem Labeo* nulla dice sulla qualità e il numero dei testi, mentre sul contenuto della testimonianza la glossa *memoria* si rifà al testo per dire che non è necessario che il teste riferisca l'anno e il giorno precisi in cui l'*opus* era stata edificato<sup>6</sup>, ma verrà interrogato, qualora desti sospetti, secondo le regole stabilite dal primo § della l. *Testium fides*<sup>7</sup>. Per quanto riguarda la l. *Si arbiter*, il discorso da fare è parzialmente diverso, in quanto al contrario del § *Idem Labeo*, fornisce indicazione sul numero dei testimoni e delle loro fonti<sup>8</sup>. La questione viene affrontata dal frammento nella seconda parte, là dove richiede la *opinio omnium*, ma Accursio la tratta preliminarmente, nella glossa *si arbiter*, introduttiva a tutto il brano ed esplicativa del suo contenuto. Non è necessario addentrarsi nel complesso percorso di tutta la glossa: basti dire che nel trattare l'argomento Accursio si serve anche della *lectio* di Azzone che si era occupato dell'argomento in due glosse<sup>9</sup>.

A proposito di Azzone va fatta una premessa: la sua *opinio* a proposito della testimonianza *de auditu alieno* deve essere letta integrando l'apparato al *Vetus* con il testo a stampa della *lectura* al Codice. In essa non si trova un riferimento specifico alla materia della testimonianza indiretta, bensì alla testimonianza *de auditu* diretta, che Azzone ritiene pacificamente utile nella prova dei contratti e delle obbligazioni<sup>10</sup>. Nella prima glossa posta a commento della l. *Si arbiter* egli dunque non si stupisce della possibilità di utilizzare la testimonianza *de auditu alieno*, in quanto quella *de auditu proprio* può venir utilizzata nelle fattispecie negoziali di qualsiasi natura e nelle obbligazioni, ma si limita a rilevare il fatto che quella prevista dalla l. *Si arbiter* è *speciale*. Il problema costituito dal fatto che la testimonianza *de auditu alieno* sia una prova indiretta non sembra turbare Azzone,

<sup>6</sup> Accursio, *Glossa Magna*, gl. *memoria*, Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. In *summa* § *Idem Labeo*: «a quo tempore opus fit factum, item nota ex hoc §. quod testes non tenentur dicere Consulem, et diem: licet quinque interrogentur, cum habentur suspecti, ut supra de testibus l. 3 .§. 1 (Dig. 22. 5. 3. 1) secus in instrumentis ...». L'edizione consultata è: *Digestum Vetus seu pandectarum Iuris Civilis Tomus Primus, cum lectionum Florentinarum Varietatibus, diligentius quam antea in margine appositis, post sane Commentarios*, Venetiis 1591.

<sup>7</sup> Dig. 22. 5. 3. 1, *de testibus* l. *Testium fides* § 1: «Testium fides diligenter examinanda est. Ideoque in persona eorum exploranda erunt in primis condicio cuiusque, utrum quis decurio an plebeus sit: et an honestae et inculpatae vitae an vero notatus quis et reprehensibilis: an locuples vel egens sit, ut lucri causa quid facile admittat: vel an inimicus ei sit, adversus quem testimonium fert, vel amicus ei sit, pro quo testimonium dat. Nam si careat suspicione testimonium vel propter personam a qua fertur (quod honesta sit) vel propter causam (quod neque lucri neque gratiae neque inimicitiae causa fit) admittendus est».

<sup>8</sup> Il passo della l. *Si arbiter* (cfr. *supra*, nt. 2) che qui interessa è il seguente: «Sed cum omnium haec est opinio, nec audisse, nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent, aut audissent: et hoc infinite similiter sursum versum acciderit: tum memoria operis facti non extare».

<sup>9</sup> I manoscritti consultati (in microfilm) sono: *Biblioteca Vaticana*, ms. vat. lat. 1408 e ms. vat. lat. 2512; *Staatsbibliothek Bamberg*, ms. Jur. 11. V. G. Dolezalek, *Verzeichnis der Handschriften zum römischen Recht bis 1600*, III, Frankfurt am Main 1972, Auctores, sub voce 'Azo'.

<sup>10</sup> *Azonis ad singulas leges XII librorum codicis iustiniani commentarius et magnus apparatus nunquam antea in lucem editus*, Parisiis 1577 -Torino 1966, L. IV, *de testibus* l. *Testium*, f. 291: «sub praesentia. Et ita creditur eis de visu, de auditu tamen non nisi in contractibus et obligationibus». Che qui Azzone intenda parlare di testimoni *de auditu* diretti utili per la prova di contratti è reso ancor più chiaro dalla glossa di Ugolino de' Presbiteri richiamata da Accursio e riportata *infra*, nt. 13. Sul punto della distinzione fra le figure del testimone *de auditu* diretto e indiretto sia consentito il rinvio a *Sapere e credere*, I, cit., p. 54.

che non vede differenze sostanziali fra colui che ha udito chi stipulava e il teste che riferisca il racconto di chi ha udito:

“Non mirum si fertur testimonium de auditu quia et hoc est in quibuslibet obligationibus et contractibus. sed hoc est speciale quia fertur de auditu alieno vel visu testimonium. aq.”<sup>11</sup>

In una glossa immediatamente successiva, Azzone si pone un problema differente, quello della fonte dei due testimoni indiretti: basterà che essi citino un solo teste *de visu*? Apparentemente no, in quanto un'unica fonte diretta non può bastare. Ma *contra dici potest*, prosegue il glossatore, che tale ultima osservazione non è rilevante, infatti benchè nessuno sia testimone sufficiente nelle cose che lo riguardano, tuttavia due testimoni che lo hanno sentito stringere un accordo basteranno per provarlo. Perciò un simile ragionamento, utilizzato *contra* l'insufficienza dell'unica fonte, serve ad Azzone per argomentare che due fonti non siano necessarie. Non servono infatti qualora i testimoni abbiano udito *ipsum stipulare*:

“Sed quaeritur, an duo testes sufficerent qui dicerent se vidisse illum qui vidit. videtur quod non, quia ille quem isti viderunt non sufficeret, ergo nec isti. et contra dici potest, quid ad rem, nam nec alicui (*sic*) se sufficeret pro se<sup>a</sup>. sufficiunt tamen duo testes qui audierunt (*sic*) ipsum stipulare. aq.”<sup>12</sup>

Accursio ripercorre il ragionamento del maestro in una glossa unica, e tratta così in modo organico i due problemi del numero delle fonti e della specialità dell'istituto:

“Sed ... quaero an duo testes sufficerent, qui dicerent se vidisse, vel audivisse illum, qui vidit? Videtur, quod non: quia ille, quem isti viderunt, non sufficeret, quia solus: ergo nec isti. Sed contra dici potest, quid enim ad rem? Nam nec aliquis sibi sufficeret per se. Sufficiunt tamen duo testes, qui audierunt ipsum stipulari, secundum Azonem. Item not. hac l. speciale in actione aquae pluviae arcendae ut testimonia de auditu recipiantur, sed certe imo non videtur speciale, nam in quibuslibet obligationibus, et contractibus hoc evenit, sed hic fertur de auditu alieno, et sic de auditu auditus, quare est speciale, alias non, sicut C. de testim. l. testium (C. 4. 20. 18(17))”<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Azzone, *App.* al *Digestum Vetus*, gl. (senza segno di richiamo in ms. vat. lat. 2512, con segno di richiamo senza corrispondenza nel testo in ms. vat. lat. 1408, f. 251rb, con segno di richiamo in ms. Jur. 11, f. 264rb), Dig. 22. 3. 28, *de probationibus* l. *Si arbiter*, ms. vat. lat. 2512, f. 209va.

<sup>12</sup> Azzone, *App.* al *Digestum Vetus*, gl. *an aliquis meminerit*, Dig. 22. 3. 28, *de probationibus* l. *Si arbiter*, ms. vat. lat. 1408, f. 251rb e ms. Jur. 11, f. 264rb. ms. vat. lat. 2512, f. 209va: «nam nec alicui pro se sufficeret».

<sup>13</sup> Accursio, *Glossa Magna*, gl. *si arbiter*, Dig. 22. 3. 28, *de probationibus* l. *Si arbiter*. Simile l'impostazione nella glossa al Digesto nuovo (*Digestum Novum seu Pandectarum Iuris Civilis, Tomus Tertius, cum lectionum florentinarum verietatibus, diligentius quam antea in margine appositis, ac post Accursii Commentarios*, Venetiis 1592): Accursio, *Glossa Magna*, gl. *audierint*, Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. *In summa* § *Idem Labeo*: «Sic ergo dixerunt quidam hoc esse speciale, ut recipiatur testimonium de auditu, quod non placet: imo de ubilibet recipitur, quid enim si paries, vel cortina media est inter testes, et contrahentes, vel testatorem? Sed in hoc est speciale. Quod de auditu auditus, sive de auditu alieno recipitur. Hugolinus. Alias regulariter contra ut C. de testibus l. testium (C. 4. 20. 18(17)) et in Authentica de haeredibus et Falcidia § *Hinc nobis* (Nov. 1. 2)». Si legga infatti Ugolino de' Presbiteri, *App.* al *Digestum Novum*, gl. *audierint*, Dig. 39. 3. 2. 8, *de aqua pluvia arcenda* l. *In summa* § *Idem Labeo*, Paris - Bibliothèque Nationale, ms. Lat. 4455, f. 9va: «sic ergo dixerunt quidam quod sit hic speciale et in causa matrimoniale ut recipiatur testimonium de auditu cum alias (*sic*) generaliter obtinent contra scilicet quia debet dicere se interfuisse se vidisse ut infra aut. de haeredibus et falcidia § *hinc* (Nov. 1. 2) et C. de testibus l. testium (C. 4. 20. 18(17)), certe non est hic speciale immo debet dicere quod audierit eos et caetera idest audiverit et viderit eos qui audiverunt eum post factum fuit opus sic ergo ferunt testimonium de auditu alterius non de suo illud autem satis concedo quod de auditu suo quis generaliter potest ferre testimonium et est recipiendum quid enim si paries sit medius

Perciò i testimoni indiretti dovranno essere due e sarà sufficiente che essi riportino quanto detto da uno solo per costituire piena prova, in un campo però assai ristretto, cioè quello specificamente previsto dal Digesto, perché l'istituto ha caratteristiche di specialità.

Per quanto riguarda l'ambito del diritto canonico, la decretale *Licet ex quadam*<sup>14</sup> stabilisce la possibilità di utilizzo della testimonianza *de auditu* con una tecnica legislativa che rende manifesto il sospetto del legislatore canonistico nei confronti di tale mezzo di prova: il pontefice infatti ne proibisce l'uso (*Statuimus ne super hoc recipiantur de caetero testes de auditu ...*) tranne che in presenza di determinate circostanze (*Nisi forte personae graves extiterint quibus fides sit merito adhibenda ...*).

La testimonianza *de auditu* viene quindi proibita, salvo che concorrano una serie di circostanze che la rendono mezzo di conoscenza potenzialmente sicuro e credibile.

La prima di tali circostanze è la qualità del teste, che, esplica la glossa *personae* dell'apparato ordinario, deve essere persona degna di fede non per la *dignitas* che eventualmente ricopra ma per la buona reputazione di cui goda, e per l'età veneranda<sup>15</sup>.

---

inter eum et contrahentes quos bene audit et voces eorum cognoscit testis ... ». Il problema viene ripreso da Accursio nella glossa *infinite*. Accursio, *Glossa Magna*, gl. *infinite*, Dig. 22. 3. 28, *de probationibus* l. *Si arbiter*. «Supra tantum duas personas numeravit, hic ultra procedit». Accursio si riferisce qui all'*opinio* di Azzone che afferma la sufficienza di due testimoni che riferiscano quanto visto da uno solo, mentre nel testo giustiniano non si fa cenno al numero dei testi e delle loro fonti, se non laddove la l. *Si arbiter* fa riferimento all'*opinio omnium*.

<sup>14</sup> Il testo della decretale X. 2. 20. 47 così recita: «Licet ex quadam necessitate praeter communem formam olim fuerit institutum in consanguineitatis et affinitatis gradibus computandis valere testimonium de auditu, cum propter brevem hominum vitam testes de visu deponere non valerent, usque ad gradum septimum computando, quia tamen pluribus exemplis et certis experimentis didicimus, ex hoc multa pericula contra legitima provenisse coniugia. Statuimus ne super hoc recipiantur de caetero testes de auditu, cum iam quartum gradum prohibitio non excedat. Nisi forte personae graves extiterint quibus fides fit merito adhibenda et ante litem motam testificata didicerint ab antiquioribus quidem suis, non utique ab uno, cum non sufficeret ille si viveret, sed duobus ad minus: nec ab infamibus et suspectis, sed a fide dignis, et omni exceptione maioribus: cum satis videretur absurdum illos admitti, quorum repellentur auctores. Nec tamen si unus a pluribus, vel infames ab hominibus bonae famae acceperint quod testantur, tamquam plures et idonei testes debent admitti, cum secundum ordinem solitum iudiciorum non sufficiat unius testis assertio, etiam si praesidiali refulgeat dignitate, et actus legitimi sint infamibus interdicti.

Testes autem huiusmodi proprio iuramento firmantes quod ad ferendum testimonium in causa ipsa odio amore timore vel commodo non procedant, personas expressis nominibus vel demonstratione vel circumlocutione sufficienti designent et ab utroque latere singulos gradus clara computatione distinguant: et in suo nihilominus iuramento concludant se accepisse a suis maioribus quod deponunt et credere ita esse. Sed nec tales sufficiant nisi iurati deponant se vidisse personas vel saltem in uno praedictorum graduum constitutas pro consanguineis se habere. Tolerabilius est enim aliquos contra statuta hominum dimittere copulatos, quam coniunctos legitime contra statuta Domini separare».

<sup>15</sup> Bernardo da Parma, Glossa ordinaria alle *Decretales*, gl. *personae*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: «non intelligas graves appellari illos qui in dignitate sunt constituti. quia aliud est dignitas, quam gravitas, ut 4. q. 3 placuit. §. item in criminali versiculo. in secunda lege (C. 4 q. 2 e 3 c. 2 § 2) sed graves dicuntur hic qui non sunt leves: puta homo bonae famae et opinionis, et antiquus homo sicut benemeritus dicitur qui nondum demeruit ... ». (L'edizione consultata è: *Decretales D. Gregorii papae IX, suae integritati una cum glossis restitutae*, Venetiis 1591). La richiesta che i testimoni siano *personae graves quibus fides fit merito adhibenda* va vista in collegamento con la successiva per la quale essi devono aver udito *nec ab infamibus et suspectis, sed a fide dignis, et omni exceptione maioribus*: sull'*infamia* quale motivo di esclusione dalla capacità testimoniale in giudizio F. Migliorino, *Fama e infamia. Problemi della società medievale nel pensiero giuridico nei secoli XII e XIII*, Catania 1985, pp. 141-146 e pp. 172-177, nonché, citato ivi, P. Landau, *Dien Entstehung des Kanonischen Infamiebegriffs von Gratian bis zur Glossa Ordinaria*, Köln Graz 1966, pp. 17-26. Più

La medesima glossa continua richiamando la disciplina dettata dal canone *Consanguineos*, là dove invitava a non tacere nulla di quanto si poteva aver udito da anziani parenti, perché *senibus in dubiis et antiquis factis maior fides adhibetur*<sup>16</sup>.

Può risultare interessante il confronto con gli apparati di glosse posti a commento delle decretali del IV Concilio Lateranense, segnatamente quelli di Giovanni Teutonico e Vincenzo Ispano<sup>17</sup>: il primo autore della Glossa ordinaria al *Decretum* e della *Compilatio IV*, il secondo, in particolare, maestro di Bernardo da Parma<sup>18</sup>.

Su questo punto la glossa di Giovanni Teutonico mostra che Bernardo da Parma ne ha ripreso piuttosto fedelmente la lezione<sup>19</sup>, mentre sensibilmente diversa è l'impostazione che della materia propone il suo maestro, Vincenzo Ispano, che sottolinea come la selezione dei testimoni in questa materia avvenga privilegiando dei criteri che non sono quelli normalmente seguiti:

“*nisi personae graves extiterint*: vel egregie, quia mittitur ad illas pro iuramento recipiendo, ff. de iureiur. Ad personas (Dig. 12. 2. 5). Tamen ideo dicit ‘graves’, quia penes graviores solent deponi hereditaria instrumenta, et ita deferendum est eis cum amplius sciant facta suorum propinquorum, ff. de fide instrum. l. ult. (Dig. 22. 4. 6), et senibus idem honor debetur qui et magistratibus, ff. de iure immunit. Semper (Dig. 50. 6. 6). Creditur ergo de auditu gravibus, et est speciale in matrimonio. Item est aliud speciale quod non servatur ordo iudiciarius usquequaque, extra iii. ut lite non contest. Ad hoc Deus (X. 2. 6. 1)”<sup>20</sup>

recentemente Y. Mausen, *Veritatis adiutor. La procédure du témoignage dans le droit savant et la pratique française (XIIe-XIVe siècles)*, Milano 2006, sull'*infamia* quale causa di inammissibilità del testimone pp. 482-510. Variegata le prospettive proposte dai saggi contenuti in T. Fenster – D. Lord Smail (curr.), Fama. *The Politics of Talk and Reputation in Medieval Europe*, Ithaca and London 2003.

<sup>16</sup> Bernardo da Parma, Glossa ordinaria alle *Decretales*, gl. *personae*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*: «... vel seniores hic appellantur graves, ad quos recurritur deficientibus testibus de parentela. 35. q. 6. cap. (*sic*) 1 (C. 35 q. 6 c. 1) et senibus in dubiis et antiquis factis maior fides adhibetur. ff. de fide instrumentorum l. ultima (Dig. 22. 4. 6, *de fide instrumentorum l. Si de tabulis*: “Si de tabulis deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oporteat: semper seniore iuniori ... praeferemus”). C. 35 q. 6 c. 1 (*Consanguineos*): «Consanguineos extraneorum nullus accuset, vel consanguineitatem in sinodo computet; sed propinqui, ad quorum noticiam pertinet, id est pater e mater, soror, frater, patruus, auunculus, amita, matertera, et eorum procreatio. Si autem progenies tota defecerit, ab antiquioribus et varacioribus, quibus eadem propinquitas nota sit, episcopus canonicè perquirat, et, si inventa fuerit propinquitas, separentur». Sul ruolo degli anziani parenti si veda anche C. 35 q. 6 c. 5 (*De parentela*): «De parentela illa, quam dicunt esse inter illum N. et istam eius coniugem N. quidquid inde scis, et audisti a tuis vicinis, aut a tuis propinquis antiquioribus, quod tu per nullum ingenium, nec propter timorem, nec propter amorem, aut per praemium, aut per consanguineitatem celabis episcopum tuum, aut eius missum, cui hoc inquirere iusserit; quandocumque te ex hoc interrogaverit. Sic te Deus adiuvet, et istae sanctorum reliquiae». Il ruolo di questo ultimo canone nella vicenda della testimonianza *de auditu alieno* è assolutamente fondamentale per il periodo precedente al Lateranense IV: si rinvia a *Sapere e credere*, I, cit., pp. 54-65.

<sup>17</sup> Entrambi gli apparati sono editi in A. García y García (cur.), *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis una cum commentariis glossatorum*, Città del Vaticano 1981. Si legga Id., *The Fourth Lateran Council and the Canonist in The History of Medieval Canon Law in the Classical Period, 1140-1234*, cit., pp. 367-378.

<sup>18</sup> V. E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, Roma 1995, II, nota 113 p. 235.

<sup>19</sup> Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, pp. 259-260: «*nisi persone graves extiterint*: Non intelligas graves appellari illos qui in dignitate sunt constituti, cum aliud sit dignitas quam gravitas, ut iii. q. iii. § Item in criminali in secunda lege (C. 4 q. 2 e 3 c. 2 § 2). Set graves dicuntur qui non sunt leves, sicut dicitur meritus qui non demeruit ut ff. de leg. ii Cum pater § Rogo (Dig. 31. 77. 25), extra iii. de scrutin. c. i (X. 1. 12. 1). Vel graves hic appellantur seniores, ad quos tamen ultimo recurritur deficiente parentela, ut xxxv. q. vi. c. i. (C. 35 q. 6 c. 1). Et senibus in dubio maior fides adhibetur, ut ff. de fide instrum. l. ult. (Dig. 22. 4. 6)».

<sup>20</sup> Vincenzo Ispano, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 363.

La trattazione prosegue con un vasto numero di esempi nei quali *non servatur ordo iudiciarius*. L'attenzione di Vincenzo Ispano sembra quindi concentrarsi sulla specialità delle forme del giudizio nel quale è accoglibile la prova per testimonianza *de auditu*: fornendo un elenco dei numerosi casi nei quali si verificano deroghe rispetto al normale scorrere delle fasi dell'*ordo*, l'Ispano sembra voler riassorbire il nostro strumento di prova nelle consuete vicende processuali.

Il teste dunque, così qualificato come affidabile, deve poi affermare che quanto riferisce è stato da lui udito prima dell'inizio della causa (*ante litem motam*)<sup>21</sup>, che l'ha udito da suoi parenti (*ab antiquioribus quidem suis*)<sup>22</sup> e non da uno solo, ma da due almeno (*non utique ab uno, cum non sufficeret ille si viveret: sed duobus ad minus*)<sup>23</sup>: evidente è la discrepanza con la disciplina prevista da Azzone e Accursio, che sostengono la sufficienza della fonte singola.

L'argomento delle fonti dei testimoni indiretti fu evidentemente affrontato: troviamo traccia del percorso seguito dalla canonistica sia nell'opera di Giovanni Teutonico, sia nella glossa in cui Bernardo da Parma ricostruisce la *quaestio*, mentre il suo maestro Vincenzo Ispano risolve la cosa assai sinteticamente<sup>24</sup>.

Il problema di quante dovessero essere le fonti dei due testimoni *de auditu* si era quindi posto assai precocemente ai canonisti, nè aveva destato eccessive preoccupazioni, tanto che Giovanni Teutonico lo risolve assai pianamente:

“*non utique uno: quia si mille ab uno audivissent, omnes pro uno reputarentur, ut i. q. i Cito (C. 1 q. 1 c. 16) et ff. de condic. et demonstr. Cui fundus (Dig. 35. 1. 56). Set quid si isti duo audiverint a pluribus et illi plures audiverunt ab uno? Nec tunc valet*”<sup>25</sup>

Ma la soluzione è solo apparentemente semplice, perché verificare se la fonte originaria dell'informazione riferita rispetti i canoni della prova legale può diventare nei fatti assai complesso per il giudice, costretto a risalire all'origine delle notizie riportate dai

<sup>21</sup> Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 260: «*et ante motam litem testificata didicerint: Querit enim debet quando et a quo didicerint, ut extra i. de consang. et affin. Ex litteris (X. 4. 14. 1)*».

Vincenzo Ispano, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52 p. 365: «*ante motam litem: quia post non valeret, extra i. de consang. Ex litteris. <Et nota quod mota lite in petitione hereditatis, efficitur quis male fidei possessor, non potest aliquid alienare, nisi sint res periture, ut fructus et consimilia, ff. de petit. hered. Divus (Dig. 5. 3. 5). Secus in rei vendicatione, quia non fit male fidei possessor quominus possit alienare nisi libellus offeratur. vinc.>*». (Le frasi fra parentesi acuta mancano in uno dei manoscritti utilizzati da García y García per l'edizione critica, il London, Lambeth Palace, MS 139, che contiene la prima redazione dell'apparato: v. *Constitutiones Concilii quarti Lateranensis*, p. 276, p. 282, p. 284 e p. 286).

Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *motam*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: “*secus si esset post motam: tunc enim non admitterentur*”.

<sup>22</sup> Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 260: “*ab antiquioribus quidam suis: Sic patet quod nec hodie recipitur de auditu testimonio, nisi a senioribus audierit, et forte non ab extraneis set a suis*”. Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *suis*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: “*qui etiam aliis praeferuntur in consanguinitate computanda: quia ipsi melius sciunt suam genealogiam. ... et non ab extraneis sciunt: quia illi non sciunt ita*”.

<sup>23</sup> Si tratta di un requisito che, come i due precedenti, è esplicitamente richiesto dalla decretale: si legga *supra*, nt. 14.

<sup>24</sup> Vincenzo Ispano, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 365: “*non utique ab uno: Quid si duo testes sunt et unus audivit ab uno, alius ab alio? Non valet <ut hic. Quid si ambo ab uno tantum? Iterum non valet.>*”.

<sup>25</sup> Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 260.

testimoni *de auditu*<sup>26</sup>. Per rendere più sicuro il terreno su cui si muove l'indagine del giudice, il canonista discrimina fra fonti familiari ed estranee alla famiglia: nel primo caso l'indagine può arrestarsi, nel secondo *locum haberet obiectio*<sup>27</sup>.

La soluzione proposta da Giovanni Teutonico è, in pratica, la medesima che, espressa con maggiore scioltezza, possiamo leggere nella glossa dell'apparato ordinario di Bernardo da Parma posta ad esplicazione delle parole *ab uno*:

“Et secundum hoc iudex ascenderet in infinitum. Haec quaestio non procederet: sufficit ergo quod audiverint a senioribus suis de illa consanguineitate: et si vellent testificari de eo quod audiverunt a quibuscunque aliis, locum haberet obiectio”<sup>28</sup>

La risposta *et secundum hoc iudex ascenderet in infinitum* è di una concretezza e sinteticità straordinarie: possiamo perciò concludere che al giudice non fosse richiesto in ogni caso di indagare in maniera puntuale e approfondita sulle fonti dei testimoni indiretti, ma solo nel caso queste non fossero costituite da loro parenti, e ove venisse verificato che esse *audivissent ab uno*, e il *principium* della testimonianza risultasse così singolare e non più rispondente ai canoni del sistema di prova legale, la prova diveniva inammissibile, o invalida<sup>29</sup>.

La distinzione, che risolve con un preciso aggancio testuale, cioè il richiamo alla qualità di parenti delle fonti, una *quaestio* di non secondo momento per chi, come il legista medievale, operava in un contesto regolato dal sistema delle prove legali, inserisce però, quasi inavvertitamente, uno strappo profondo nella disciplina stabilita dal testo della *Licet ex quadam*, perché prevede espressamente la possibilità, nient'affatto contemplata dai padri conciliari, che il teste *de auditu* portasse come fonti persone, i *quicumque alii (et si vellent testificari de eo quod audiverunt a quibuscunque aliis)*<sup>30</sup>, che non rientravano nella categoria degli *antiquiores sui*<sup>31</sup>.

<sup>26</sup> *Ibidem*: «Secundum hoc videtur quod iudex ascendet in questionibus talibus usque ad primum principium, quia licet primi audivissent a pluribus et illi similiter audivissent a pluribus, potest tamen esse quod illi tertii audiverint ab uno, et sic omnium testimonium non valeret».

<sup>27</sup> *Ibidem*: «Set hec questio non procedit ex eo quod dixi, quod tantum a senioribus suis debent testes didicisse. Set si vellet testificari de eo quod audivit a quibusdam aliis, locum haberet obiectio. Item et si centum essent testes, et quilibet audiverit ab alio quam alter, non valet testimonium nisi ad minus quilibet a duobus audiverit, ut hic dicitur».

<sup>28</sup> La glossa riportata nel testo inizia così: Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *ab uno*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: «quia ille non sufficeret: et omnes illi qui causam habent ab uno, pro uno solo reputantur. arg. i q. i cito (C. 1 q. 1 c. 16) ff. de condi. et demon. cui fundus. in fin. (Dig. 35. 1. 56). Sed a duobus ad minus debent audivisse: sed quid si illi duo audivissent ab uno? Non videtur quod valeat?».

<sup>29</sup> Sul tema dell'*unus testis* si leggano A. Padoa Schioppa, *Unus testis, nullus testis: note sulla scomparsa di una regola processuale*, in *Studi Giuridici - Studia Ghisleriana*, (1967), pp. 334-357, ora riedito in Id., *Italia es Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 460-484; A. Gouron, *Testis unus, testis nullus dans la doctrine juridique de XIIe siècle in Juristes et droits savants: Bologne et la France médiévale*, Aldershot 2000, IX. Ha affrontato l'argomento anche Mausen, *Veritatis adiutor*, cit., pp. 681-697. Legge il tema in una luce particolare F. Treggiari, *La fides dell'unico teste* in P. Prodi (cur.), *La fiducia secondo i linguaggi del potere*, Bologna 2007, pp. 53-72.

<sup>30</sup> Si veda *supra*, testo corrispondente alla nota 28.

<sup>31</sup> La glossa continua in questo modo: Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *ab uno*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: «Item et si plures essent testes, et quilibet eorum audivisset ab alio quam alter, non valebit testimonium, nisi quilibet illorum audivisset a pluribus, a duobus ad minus, vel nisi omnes ipsi coniunctim audivissent a duobus. et ita est argu. Quod illa non debet admitti,



La decretale prosegue sancendo la necessità che tali fonti, oltre ad essere plurime, non siano degli infami e non diano adito ad alcun sospetto perché sarebbe assurdo pretendere la qualità della buona fama dai testimoni e non da coloro dai quali ha origine la loro *scientia*.

La decretale ordina poi che i testi giurino di non essere mossi nell'offrire la propria testimonianza da motivi di odio o amore o timore o interesse (*Testes ... proprio iuramento firmantes quod ad ferendum testimonium in causa ipsa odio amore timore vel commodo non procedant*); devono poi indicare con precisione le persone cui si riferiscono, il cui legame matrimoniale è oggetto di causa, specificandone l'identità in modo diretto o dimostrando l'individuazione in modo certo (*personas expressis nominibus vel demonstratione vel circumlocutione sufficienti designent*); devono poi chiaramente indicare i gradi di parentela che intendono dimostrare da entrambi i lati (*et ab utroque latere singulos gradus clara computatione distinguant*).

La lettura di Bernardo da Parma rispetta apertamente l'*opinio* del Teutonico a proposito del contenuto della deposizione: entrambi ritengono che non sia necessario computare dal capostipite, ma sia sufficiente partire dai fratelli germani. Entrambi ritengono, e Bernardo utilizza i medesimi esempi di Giovanni, che sia sufficiente provare, per esempio, che Martino è figlio di Giovanni, per ritenere che sia provato che Giovanni è il padre di Martino, così come è sufficiente provare che sia Martino che Berta sono figli di Giovanni, per ritenere che sia provato che essi sono fratelli<sup>32</sup>. Conclude quindi l'autore dell'apparato ordinario alle Decretali che non sempre viene richiesto che i testimoni conoscano il legame di consanguineità *ab utroque latere*<sup>33</sup>.

I testimoni *de auditu* devono infine giurare di aver udito ciò che riferiscono da propri parenti anziani e di credervi (*et in suo nihilominus iuramento concludant se accepisse a suis maioribus quod deponunt et credere ita esse*)<sup>34</sup>.

Ma non basta: tutte le sopraelencate circostanze saranno, benché compresenti, insufficienti a rendere probante la testimonianza *de auditu* nel campo degli impedimenti al coniugio, se i testimoni non deporranno di aver visto le persone che sono oggetto della deposizione comportarsi fra loro come parenti (*nisi iurati deponant se vidisse personas, vel saltem in uno praedictorum graduum constitutas pro consanguineis se habere*). Risulta evidente il tentativo di creare un aggancio con la percezione sensoriale per conferire maggior solidità alla fragile consistenza delle deposizioni *de relato*.

Su quest'ultimo punto nè Giovanni Teutonico, nè Bernardo da Parma hanno commenti da aggiungere<sup>35</sup>, mentre Vincenzo Ispano propone un opportuno collegamento

---

cuius auctor repellitur: sicut scripta illa non debent recipi cuius auctor reprobatur ... »: su questo passo di Bernardo da Parma si legga *infra*, note 39 e 40 e testo corrispondente.

<sup>32</sup> Non giova qui riportare l'andamento, perfettamente parallelo, delle due glosse: cfr. Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *gradus*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam* e Giovanni Teutonico, Apparato al IV Concilio Lateranense, n. 52, p. 261: *ab utroque latere singulos gradus clara computatione distinguant*.

<sup>33</sup> Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *gradus*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*: «ita non semper requiritur, quod testes ab utroque latere notam habeant consanguineitatem». Cfr. Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 261: «Et ita non semper requiritur quod testes ab utroque latere notam habeant consanguineitatem».

<sup>34</sup> Per il testo della decretale *Licet ex quadam*, vd. *supra*, nt. 14.

<sup>35</sup> Se si eccettua identica in entrambi gli apparati: cfr. Giovanni Teutonico, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 261: *saltem in uno predictorum graduum constitutas*: «Sive propinquo sive remoto» e Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Decretales*, gl. *uno*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*.

con la disciplina data dal *Decretum* alla fattispecie del matrimonio incestuoso e con la prova fornita dal comportamento pubblico del *filius familias* che si ritiene il *pater familias* e si comporta pubblicamente come tale<sup>36</sup>.

Va infine sottolineato che la quantità di cautele di cui il legislatore papale circonda questa fonte di prova viene giustificata da una *ratio* fondamentale, cioè il *favor matrimonii*, che costituirà una costante dell'interpretazione canonistica di questo passo (*Tolerabilis est enim aliquos contra statuta hominum dimittere copulatos, quam coniunctos legitime contra statuta Domini separare*).

Dopo il consolidarsi degli apparati di Giovanni Teutonico e Bartolomeo da Brescia al *Decretum* e di Bernardo da Parma alle decretali gregoriane lo sviluppo della dottrina canonistica sulla testimonianza *de auditu alieno* conosce un andamento piuttosto lineare, attraverso le *lecturae* alla decretale *Licet ex quadam* ormai stabilmente inserita nel fondamentale *Liber Extra*: sarà perciò seguendo questa traccia che si tenterà di illustrare il contributo assai consistente che la canonistica ha offerto alla sistemazione dei requisiti necessari alla validità di questa testimonianza nell'epoca del diritto comune.

Il sintetico commento che Sinibaldo de' Fieschi riserva alla nostra *sedes materiae* contiene una notazione sul numero delle fonti che il teste deve portare perché la sua testimonianza sia ammissibile. Dice testualmente Innocenzo:

“non est necesse, quod quilibet a duobus audiverit, sed necesse est, quod plures sint principium huius auditionis ... tutius credimus dicendum, quod quilibet testis ab eisdem duobus, et eodem tempore audire debet, alias in suis dictis erunt singulares ... ”<sup>37</sup>

Su questo passo di Innocenzo il dibattito sarà vivo per almeno tre secoli, tanto che se ne trova una traccia consistente in Farinaccio<sup>38</sup>. In pratica Sinibaldo de' Fieschi si pone un problema che gli autori precedenti avevano, almeno all'apparenza, trascurato: se i testi *de auditu* devono essere due, e due devono essere le fonti di ciascun testimone, queste devono coincidere per entrambi i testi *de auditu* oppure ogni teste può citarne due diverse?<sup>39</sup>

Secondo Innocenzo è più sicuro che ciascuno dei due testi *de auditu* riporti le parole delle medesime fonti udite nella medesima circostanza (*quilibet testis ab eisdem duobus, et*

<sup>36</sup> Vincenzo Ispano, *Apparato al IV Concilio Lateranense*, n. 52, p. 367: «se vidisse personam saltem in uno predictorum graduum constitutas: <Hoc adicitur ut ex necessitate testes viderint aliquos de parentela ista qui gessissent se pro consanguineis et ita se recognovissent. Et> fuit hoc tractatum a canone xxxv. q. vi. Si duo (C. 35 q. 6 c. 4). <Gestio enim communis multum probat ut in filio qui se gerebat pro patre familias ff. ad Maced. l. iii (Dig. 14. 6. 3) ... >».

<sup>37</sup> Innocenzo IV, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*. L'edizione consultata è Francofurti ad Moenum 1570 – Frankfurt am Main 1968.

<sup>38</sup> L'edizione consultata è: *Prosperi Farinacii Iurisconsulti Romani, Praxis, et Theoricae Criminalis, Liber II, Tit. VII, Quaestio LXIX*, Lugduni 1613, nn. 89-90: si legga *infra*, nota 40.

<sup>39</sup> La domanda che si erano posti i canonisti in precedenza (si veda per esempio, Vincenzo Ispano, *supra*, nt. 24 e Bernardo da Parma, *supra*, nt. 31) verteva intorno all'ipotesi che ognuno dei due testimoni avesse sentito da una fonte soltanto, diversa per entrambi, ed essi avevano dato risposta negativa rispetto alla validità della testimonianza in tale caso. Conseguentemente, se una fonte per ciascun testimone non basta, il quesito che si pone Innocenzo è se, posto che ognuno dei due testimoni deve aver udito da plurimi *principia auditionis*, essi debbano essere quattro o i medesimi due per entrambi. Come noterà Farinaccio (v. *infra*, nota 40) Bernardo da Parma non aveva ritenuto che tra le due ipotesi una fosse preferibile all'altra: si legga *supra*, nt. 31.

*eodem tempore audire debet*), in tal modo la testimonianza sarà piena secondo le regole del sistema di prova legale (*alias in suis dictis erunt singulares*); mentre non è necessario, come potrebbe sembrare, che ciascuno abbia udito da due e che le fonti siano con ciò quattro, perché quello che necessita è che vi siano almeno due *principia auditionis* (come dal brano riportato *supra*: *sed necesse est, quod plures sint principium huius auditionis*), confermate da due ascoltatori, che sostanzino una testimonianza<sup>40</sup>.

Attenzione merita anche la parte di commento sopra non riportata:

“... auditionis, et est secundum hoc argumentum quod si volo probare iurisdictionem de usu vel servitute aliqua, et unus dicat de uno, alius de alio actu, quod probatur, tutius...”<sup>41</sup>

La comprensione di questo brano, secondo l’interpretazione sopra esposta, non è necessaria per chiarire il pensiero di Innocenzo, ma non si può comunque evitare di tentarne una spiegazione. Un primo problema è posto dal termine *iurisdictionis*: a quale *iurisdictionis* può riferirsi l’Autore? E in che modo può intendersi soprattutto se posta in correlazione con usi e servitù? La sinteticità del testo costringe a elaborare supposizioni.

A proposito del problema dell’identità delle fonti dei testimoni Innocenzo cita, a mo’ di conclusione, il proprio commento ad un’altra decretale, la *Qualiter et quando*<sup>42</sup>: nel

<sup>40</sup> L’interpretazione per la quale le fonti dei due testimoni *de auditu alieno* potrebbero essere due coppie diverse per ciascun teste, e cioè almeno quattro, e non la medesima coppia per entrambi i testi, risulta quale possibile conseguenza dalla necessità che ogni testimone abbia udito da fonti plurime e, oltre a venir considerata da Bernardo da Parma (v. nota 31) verrà formulata in maniera esplicita due secoli più tardi dall’Abate Panormitano, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 9: «Credit tamen Innocentius tutius dicendum quod quilibet testis ab eisdem testibus eodem tempore audire debet: alias in suis dictis erunt singulares ... Hostiensis simpliciter sequitur glossam ... requiritur quod iidem plures audiverint ab eisdem pluribus. Hac opinio videtur hic sequi dominus Antonius debent enim esse contestes secundum eum cum habeant deponere de aliorum sensu. Ego simpliciter tenerem cum Innocentium quod hoc fit tutius sed non necessarium: cum non fit necesse probare quod Titius et Seius hoc dixerunt: sed quod isti testes a pluribus audiverunt et sic solus auditus de consanguinitate est de substantia probationis. Sufficit ergo quod testes sint in hoc contestes, vide quod notat Innocentius capitulo qualiter et quando ii de accusa. (X. 5. 1. 24). Nam maior est praesumptio pro consanguinitate quando unus audivit a duobus, alter ab aliis duobus et sic de aliis, quam si duo audivissent a duobus tantum: cum in primo casu factum videatur magis sparsum». (L’edizione consultata è *Abbatibus Panormitani Secunda Interpretationum in Secundum Decretalium Librum Pars*, Lugduni 1547). Farinaccio preferirà aderire a quest’ultima impostazione: Prospero Farinaccio, *Praxis, et Theoricae Criminalis, Liber II, Tit. VII, Quaestio LXIX*, nn. 89-90: «Et sic glosa ibi aequiparat, quod aliqui testes audiverunt a pluribus diversis, vel a pluribus coniunctim (cfr. *supra*, nntt. 31 e 39), fuit etiam hoc de mente Innocentij in d. cap. licet ex quadam in verbo *duobus*. Dum dixit, quod non necesse est, quod quilibet a duobus audiverit, sed tantum necesse est, quod plures sint principium auditionis (*sic*), licet tutius sit, quod quilibet ab eisdem duobus audiverit, sequitur ... Abb. ibidem, num. 9 aliis relatis opinionibus hanc expresse firmat declarationem quam etiam sequuti sunt ... . Et demum hanc opinionem tamquam veriore late comprobatur Hector Aemil. in *tracta. de testibus in materia testis de auditu*, ... prout etiam mihi haec eadem opinio magis placet. Quamvis contrarium, quod immo testes non probent, et quod reputentur singulares voluisse videantur Host. in d. c. *licet ex quadam in verbo de duobus* ... ubi expresse dixit necesse, quod plures idem ab eisdem pluribus audiverint. Io. And. ibidem ... ». Sulla testimonianza *de auditu alieno* in Farinaccio v. Damaška, *Hearsay in Cinquecento Italy*, cit., pp. 67-75, mentre il trattato *de testibus* di Hector Aemilius costituisce l’ultima novità editoriale in tema di testimonianza mentre Farinaccio scrive la sua *Praxis* ed egli lo cita continuamente: si rinvia a *Sapere e credere*, I, cit., pp. 263-265.

<sup>41</sup> Nella citazione corrispondente alla nt. 37, tale frase è stata sostituita dai puntini compresi fra le parole *auditionis* e *tutius*.

<sup>42</sup> Proseguendo nella lettura del testo di Innocenzo successivo a quello riportato in corrispondenza della nt. 37 troviamo infatti: Innocenzo IV, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet*

trattare ivi il problema della prova attraverso testimoni della circostanza che alcuno eserciti la *iurisdictio*, l'Autore ritiene che, se anche ogni teste riporta un episodio diverso, qualora tutti concordino nella sostanza per cui Tizio esercita la giurisdizione, *licet in causis discrepent, et in loco, et in tempore, et personis non nocet*<sup>43</sup>, perché tali circostanze non attengono alla sostanza di ciò che è oggetto di prova.

Tuttavia, prosegue Innocenzo nel commentare la *Qualiter*, alcuni ritengono che qualora sia necessario provare qualcosa, se i testimoni non sono concordi in ogni circostanza, non possono essere ritenuti *plurimi (nisi testes de loco, tempore, personis, et alijs omnibus concordent, non habentur pro pluribus testibus)*. Prosegue però Innocenzo ipotizzando che ai testimoni sia chiesto di ricordare in qual giorno abbiano udito il tal *rumor* o la tal *infamia*, nel qual caso non si può pretendere che ricordino con esattezza: se hanno dimenticato il giorno esatto, *tamen nihilominus valet testimonium*, a meno che il giorno esatto non sia necessario alla sostanza della prova, come nel caso dell'*interdictum unde vi (nisi dies esset de substantia probationis, ut quando agit interdicto unde vi, oportet quod probet illo die se possedisse, quo fuit spoliatus)* e lo stesso può dirsi delle altre circostanze<sup>44</sup>.

Fin qui i due passi di Innocenzo parrebbero in contraddizione, ma va considerata l'abilità dei maestri canonisti nel destreggiarsi con le fonti del *Corpus Iuris*<sup>45</sup>: la materia della testimonianza *de auditu alieno* veniva trattata nel Digesto in relazione all'*actio de aqua pluvia arcenda* e, più specificamente, al problema della prova della legittimità dell'insistenza su un fondo di un manufatto che concretava una situazione giuridica assimilabile ad una *servitus*, tanto che Giustiniano la ricompresse nei mezzi di tutela delle *servitutes legis* da lui disposte in materia di regime delle acque<sup>46</sup>.

Se volessimo dare al termine *iurisdictio de usu vel servitute aliqua* un significato più ampio, ed interpretarlo come appartenenza dell'*usus* o della *servitus*<sup>47</sup>, da provarsi, parallelamente a quanto visto per la prova della *iurisdictio* nella decretale *Qualiter et quando*, attraverso atti di esercizio che i testi asseriscono di aver visto (*et unus dicat de uno, alius de alio actu, quod*

---

*ex quadam*: « ... alias in suis dictis erunt singulares. sup. de elect. cum dilectus (X. 1. 6. 32) de hoc not. inf. de accu. qualiter .2. (X. 5. 1. 24) ... ». Tale decretale *Qualiter et quando* costituisce il *Cap. VIII - De inquisitionibus* del IV Concilio Lateranense. Prima di venir ricompresa nel tit. *de accusationibus* del *Liber Extra* (X. 5. 1. 24) verrà inserita da Giovanni Teutonico nella *Compilatio IV* (Comp IV. 5. 1. 4, *de accusationibus et inquisitionibus*, c. *Qualiter et quando*).

<sup>43</sup> Innocenzo IV, Commentario al *Liber Extra*, X. 5. 1. 24(25), *de accusationibus* c. *Qualiter et quando*, n. 2.

<sup>44</sup> Innocenzo IV, Commentario al *Liber Extra*, X. 5. 1. 24(25), *de accusationibus* c. *Qualiter et quando*, n. 3. «Sed alij contrarium dicunt asserentes, quod ubicunque aliquis tenetur aliquid probare, nisi testes de loco, tempore, personis, et alijs omnibus concordent, non habentur pro pluribus testibus ... unde dicunt, quod testes hi debent concordare, ut dicant tali die audivimus talem rumorem, vel infamiam, e tali loco a talibus, sed licet dixerimus eos debere concordare, si aliquid dicant, non tamen semper teneretur de praedictis certum quis respondere, si enim in paesenti casu quaeritur, quando audisti, si habeat in memoria, respondeat, et si non habeat, dicat non recordor, et tamen nihilominus valet testimonium, nunquam enim invenitur, quod diem vel horam dicere debet ... nisi dies esset de substantia probationis, ut quando agit interdicto unde vi, oportet quod probet illo die se possedisse, quo fuit spoliatus ... et idem dicimus de loco ... , ut in matrimonio, ubi necesse est personas graves esse, debet eas exprimere. supra, de testi. licet (X. 2. 20. 47). et sic dicimus etiam de alijs circumstantijs».

<sup>45</sup> Sulle conoscenze romanistiche di Innocenzo quali risultano dal suo commentario alle *Decretales*, si veda G. Le Bras, *Innocent IV romaniste - Examen de l'Apparatus*, in *Studia Gratiana XI*, Bologna 1967, pp. 305-326, in part. sulle sue possibili fonti pp. 321-323.

<sup>46</sup> V. *supra*, nota 2.

<sup>47</sup> Non può infatti tradursi come giudizio sulla loro esistenza, in quanto il testo dice: «si volo probare iurisdictionem de usu vel servitute».

*probat*, così nel commento alla decretale *Licet*), è evidente che, mentre le singole testimonianze *de visu* proverebbero le varie circostanze atte a confermare l'appartenenza della situazione reale, ove invece i testi *de visu* divengano fonti di testi *de auditu*, sarà più sicuro (*tutius*) che entrambi questi testimoni riferiscano i medesimi avvenimenti, raccontati dalle medesime fonti (*ab eisdem duobus*), nella medesima circostanza (*eodem tempore*), ed è perciò desumibile, *a contrario*, che non basterà che questi riportino ciascuno il racconto di uno solo, ascoltato perciò in momenti diversi, perché in tal modo, evidentemente, il resoconto fornito da entrambi i testi della circostanza in cui hanno udito non potrebbe trovare riscontri.

Se infatti consideriamo che nel commento alla decretale *Qualiter et quando*, che Innocenzo stesso richiama leggendo la decretale *Licet*, la prova della *inirsdictio* attraverso l'accertamento di vari atti di esercizio della medesima viene affrontato proprio dal punto di vista della sufficienza di singoli episodi, diversi per tempo e circostanze, ma uniti dalla sostanza, ad ottenere tale prova, comincia ad avere senso l'uso, nel commento alla decretale *Licet*, di un *argumentum* che tratta di atti di esercizio che provano l'appartenenza di un *usus* o di una *servitus*, per avvalorare il ragionamento per cui nel caso dei testi *de auditu alieno* è necessaria una pluralità di *principia auditionis* ed è più sicuro che entrambi i testi abbiano udito contemporaneamente dalle due medesime fonti.

Il commento dell'Ostiense si apre con la chiara consapevolezza del fatto che vi è differenza sostanziale fra testimonianza *de auditu proprio* e *alieno*: spiegando infatti la locuzione "praeter communem formam"<sup>48</sup>, l'Ostiense afferma che tale *forma communis* della testimonianza è quella per cui l'uomo testimonia su ciò che ha visto e udito, *non de auditu auditus alterius* come risulta dalla parte finale della decretale *Quotiens*<sup>49</sup>, che stabilisce, nelle cause di separazione per consanguineità, la preferenza per i testimoni-parenti (o, in assenza, la assegna *senioribus et melioribus loci eiusdem*<sup>50</sup>), ma prevede anche, in coda, la possibilità che i testi riferiscano *de auditu alieno* e prescrive per quest'ipotesi che vengano obbligati a giurare *rei veritatem accepisse a maioribus suis et credere ita esse*<sup>51</sup>. A questo proposito nel commentare la suddetta decretale *Quotiens* l'Ostiense sottolinea come, nella disciplina da essa prevista per la testimonianza *de auditu alieno*, fosse sufficiente il giuramento sul punto della convinzione del teste di *credere ita esse*, mentre *hodie*, dopo la pubblicazione della decretale *Licet ex quadam*, questo non basta più, ma è necessario che i testimoni aggiungano di aver visto la *tractatio* quali parenti degli sposi o dei loro congiunti<sup>52</sup>: appare evidente qui l'insistenza sull'elemento della percezione sensoriale (*oportet quod addant se*

<sup>48</sup> Il testo della decretale (X. 2. 20. 47) infatti recita: «Licet ex quadam necessitate praeter communem formam olim fuerit institutum in consanguineitatis et affinitatis gradibus computandis valere testimonium de auditu».

<sup>49</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 1: «homo testificetur de his, quae vidit, et audivit, et non de auditu auditus alterius ut patet ex sequentibus et supra, quotiens ad finem (X. 2. 20. 5)». L'edizione consultata è: *Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis Iuris Utriusque monarchae celeberrimi in Secundum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581 - Torino 1965.

<sup>50</sup> X. 2. 20. 5, *de testibus et attestationibus* c. *Quotiens(Quoties)*: a proposito del significato di questa decretale di Eugenio III nella vicenda normativa della testimonianza *de auditu alieno* sia consentito rinviare a *Sapere e credere*, I, cit., p. 59.

<sup>51</sup> X. 2. 20. 5, *de testibus et attestationibus* c. *Quotiens(Quoties)*, in fine.

<sup>52</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 5, *de testibus et attestationibus* c. *Quotiens(Quoties)*, n. 3: «Hodie vero hoc non sufficit, immo oportet quod addant se vidisse aliquas personas graduum quos computant pro consanguineis se habere, quod dic, ut legitur et notatur infra eodem licet ex quadam (X. 2. 20. 47) ».

*vidisse*) rispetto a quello della *credulitas*<sup>53</sup>.

L'Autore esamina poi il complesso dei requisiti che la decretale fissa *ut testimonium valeat*<sup>54</sup>: di questi, il primo fa riferimento alla persona dei testimoni, che devono risultare *graves*. L'Ostiense fruisce ampiamente della tradizione interpretativa che lo ha preceduto: già la glossa aveva chiarito come la *gravitas* non andasse giudicata in base alle cariche onorifiche eventualmente ricoperte dal teste, bensì alla credibilità di cui goda e alla irreprensibilità della sua condotta di vita<sup>55</sup>.

Inoltre, benché abbia affermato che, per possedere il requisito della *gravitas*, non è indispensabile l'età matura<sup>56</sup>, tuttavia, soprattutto ove si tratti di questioni riguardanti la consanguineità ed altri fatti risalenti nel tempo, verrà attribuita maggiore credibilità alle persone anziane: per quest'ultima affermazione l'Autore cerca l'appoggio di passi sia civilistici che canonistici<sup>57</sup>. Di una credibilità ancor maggiore saranno rivestiti gli anziani che appartengano alla famiglia di cui è causa, come del resto si può dedurre dalla disciplina dettata dal canone *Consanguineos*, nonché dalla decretale *Videtur nobis*, nella quale è stabilito che i parenti possono testimoniare nelle cause matrimoniali sia per inveterata consuetudine che per legge (*tam antiqua consuetudine, quam legibus approbatur*). L'Ostiense

<sup>53</sup> L'elemento della *credulitas* costituisce uno snodo fondamentale per la comprensione della vicenda della testimonianza *de auditu alieno* nel diritto comune: la negazione, da parte della dottrina bassomedievale, della personale convinzione del teste *de auditu alieno* quale base valida per supportarne il contributo di conoscenza alla verità processuale, è all'origine non solo della sostanziale 'squalificazione' di tale mezzo di prova, ma anche delle difficoltà di sistematizzazione che tutti gli autori di diritto comune incontrano quando si tratta di definire la testimonianza *de relato*.

<sup>54</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 2. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 4.

<sup>55</sup> Per l'*opinio* dell'Ostiense si legga la nt. successiva a questa. La tradizione nella quale l'Ostiense si inserisce può venir testimoniata da Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria al *Liber Extra*, gl. *personae*, X. 2. 2. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, riportata *supra*, nntt. 15 e 16.

<sup>56</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 4, in fine: «hic enim graves appellantur idest non senes, seu nobiles, sed bonae famaie et opinionis homines». L'Ostiense aggiunge qualche ulteriore specificazione: citando la decretale *Licet universis* de titolo *de testibus et attestationibus* (X. 2. 20. 23(13)), sottolinea che il teste deve essere *bonae conversationis*, sottintendendo che, come spiegato nella glossa *conversationis* alla citata decretale, non sarà ammesso a testimoniare un ebreo: vd. Bernardo da Parma, Glossa Ordinaria alle *Liber Extra*, gl. *conversationis*, X. 2. 20. 23(13), *de testibus et attestationibus c. Licet universis*: «Et ita Iudaeus de iure non admittitur contra Christianum ad testimonium».

<sup>57</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 5: «nam et senibus potissime in consanguineitate et aliis factis antiquis maior fides adhibetur, ff. de fide instrum. l. fi. (Dig. 22. 4. 6) ff. familiae haer. (sic) si quae sunt (Dig. 10. 2. 5) ff. de leg. iii. si chorus §. j. (Dig. 32. 1. 79) xx.di.de quibus (D. 20. c. 3) sed potissime in hoc casu his, qui sunt de parentela. xxxv.q.vj.c.i. (C. 35 q. 6 c. 1) infra qui ma.ac.pos. videtur (X. 4. 18. 3) ... ». I testi citati sono i seguenti: Dig. 22. 4. 6, *de fide instrumentorum l. Si de tabulis*: «Si de tabulis deponendis agatur, et dubitetur, cui eas deponi oporteat: semper seniore iuniori ... praeferemus»; Dig. 10. 2. 5, *familiae eriscundae l. Si quae sunt*: «Si quae sunt cautiones haereditariae, eas iudex curare debet ut apud eum maneant, qui maiore ex parte heres sit, ceteri descriptum et recognitum faciant, cautione interposita, ut, cum res exegerit, ipsae exhibeantur. si omnes isdem ex partibus heredes sint nec inter eos conveniat, apud quem potius esse debeant, sortiri eos oportet: aut ex consensu vel suffragio eligendus est amicus, apud quem deponatur: vel in aede sacra deponi debent». Accursio si pone il problema dato dalla diversa soluzione indicata dalla l. *Si de tabulis*, che indicava quale criterio di scelta per il depositario l'anzianità: *Glossa Magna*, gl. *consensu*, Dig. 10. 2. 5, *familiae eriscundae l. Si quae sunt*: «sine scriptis. Item contra. infra de fide instrum. l. fin. Solutio. Haec per illam. Accur.». Le citazioni dal *Decretum*: D. 20. c. 3 (*De quibus*): «seniores provinciae congrega, et eos interroga» e, per il c. *Consanguineos*, si veda *supra*, nt. 16. Infine, la decretale X. 4. 18. 3, *qui matrimonium accusare possunt vel contra illud testificari c. Videtur nobis*: «Quod parentes, fratres et cognati utriusque sexus, in testificatione suorum admittantur, tam antiqua consuetudine, quam legibus approbatur».

conclude perciò, con la glossa, che *dicuntur graves hic, qui leves non sunt*<sup>58</sup>.

Il secondo requisito, come sappiamo, è quello per cui i testimoni devono aver udito ciò che riferiscono prima dell'inizio della lite, e su questo nulla vi è da aggiungere<sup>59</sup>.

I testi *de auditu* devono, in terzo luogo, testimoniare di aver sentito quanto riferiscono *ab antiquioribus suis*: la questione della qualità di parenti delle fonti dei testi *de auditu* era stata trattata solo indirettamente dalla glossa, mentre qui essa è ritenuta degna di specifica attenzione. L'Ostiense infatti ha già citato, in altro contesto più generale, la decretale *Quotiens*<sup>60</sup> che nell'ammettere, come ipotesi residuale, la testimonianza *de auditu alieno* nelle cause di separazione per consanguineità, prevede la necessità che il teste giuri di aver udito *a maioribus suis*, ma l'ha posta in una parte del commento che riguarda l'uso già noto nel sistema processuale di questa *species* anomala di testimonianza.

In questa parte che riguarda specificamente gli *antiquiores sui* egli invece fa riferimento solo alla decretale *Videtur nobis*<sup>61</sup>, che abbiamo già trovato citata a proposito dell'anzianità di coloro che depongono: questa decretale infatti stabilisce il criterio per cui nella materia matrimoniale è preferibile che i testi, e considera solo i diretti, siano dei consanguinei<sup>62</sup>. La decretale *Videtur nobis* elimina ogni dubbio sul punto della ammissibilità *ad matrimonium coniungendum vel dirimendum*<sup>63</sup> di testimoni-parenti: tale eccezione alla regola generale per cui i parenti delle parti in causa non possono testimoniare *tam antiqua consuetudine quam legibus approbatur*<sup>64</sup>, in considerazione della presumibile miglior conoscenza delle circostanze probande da parte di chi appartiene alla famiglia o alle famiglie interessate.

Vediamo ora il testo dell'Ostiense:

“[Ab antiquioribus] versiculu. et est hoc tertium [Suis] sive propinquis sive consanguineis et si sint de eadem consanguinitate de qua agitur alii extraneis praeferuntur quia quilibet suam genealogiam melius novit quam alius infra qui matrimonium accusare possunt videtur (X. 4. 18. 3)”<sup>65</sup>

Dal commento parrebbe potersi evincere la conclusione che le fonti ammissibili, anche se con diverse graduazioni di preferenza, per il teste *de auditu alieno* non si limitano ai consanguinei del teste e degli sposi: gli *antiquiores sui* del testo decretalistico, che comprendono sia i *consanguinei* sia dei non meglio specificati *propinqui* del teste stesso, fra questi i soggetti che siano parenti degli sposi (*si sint de eadem consanguinitate de qua agitur*) sono da preferirsi agli *alii extranei*, non particolarmente qualificati ma, evidentemente, ammissibili. Tale considerazione getta una luce particolare su un problema, quello della complessiva valutazione della ammissibilità e validità del teste *de auditu* e della sua testimonianza, che verrà trattato di qui a poco.

<sup>58</sup> *Ibidem*.

<sup>59</sup> *Ibidem*: «[Ante litem] ver. et est hoc secundum quod requiritur, si ergo post motam litem hoc didicit, est a testimonio repellendus».

<sup>60</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 1: «... hic autem admittitur de auditu auditus alterius ut patet ex sequentibus et supra, quotiens (X. 2. 20. 5), ad finem ... ».

<sup>61</sup> X. 4. 18. 3.

<sup>62</sup> Sulla parentela e l'affinità quale possibile causa di inabilità a rendere testimonianza, e sulle relative eccezioni, si legga Mausen, *Veritatis adiutor*, cit., pp. 561-569.

<sup>63</sup> X. 4. 18. 3, *qui matrimonium accusare possunt vel contra illud testificari c. Videtur nobis*.

<sup>64</sup> *Ibidem*.

<sup>65</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 6.

Giungiamo così al quarto requisito, quello del numero delle fonti citate: come sappiamo, la decretale *Licet ex quadam* richiede che i testimoni abbiano udito *non utique ab uno, cum non sufficeret ille si viveret, sed duobus ad minus*<sup>66</sup>.

L'Ostiense si limita a ribadire, con maggiore dovizia di chiarimenti e citazioni, quanto già la glossa aveva spiegato: poiché i testi *de auditu alieno* semplicemente riferiscono quanto il vero testimone, cioè la fonte, ha loro detto, se hanno udito da uno soltanto, come uno vengono contati (*omnes illi qui ab uno tantum audierunt pro uno solo computantur*)<sup>67</sup>, ed è evidente quindi che le fonti citate devono essere almeno due, perché è regola del sistema di prova legale che *vox unius* equivalga a *vox nullius*<sup>68</sup>.

Sul problema sollevato da Innocenzo IV, se cioè i due testi *de auditu* debbano citare le due medesime fonti, l'Ostiense non solo conferma l'opinione di Sinibaldo de' Fieschi, ma riporta l'esempio piuttosto oscuro da questi proposto in modo da renderlo più facilmente intellegibile:

“[Sed duobus] et hoc est quartum, quod requiritur, non tamen est necesse, quod quilibet testis hoc audierit a duobus, sed necesse est, quod plures sint principium huius auditionis et secundum hoc sumitur hic, ar. quod si volo probare me fuisse usum iurisdictione vel servitute aliqua, et super hoc produco duos testes, quorum unus testificatur de uno actu et alius de alio, sufficienter fundo intentionem meam, tutius tamen est quod quilibet testis ab eisdem duobus et eodem tempore hoc audierit, alioquin cum in dictis suis singulares reperirentur ipsorum testimonium non valet ... secundum dominum nostrum.

Tu dic quod omnino necesse est quod unusquisque testis a duobus ad minus hoc audierit, ex quo fertur testimonium de auditu”<sup>69</sup>

In tal modo trova conferma la proposta interpretazione secondo la quale Innocenzo avrebbe voluto fruire dell'esempio della prova, tramite testimonianza diretta, della *servitus* o della *iurisdictio* attraverso atti diversi, per confermare la necessità che le fonti, i *principia auditionis*, delle testimonianze indirette fossero le medesime due per entrambi i testimoni, e udite nel medesimo momento.

L'Ostiense modifica invece in modo radicale l'impostazione precedentemente data alla materia a proposito del problema della fonte delle fonti. La glossa si era posta il quesito se si dovesse investigare anche su quante fossero le persone dalle quali le fonti citate dai testi *de auditu* avevano appreso quanto riportato: tale problema veniva ovviamente in rilievo ove tali fonti non avessero conoscenza diretta del fatto che riportavano, circostanza che doveva essere tutt'altro che rara nella materia della consanguineità, dove probabilmente prevalevano le testimonianze sui 'sentito dire' nell'ambito familiare.

Le discussioni sul punto avevano prodotto il risultato proposto da Giovanni Teutonico e recepito nella glossa ordinaria, per il quale, ove le fonti di primo livello fossero dei parenti, il problema non si poneva, perché altrimenti si sarebbe potuto proseguire all'infinito e la questione non si sarebbe mai risolta<sup>70</sup>. Ma l'Ostiense è di ben diversa opinione:

<sup>66</sup> V. *supra*, nota 14.

<sup>67</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 6.

<sup>68</sup> Sull'*unus testis* si veda *supra*, nt. 29.

<sup>69</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 7.

<sup>70</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 7 : «Si vero hoc audivisset ab extraneis tunc potest dici quod testimonium non valeret, nisi et illi a pluribus audivissent, secundum Bernardum». Per il testo di Giovanni Teutonico e della gl. *ab uno* di Bernardo da Parma, v. *supra*, note 27 e 28 e testo corrispondente.



“quod non puto verum, quia nec is qui testificatur potest scire de facili a quo vel a quibus hoc audierint illi duo qui eis retulerunt, nec est hoc praetextu in tantum probatio angustanda dummodo contra testes nulla suspicio habeatur, ergo quicquid scribatur hoc arbitrabitur bonus iudex”<sup>71</sup>

Enrico da Susa ritiene quindi che sia troppo complesso investigare da chi le fonti dei testimoni abbiano udito le informazioni e che sia meglio fidarsi dell'*arbitrium* del giudice. Se aggiungiamo questa considerazione di Enrico da Susa a quanto abbiamo potuto concludere sulla base del passo di commento alle parole *Ab antiquioribus suis*<sup>72</sup> vediamo confermata la supposizione che egli non ritenesse necessaria la qualità di parenti delle fonti per l'ammissibilità della testimonianza *de auditu alieno*, con ciò andando evidentemente oltre il testo della decretale.

Inoltre il passo che vuole che il raggiungimento della prova non venga resa più difficile nei casi nei quali non vi è alcun motivo di sospetto nei confronti del testimone (*non est probatio angustanda dummodo contra testes nulla suspicio habeatur*) va sottolineato con forza: è di tutta evidenza, infatti, che un mezzo di prova duttile come la testimonianza indiretta è particolarmente reattivo rispetto ai principi che vengono posti dall'interprete a reggere il sistema probatorio. Se uno dei principi-guida adottati è quello sopra riportato, e la decisione sul fatto che il teste sia o meno *suspectus* va lasciata alla discrezionalità del *bonus iudex*, lo spazio che la testimonianza *de auditu alterius* ha nel sistema può risultare grandemente accresciuta<sup>73</sup>.

L'Ostiense pone e risolve un ulteriore quesito:

“Quid si unus de istis duobus testibus hoc audivit a pluribus aliis et alius ab aliis?”<sup>74</sup>

In tal caso le testimonianze dovranno considerarsi singole e perciò non valide ai fini del conseguimento della prova. Per conseguire questo risultato, infatti, è necessario che più di un testimone abbia udito ciò che riferisce dalle stesse persone (*neesse est quod plures idem ab eisdem pluribus hoc audierint*), come dimostrato dallo stesso testo della decretale che parla di *personae graves* al plurale<sup>75</sup>.

Il quinto requisito richiesto per la validità della testimonianza *de auditu alieno* è che le fonti dei testi non siano infami ed è perciò necessario non ammettere quelli che traggono la propria *causa scientiae* da persone tacciate di *infamia* (*et sic repelli oportet illos, qui ab eis causam*

<sup>71</sup> *Ibidem*.

<sup>72</sup> V. *supra*, nota 65 e testo corrispondente.

<sup>73</sup> A proposito di questo requisito, e di altri dei quali si parlerà in seguito, il ruolo dell'*arbitrium iudicis* risulta fondamentale. Su questo fondamentale aspetto del funzionamento del sistema di diritto comune, oltre alle riflessioni di A. Padoa Schioppa, *La conscience du juge dans le ius commune européen* in *La conscience du juge dans la tradition juridique européenne, Droit et justice*, Paris 1999, pp. 95-129, anche in: Id., *Sulla coscienza del giudice nel diritto comune* in *Studi in onore di Mario Talamana*, Napoli 2001, pp. 121-162 e ora in Id., *Italia ed Europa nella storia del diritto*, Bologna 2003, pp. 251-292 e di A. Cavanna, *La “coscienza del giudice” nello stylus iudicandi del Senato di Milano* in *Studi di Storia del diritto*, II, Milano 1999, pp. 581-626, si legga l'approfondita indagine di M. Meccarelli, *Arbitrium: un aspetto sistematico degli ordinamenti giuridici in età di diritto comune*, Milano 1998.

<sup>74</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 7.

<sup>75</sup> *Ibidem*: «singulares videntur in suis testimoniis, ideoque necesse est, quod plures idem ab eisdem pluribus hoc audierint, ut hic probatur, quando dicit duobus, supra eodem ver. nisi forte personae graves, ergo saltem duo ex quo loquitur in plurali ... ».

*habuerunt*)<sup>76</sup>: anche questa richiesta si inquadra nello schema per cui il teste è la fonte del *testis de auditu* e a lui perciò si applicano tutte le condizioni di ammissibilità e validità normalmente richieste per un testimone.

Naturalmente anche i testimoni *de auditu alieno* devono, come le loro fonti, essere più di uno e godere di buona fama, e questo è il sesto requisito<sup>77</sup>, perché ciò è quanto richiesto *secundum ordinem solitum iudiciorum*<sup>78</sup>, nel quale ordine non valgono le dichiarazioni di un teste unico, benché rivestito di ogni possibile credibilità, e gli atti ufficiali, quali la testimonianza, sono interdetti agli infami (... *et actus legitimi sint infamibus interdicti*)<sup>79</sup>.

Comincia ora il commento relativo alle condizioni richieste non riguardo alla persona dei testi, ma al contenuto della loro deposizione: il requisito preliminare è quello del giuramento, che l'Ostiense non sembrerebbe ricomprendere nell'elenco, ma porre come condizione formale basilare per la validità della testimonianza, in quanto egli ritiene che la prima condizione della seconda serie di sei sia quella di non essere mossi nel portare la testimonianza da motivi personali, quali l'odio, l'amore, il timore o l'interesse<sup>80</sup>.

Per quanto riguarda l'odio, l'Autore rimanda al proprio commento alla decretale *Quotiens* che, come sappiamo, stabiliva la preferenza per i testi-parenti nelle cause di separazione per consanguineità. La decretale proseguiva imponendo ai testimoni di giurare di non essere mossi *privato odio* e nel suo commento l'Ostiense provvede quindi a stabilire la differenza fra l'odio privato e quello pubblico:

“Si odis aliquem usque ad mortem quia te vel tuos offendit, privatum est odium, et tale odium repellit testem, si vero ideo quia peccator est, ne vult corrigere se, publicum est odium non privatum quia publice interest peccatores puniri ... et tale odium non repellit testem”<sup>81</sup>

Il secondo requisito della testimonianza è costituito dalla chiara indicazione, *expressis nominibus*, delle persone cui in essa ci si riferisce, oppure, nel caso non se ne conoscono i nomi, l'individuazione deve essere fatta *vel demonstratione vel circumlocutione sufficienti*<sup>82</sup>.

<sup>76</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 8: «[Nec ab infamibus] ver. et hoc est quintum, quod requiritur, nam criminosi et infames repelluntur ... et suspecti ... et sic repelli oportet illos, qui ab eis causam habuerunt, et hoc est contra id, quod dici consuevit, quod personalia vitia non comitantur specialem successorem ... sed hic non est successor, sed testis, qui repellitur, ex quo suus actor est repellendus, ut sequitur».

<sup>77</sup> *Ibidem*.

<sup>78</sup> V. *supra*, nt. 14.

<sup>79</sup> Sull'*infamia* quale causa di inammissibilità del testimone si veda *supra*, nota 15.

<sup>80</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 10: «[quod ad ferendum] et est primum, quod requiritur quo ad dictum, ergo si hoc non exprimat testimonium, non valebit». Può essere utile un confronto con il brano della *Licet ex quadam* al quale l'Ostiense si riferisce: “Testes autem huiusmodi proprio iuramento firmantes quod ad ferendum testimonium in causa ipsa odio amore timore vel commodo non procedant».

<sup>81</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 5, *de testibus et attestationibus c. Quotiens(Quoties)*.

<sup>82</sup> Le due citazioni sono tratte dalla decretale *Licet ex quadam*: vd. *supra*, nota 14. La formulazione del testo (*vel demonstratione e vel circumlocutione*) chiaramente rimanda a due passi del Digesto che l'Ostiense individua: Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 10: «cum digito, ff. si cer. pe. certum est (Dig. 12. 1. 6) » e «puta qui ex illa ancilla natus est, ... , ff. de rei. ven. (sic) si in rem (Dig. 6. 1. 6) .j. de consan. tua. (X. 4. 14. 7) ». Il primo tratto dalla l. *Certum est* nel titolo *de rebus creditis si certum petatur et de certi condicione*: «Certum est cuius species vel quantitas quae in obligatione versatur aut nomine suo aut ea demonstratione quae nominis vice fungitur qualis quantaque sit ostenditur» e il secondo dalla l. *Si in rem* nel titolo *de rei vindicatione*: «si nomen eius ignorem demonstratione eius utendum erit»). Per la decretale *Tua* si legga la nt. successiva e il testo corrispondente.

Tale richiesta di precisione si trova formulata anche nella decretale *Tua* richiamata dall'Ostiense nel suo commento, che si occupa della prova della consanguineità nelle cause di scioglimento del matrimonio e che in proposito si esprime in modo assai chiaro proprio con riferimento all'argomento che ci interessa:

“nominibus propriis vel equipollentibus indiciis designando personas: praesertim cum saepius testimonium perhibeant de auditu, quod quia minus est validum non est in articulo huiusmodi nimius laxanda facultas”<sup>83</sup>

Il successivo punto per il quale è richiesta una particolare precisione è il grado di parentela che unisce le parti in causa: i testi possono tralasciare di individuare lo *stipes*, il ceppo comune, ma, grado per grado, devono individuare l'ascendenza *ab utroque latere*<sup>84</sup>, ossia fino a risalire ai fratelli germani dai quali la probanda consanguineità trae origine.

A questo proposito la questione viene discussa e la disciplina esposta anche nel caso risolto dalla decretale *Serie*<sup>85</sup>, nella quale, secondo l'interpretazione dell'Ostiense, viene chiaramente detto che è necessario che i testimoni ricostruiscano entrambe le linee di parentela, non una soltanto (*quod non sufficit computatio unius lateris immo necesse est quod utrumque latus computent iidem testes*)<sup>86</sup>.

I testi poi, dovranno completare la propria deposizione giurata asserendo di aver appreso quanto hanno riferito da loro parenti anziani e di crederci essi stessi<sup>87</sup>. L'Autore non si dilunga sul punto della qualità di parenti delle fonti, perché l'ha già trattato in precedenza, quando ha parlato dell'opportunità dell'indagine sulla fonte delle fonti, né sul punto della convinzione del testimone.

Sull'ultimo requisito, quello per cui il teste *de auditu* deve giurare di aver visto almeno una volta le parti trattare fra loro come parenti, l'Ostiense è assai piano:

“quia ita se vocabant, ita se adiuabant, tales se reputabant”<sup>88</sup>

Nota inoltre l'Autore che tale ultima richiesta va considerata con attenzione (*hoc valde notandum*), perché

“non requiritur quod testis probet veritatem consanguineitatis, sed sufficit quod dicat quod pro consanguineis se habebant”<sup>89</sup>

Le condizioni per la validità della testimonianza *de auditu alieno* vengono dunque così riassunte dall'Ostiense: la *gravitas* dei testimoni, la circostanza che essi abbiano udito prima dell'inizio della causa, la provenienza delle informazioni *ab antiquioribus suis*, la pluralità delle fonti, che devono essere almeno due, la qualità di persone non infami bensì credibili e superiori ad ogni sospetto di tali fonti, la pluralità dei testimoni stessi e la loro buona fama, l'imparzialità dei testi stessi, che non devono essere mossi da personali sentimenti di sfavore o di favore, né dall'interesse, la precisa individuazione, nella testimonianza, delle

<sup>83</sup> X. 4. 14. 7, *de consanguineitate et affinitate c. Tua*.

<sup>84</sup> Per il testo della decretale *Licet ex quadam*, vd. *supra*, nt. 14.

<sup>85</sup> X. 2. 20. 26, *de testibus et attestationibus*.

<sup>86</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 10.

<sup>87</sup> *Ibidem*.

<sup>88</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 11.

<sup>89</sup> *Ibidem*.

persone cui si fa riferimento, la ricostruzione, da parte di ogni testimone, di ogni grado di entrambi i rami delle probanda parentela, fino ai fratelli germani, *excepto stipite*, il giuramento di entrambi i testi sulla circostanza che quanto riportano è stato da loro udito *a suis maioribus*, l'affermazione giurata di entrambi i testi di credere in quanto riferiscono, la circostanza che entrambi i testimoni abbiano visto le persone, il cui grado di parentela è oggetto di prova, comportarsi fra loro come parenti<sup>90</sup>.

La richiesta che il testimone giuri sulla qualità di parente della propria fonte potrebbe lasciare, per la sua formulazione<sup>91</sup>, qualche perplessità. Il commento dell'Ostiense aveva infatti allargato la smagliatura che nella stretta rete del testo della decretale già la glossa aveva provocato in questo punto: il ribadire, con fermezza, la necessità del giuramento sulla qualità di parenti delle fonti, senza nulla aggiungere, potrebbe così causare imbarazzo.

Va però considerato quanto l'Ostiense aggiunge a proposito del modo in cui tali dodici requisiti vanno complessivamente considerati:

“Haec sunt xii per ordinem supra specificata quae sunt omnino consideranda et super maiori parte quaerenda a testibus examinatio facienda quorum si unum deficiat testimonium insufficiens reputatur ...”<sup>92</sup>

La locuzione *super maiori parte* va messa in rilievo, in quanto costituisce l'unico ammorbidente in una linea di valutazione della testimonianza indiretta altrimenti piuttosto rigida.

Non si deve dimenticare infatti che il criterio, per cui la facoltà di provare tramite testimonianza indiretta non va limitata finché non vi siano sospetti sui testimoni (*nec est probatio angustanda dummodo contra testes nulla suspicio habeatur*<sup>93</sup>), poteva diventare operativo solo dopo che il giudice avesse valutato l'attendibilità dei testi e la consistenza della loro deposizione. Tuttavia i criteri per tale valutazione sono i dodici requisiti esposti sopra e sull'uso che il giudice deve farne e la considerazione che deve riservare loro l'Ostiense non lascia molti margini di manovra:

“Et haec xii interrogatoria circa causam matrimonialem quando ob causam consanguineitatis seu affinitatis ad divortium agitur debet habere iudex in memoria et super ipsis sive maiori parte ipsorum testem quemlibet interrogare, ita quod nec unum dimittatur, immo ad unguem examinet et si partes etiam contradicant”<sup>94</sup>

L'esame è quindi accurato e severo: il giudice deve esaminare *ad unguem* i testimoni su tutti, o almeno la maggior parte, dei requisiti elencati dalla decretale; è questa la soluzione offerta dal IV Concilio Lateranense per ascoltare eccezionalmente dei testimoni che sarebbero, altrimenti, inammissibili. A tale impostazione, secondo l'Ostiense<sup>95</sup>, si può

<sup>90</sup> *Ibidem*.

<sup>91</sup> *Ibidem*: «Decimum utrum concludant in suo iuramento quod secundum quod deponunt a suis maioribus acceperunt».

<sup>92</sup> *Ibidem*.

<sup>93</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 7.

<sup>94</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus c. Licet ex quadam*, n. 11.

<sup>95</sup> *Ibidem*: «Diceret quis quare sic artatur probationis facultas, cum alias subveniatur probationibus, supra.eodem significavit et c.Albericus? ». Le decretali citate, X. 2. 20. 41, *de testibus et attestationibus c. Significavit* e X. 2. 20. 43, *de testibus et attestationibus c. Albericus*, rappresentano entrambe ipotesi in cui una

muovere l'obiezione che pare inutile stabilire tante cautele per un mezzo di prova come la testimonianza indiretta, quando è assai più semplice ricorrere, ove possibile, alle fonti della testimonianza stessa: ma si risponde che vi sono stati casi (*i plura exempla* del testo della decretale) nei quali sia le fonti sia i testi *de auditu* apparentemente, in assenza di un accurato esame, supportavano una sentenza di scioglimento<sup>96</sup>, e tali sentenze di divorzio avevano messo in pericolo le anime non solo delle parti in causa, ma anche dei giudici che le avevano pronunciate con troppa leggerezza

“de talibus<sup>97</sup> parum aut nihil curantes unde contra Deum et iustitiam et hac forma canonica sprete”<sup>98</sup>

L'Ostiense risponde poi a un dubbio legittimo:

“et si omittantur aliqua de praedictis?”<sup>99</sup>

Prima di illustrare la soluzione dell'Autore è necessario domandarsi quale significato dare all'uso del verbo *omittere*. Dovrebbe intendersi che è il giudice stesso che, volontariamente o per disattenzione, tralascia di interrogare il teste su uno o più punti. In effetti qui l'Ostiense dice e non dice, o meglio sembra non voler dire: ha affermato che il giudice deve tenere bene a mente (*in memoria*) i dodici punti illustrati nella decretale e deve interrogare i testi su di essi o sulla maggior parte di essi (*super ipsis sive maiori parte ipsorum*). Ma di fronte al dubbio che naturalmente si pone vista la facoltà che l'Autore stesso ha lasciato al giudice di *omittere* una o più domande, interrogando sulla maggior parte di esse e non su tutte, la linea dell'Ostiense si irrigidisce:

“melius est, nisi ad unguem probentur omnia, pro matrimonio iudicare”<sup>100</sup>

E più avanti:

“ex hoc nota quod quocumque agitur de impedimento canonico semper est in dubio pro matrimonio iudicandum, ut hic”<sup>101</sup>

Perciò la consanguineità non è provata, e il divorzio non può pronunciarsi, se il teste non risponde esaurientemente a tutte le dodici domande elencate sopra.

Soprattutto nel caso della decima condizione l'Ostiense pone il giudice in un circolo vizioso: egli ha espressamente allargato la categoria delle possibili fonti, che non devono essere esclusivamente parenti del teste, ma possono anche essere parenti delle parti in causa, i quali, per la loro presumibile maggior conoscenza delle vicende oggetto di causa, sono da preferirsi a fonti estranee, che pure vengono considerate, mentre l'unica

---

parte chiede di raccogliere e trascrivere le testimonianze a suo favore per tutelarsi dall'eventualità che, in una futura contestazione, i testi non siano più disponibili.

<sup>96</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, nn. 3 e 11.

<sup>97</sup> S'intende le dodici questioni da porre.

<sup>98</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 11. Sull'utilizzo dell'*incestum* come mezzo per ottenere un annullamento e giungere a nuove nozze, adulterine, mi sia permesso il rinvio a *Sapere e credere*, I, cit., pp. 43-50.

<sup>99</sup> *Ibidem*.

<sup>100</sup> *Ibidem*.

<sup>101</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 12.

condizione posta è quella che il giudice ritenga i testimoni non sospetti.

Però il giudice deve valutare la credibilità dei testi e delle loro affermazioni in base a tutti e dodici i requisiti che conosciamo, tra i quali il decimo vuole che essi giurino di aver udito ciò che riferiscono da propri parenti: in questo modo si finisce evidentemente in un vicolo cieco.

Molto più logico appare invece tutto il discorso fino a quando l'Ostiense lascia aperta la porta della *maior pars* delle dodici questioni, così consentendo al giudice, pur responsabilizzato sulla sorte della propria anima e di quelle della parti in causa, nonché aspramente rimproverato per la rilassatezza della prassi precedente<sup>102</sup>, di decidere se *omittere* una o più domande nella sua discrezionale valutazione dell'attendibilità del teste e della solidità della sua deposizione.

E ancor più logica risulta la linea interpretativa in considerazione degli altri criteri che l'Ostiense offre al giudice<sup>103</sup>, cioè quello per cui il *favor matrimonii* può prevalere sull'impedimento della consanguineità, come nel caso previsto dalla decretale *Gaudemus*<sup>104</sup>, nella quale si sancisce di non sciogliere il matrimonio di quei pagani che, sposatisi fra consanguinei in terzo o quarto grado perché così ammetteva la loro religione, si siano poi convertiti, e quello per cui, ove il legame sia di primo o secondo grado, e notorio, il matrimonio va annullato anche in assenza di un accusatore, come previsto nella decretale *Porro*<sup>105</sup>. L'illustrazione di tali esempi pare coerente con un sistema che lascia al giudice un margine per valutare la testimonianza e la possibilità di usarla in considerazione anche del grado di parentela di cui si discute e della notorietà della vicenda in oggetto e perciò dello scandalo che essa può provocare.

La lettura della *Summa Aurea* in proposito sembra confermare l'ambiguità dell'Ostiense: nel titolo *De testibus*, nel quale la testimonianza *de auditu* viene in rilievo a proposito della possibilità data ai parenti di testimoniare sulla consanguineità nelle cause matrimoniali, l'Autore dice testualmente:

“non tamen sufficit hodie testimonium de auditu nisi et ab hominibus bonae famae senioribus et antiquis hoc audierint post motam litem, et plures a pluribus...”<sup>106</sup>

Se l'Ostiense avesse voluto insistere sulla qualità di parenti delle fonti questo era il momento per farlo, perché è qui che la decretale *Licet ex quadam* ne parla<sup>107</sup>, mentre dal confronto fra il testo normativo e la *Summa* si nota che proprio il requisito *ab antiquioribus suis* è stato tralasciato.

Come rilevato a proposito della *lectura* però, l'Autore dice e non vuol dire. Infatti anche nella *Summa*, di seguito al brano prima riportato, ritroviamo il decimo requisito, ripreso dal testo della *Licet*:

“... et debent concludere quod ita acceperunt a maioribus suis et quod credunt ita esse”<sup>108</sup>

<sup>102</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 11: «Hoc tamen male servaverunt hactenus iudices nostri temporis ... ».

<sup>103</sup> Ostiense, Comm. al *Liber Extra*, X. 2. 20. 47, *de testibus et attestationibus* c. *Licet ex quadam*, n. 12.

<sup>104</sup> X. 4. 19. 8, *de divortiiis*.

<sup>105</sup> X. 4. 19. 3, *de divortiiis*, c. *Porro* § *Praeterea*.

<sup>106</sup> Ostiense, *Summa Aurea*, *Liber II*, *De testibus*, § 3, *Sed et personae*. L'edizione consultata è: *Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis Summa Aurea*, Venetiis 1574 - Torino 1963.

<sup>107</sup> V. *supra*, nt. 14.

<sup>108</sup> Ostiense, *Summa Aurea*, *Liber II*, *De testibus* § 3 *Sed et personae*.

L'incertezza sul punto si accentua leggendo quanto l'Ostiense dice, sempre nella *Summa*, a proposito delle domande che il giudice deve rivolgere al teste in una causa matrimoniale che verta sull'impedimento della consanguineità:

“Sin autem dicat quod ... de aliis audivit: quaeretur a quo, vel a quibus, et quando. Si ab accusatore vel testibus didicit non valet. Si decem testes ab uno didicerint, non valent. Si duo bonae fama a duobus vel decem malae, non valent ... Sed si decem malae fama vel levis opinionis a duobus bonae fama audierint non valent: ergo necesse quod saltem duo bonae fama et graves hoc didicerint ab aliis duobus aequalis fama. Debet etiam quaeri utrum ante litem motam testificata didicerit, vel post ... Quaeretur etiam si scit vel credit ita esse sicut testificatur: si gratia odio vel timore vel pretio inductus testimonium dicat ...”<sup>109</sup>

Come si può notare, fra tutti i requisiti che elenca per descrivere al giudice come condurre un interrogatorio sulla consanguineità, l'Ostiense, riassumendo la disciplina della *Licet ex quadam*, tralascia il requisito della qualità di parenti delle fonti.

Quante tracce si possono ritrovare nelle fonti che dedicano un'attenzione particolare alla prassi di tale approfondito lavoro dottrinale?

Il *Liber cautele et doctrine* di Uberto da Bobbio, che si rivolge agli avvocati, prevede la possibilità, che evidentemente doveva verificarsi nella prassi, che il testimone non sia stato interrogato sull'origine delle informazioni che ha fornito nella sua deposizione: in tal caso ad essa si dovrà credere (*certe stabitur testificationi*), mentre avverrebbe il contrario ove egli fosse stato interrogato in merito alla *causa scientiae* e non avesse risposto. Risulta evidente che, attraverso simili maglie, la testimonianza *de auditu* poteva essere utilizzata in un processo senza subire controlli rigorosi<sup>110</sup>.

A metà del Duecento, nella sua *Summa introductoria super officio advocacionis*, Bonaguida d'Arezzo, che istruisce gli avvocati sulle domande da porre ai testimoni *de auditu* nel caso della necessità di provare l'avvenuta celebrazione di un matrimonio<sup>111</sup>, trascura palesemente le dodici circostanze elencate dalla decretale, a parte la richiesta, piuttosto ovvia, della specificazione del tempo in cui si è udito. È ben vero che l'ambito in cui l'indagine del giudice si esplica non è il medesimo pensato per l'utilizzo dei testimoni indiretti dalla decretale *Licet ex quadam*, tuttavia trattandosi dell'interrogatorio di testi *de relato* in un tribunale ecclesiastico, a proposito di un tema delicato come quello dell'esistenza del vincolo matrimoniale, appare quantomeno degno di nota il fatto che, per valutare l'attendibilità di testimoni così particolari, la prassi descritta da Bonaguida non faccia alcun riferimento ad una normativa, come quella elaborata qualche decennio prima da papa Innocenzo III, la cui *ratio* era intesa a rendere l'utilizzo della testimonianza indiretta uno strumento più sicuro di accertamento dei fatti. Tale considerazione può

<sup>109</sup> Ostiense, *Summa Aurea, Liber III, De consanguinitate et affinitate*, § 9 *Usque ad quotum gradum*, sub § *Et quia index*.

<sup>110</sup> Uberto da Bobbio, *Liber cautele et doctrine*, p. 244. L'edizione consultata è: *Ubertus de Bobbio Liber cautele et doctrine* (ms. Bologna. Biblioteca Comunale dell'Archiginnasio, B2795), ediz. a cura di N. Sarti in N. Sarti – S. Bordini, *L'avvocato medievale tra mestiere e scienza giuridica. Il Liber cautele et doctrine di Uberto da Bobbio (...1211-1245)*, Bologna 2011, pp. 203-350. Uberto da Bobbio indica come il secondo dei casi descritti, nel quale *non valeat eius attestacio*, era stato visto da lui direttamente in occasione del suo coinvolgimento in una vicenda giudiziaria di ambiente ferrarese (*cum essem ferzarie*), e si legga N. Sarti, *Il Liber cautele et doctrine di Uberto da Bobbio* in N. Sarti – S. Bordini, *L'avvocato medievale*, cit., pp. 99-193, in part. p. 190.

<sup>111</sup> Bonaguida d'Arezzo, *Summa introductoria super officio advocacionis, tertia particula*, tit. 8, *Incipit interrogatorium contra testes*, p. 297 e pp. 299-300. L'edizione consultata è: *Bonaguidae summa introductoria super officio advocacionis in foro ecclesiae*, in *Anecdota quae processum civilem spectant*, edidit A. Wunderlich, Gottingae 1841, pp. 133-345.

diventare particolarmente significativa ove si guardi alle vicende dottrinali del nostro istituto: abbiamo infatti visto come l'Ostiense stigmatizzi la scarsa aderenza dei giudici ecclesiastici alle procedure elaborate dalla legislazione pontificia.

Se volessimo poi guardare ad una fonte particolarmente significativa dal punto di vista della prassi come il formulario di Ranieri da Perugia, leggeremmo come, nel caso si trovasse di fronte un testimone *de auditu*, il notaio incaricato di escuterlo fosse tenuto a chiedere:

“... quomodo sciat testis, quod dicit, si visu vel auditu; nam si dicat, se audivisse verba ab illo eodem, qui factum fecit, stabitur dicto eius; si ab alio, secus. Unde debet statim interrogari, que verba fuerint illa, que dixit se audivisse, et a quo fuerint dicta. Et sic inquiras diligenter per istas interrogationes omnem negotii veritatem”<sup>112</sup>

Quindi, secondo Ranieri, il criterio per stabilire l'attendibilità della testimonianza *de relato* risiede nella fonte del testimone: se tale fonte è colui che direttamente ha compiuto l'atto oggetto della deposizione *de relato*, *stabitur dicto eius*, altrimenti la testimonianza non avrà valore. Tale impostazione porta con sé, come conseguenza pratica, il dovere del notaio di domandare chi sia la fonte del testimone. L'impostazione di Ranieri è originale, e poiché non trova agganci nella normativa che conosciamo, deve presumersi figlia della prassi, tesa a ricostruire *omnis negotii veritas*, servendosi di ogni possibile fonte a disposizione.

La decretale *Licet ex quadam* verrà minuziosamente sezionata dalla decretalistica trecentesca, a partire da Giovanni d'Andrea, che ne trarrà nuove e parzialmente diverse conclusioni, mentre le fonti giustinianee verranno affiancate e integrate da commenti e, soprattutto, superate dall'opera dei consiliatori. Tuttavia le note qui tratteggiate possono suggerire alcune riflessioni: evidente è, infatti, la *ratio* che anima sia la disciplina legislativa canonistica sia i commenti dei giuristi, cioè quella di offrire alla deposizione dei testi *de auditu* una maggiore solidità e credibilità quanto alla conoscenza che fornisce alla verità processuale, attraverso un rigoroso vaglio delle fonti dalle quali essi hanno appreso le proprie informazioni. Appare del pari evidente come la legislazione e la dottrina tentassero di ricondurre la prassi ad una più rigorosa e ponderata gestione della testimonianza *de relato*, il cui utilizzo, non necessariamente legato alle ipotesi legislativamente previste, sembra esplicitarsi con una certa libertà di forme.

---

<sup>112</sup> Ranieri da Perugia, *Ars notariae*, CCXCI. *De testium productionibus et ipsorum apertione*, in Wahrmund, III, 2, p. 149. L'edizione consultata è. *Ars Notariae* in *Quellen zur Geschichte des römisch-kanonischen Processes im Mittelalter*, herausgegeben von L. Wahrmund, voll. I-IV, Innsbruck 1905-1925, III, 2.