

ENNIO CORTESE

LA NORMA GIURIDICA 1

SPUNTI TEORICI
NEL DIRITTO COMUNE
CLASSICO



Senato della Repubblica



BIBLIOTECA DI STORIA DEL DIRITTO

ENNIO CORTESE

LA NORMA GIURIDICA 1

SPUNTI TEORICI
NEL DIRITTO COMUNE CLASSICO

INTRODUZIONE DI EMANUELE CONTE,
ANTONIA FIORI, LUCA LOSCHIAVO,
MARIO MONTORZI



Senato della Repubblica

La pubblicazione contiene il testo dell'opera
La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico di Ennio Cortese
tratto dall'edizione Milano, Giuffrè, 1964

Introduzione alla nuova edizione
di Emanuele Conte, Antonia Fiori,
Luca Loschiavo, Mario Montorzi

Edizione a cura di Alessandra Casamassima
con la collaborazione di Maria Paola Mascia

I volumi fanno parte della collana
Biblioteca di storia del diritto

Comitato scientifico della collana:
Francesco Pappalardo, Consigliere anziano della Biblioteca del Senato "Giovanni Spadolini"
(Presidente del comitato)
Alessandra Casamassima, Biblioteca del Senato "Giovanni Spadolini"
Emanuele Conte, Università degli studi di Roma Tre
Antonia Fiori, Università degli studi di Roma "La Sapienza"
Luca Loschiavo, Università degli studi di Teramo

In copertina: vignetta tratta da Cino da Pistoia,
In Codicem et aliquot titulos primi Pandectorum tomi id est Digesti veteris doctissima commentaria,
Francoforte sul Meno, Sigmund Feyerabend, 1578

Supervisione e coordinamento
del Segretariato Generale del Senato della Repubblica

Le pubblicazioni del Senato sono disponibili
gratuitamente online in formato elettronico
www.senato.it/pubblicazioni

Senato della Repubblica 2020
CC-BY-NC-ND 4.0

PRESENTAZIONE

La pubblicazione de *La norma giuridica* di Ennio Cortese in edizione digitale costituisce l'ultimo atto, in termini di tempo, di un lungo e costante processo che ha visto la Biblioteca del Senato farsi protagonista di una politica culturale volta ad avvicinare i cittadini alle istituzioni, valorizzando e rendendo fruibili i grandi tesori conservati nelle sue raccolte e svolgendo un ruolo sempre più attivo nel panorama culturale italiano. Un percorso convintamente promosso dalla Commissione per la Biblioteca e dai Senatori che nel tempo l'hanno presieduta.

A partire dagli anni Novanta del Novecento, la Biblioteca, ancora collocata a Palazzo Madama e chiusa al pubblico dei non specialisti, muoveva i primi passi sulla via dell'apertura realizzando numerose pubblicazioni e primi importanti progetti di collaborazione con diversi enti e istituzioni. Questo processo ha avuto una straordinaria accelerazione negli anni Duemila grazie a tre fattori principali: il trasferimento della sede della Biblioteca da Palazzo Madama a Palazzo della Minerva con la conseguente apertura al pubblico nel 2003; la nascita del Polo Bibliotecario Parlamentare; la diffusione delle nuove tecnologie della comunicazione e dell'informazione.

Da quel momento le iniziative si moltiplicano. La Biblioteca mette in linea migliaia di record e di immagini; partecipa ai grandi progetti nazionali ed internazionali di mappatura delle risorse *online* e delle collezioni digitali; organizza mostre; pubblica numerosi cataloghi; attiva collaborazioni sempre più frequenti ed importanti con le maggiori realtà culturali del Paese. Tutto ciò ha permesso di raggiungere un pubblico sempre più vasto, fatto di cittadini alla ricerca di informazioni generali o relative alla vita pubblica italiana, di giovani in formazione, di studiosi e ricercatori che usufruiscono delle risorse più specialistiche.

Quando nel 2004 Ennio Cortese, storico del diritto di fama internazionale, ha deciso di destinare al Senato la propria biblioteca privata, costituita da oltre

mille edizioni antiche e da seimila edizioni contemporanee relative al diritto comune, la Biblioteca ha voluto offrire al pubblico degli studiosi questo imponente patrimonio relativo alla civiltà giuridica italiana, allestendo al primo piano di Palazzo della Minerva tre sale dedicate alla storia del diritto.

Le possibilità offerte dall'accesso remoto e dagli attuali orientamenti in materia di *open access*, recepiti recentemente anche sul piano normativo (L. n. 112 del 7 ottobre 2013), consentono oggi di aprire queste sale agli studiosi di ogni parte del mondo. Per questa ragione la Commissione per la Biblioteca e l'Archivio storico del Senato ha promosso la pubblicazione di una collana in formato elettronico di testi classici della storia del diritto liberi da vincoli di *copyright*. Ciò permetterà alla Biblioteca di mettere a disposizione le sue collezioni a tutti gli specialisti, che avranno la possibilità di consultare da remoto, con un semplice collegamento internet, opere ormai fuori commercio e di difficile reperimento anche sul mercato librario antiquario.

Per inaugurare questa nuova Collana si sono scelti i due volumi de *La norma giuridica* di Ennio Cortese, pubblicati da Giuffrè negli anni '60 del Novecento. Si tratta infatti non solo di un caposaldo della storiografia giuridica italiana, ma anche di un'opera che ben rappresenta le collezioni storico giuridiche del Senato, che annoverano tra i fondi di maggior pregio proprio la biblioteca costruita da Ennio Cortese nel corso della sua lunga attività scientifica e della sua prestigiosa carriera accademica.

Le edizioni elettroniche in formato PDF e EPUB della collana che oggi inauguriamo saranno diffuse gratuitamente tramite il sito internet della Biblioteca del Senato, corredate da strumenti in lingua inglese (schede descrittive, indici, recensioni), con lo scopo di facilitare il recupero dell'informazione ai ricercatori anglofoni.

L'apertura verso un pubblico internazionale e tecnologicamente avanzato non esclude, in ogni caso, le necessità informative di un'utenza più tradizionale, per la quale è prevista la possibilità di una limitata tiratura a stampa, nel rispetto dei principi di inclusività e libero accesso all'informazione e alla conoscenza che costituiscono i fondamenti della politica culturale della Biblioteca.

EMANUELE CONTE - ANTONIA FIORI
LUCA LOSCHIAVO - MARIO MONTORZI

INTRODUZIONE

1. Una nuova edizione in accesso aperto della *Norma giuridica*

I due volumi della *Norma giuridica*, pubblicati da Ennio Cortese tra il 1962 e il 1964, nella collana *Ius Nostrum* diretta dal suo maestro Francesco Calasso, sono da tempo esauriti. Nel 1995 l'editore Giuffrè accolse la proposta di ristamparli, ma anche la ristampa è andata rapidamente esaurita, perché, nonostante gli anni che passano, la ricerca di Cortese resta un punto di riferimento per gli specialisti di dottrine giuridiche medievali. È infatti opinione consolidata e generalmente condivisa negli ambienti di studio italiani e internazionali che l'opera in questione non solo offra una straordinaria mole di fonti reperite di prima mano, ma, soprattutto, proponga quei materiali inquadrandoli in un discorso interpretativo ammirevole per raffinatezza, profondità e coerenza.

A distanza di quasi sessant'anni dalla sua prima pubblicazione, la validità scientifica della *Norma giuridica* resta insomma perfettamente intatta.

Una nuova edizione dei due volumi appare dunque opportuna; la Biblioteca del Senato Italiano – che accoglie le collezioni di libri antichi e moderni che componevano la biblioteca privata dell'autore – la ha resa possibile nella forma più adatta allo scopo di diffondere l'opera senza limiti, ricorrendo all'edizione in formato elettronico e liberamente accessibile da tutti. Il testo è stato revisionato ed emendato dalle pur pochissime sviste editoriali grazie all'acribia di Alessandra Casamassima e Paola Mascia, e grazie al formato elettronico è ora possibile ricercare singole parole o frasi di testo: un ausilio alla consultazione che si aggiunge efficacemente ai ricchissimi indici che corredano l'opera fin dall'edizione del secondo volume nel 1964.

2. Il concepimento dell'opera: Ennio Cortese e Francesco Calasso

L'asciutta affermazione che apre la premessa mette subito in chiaro un punto che bisogna tenere presente: “questo lavoro è stato scritto da un allievo di Francesco Calasso”. In effetti, Ennio Cortese si era laureato con Calasso nel 1951, con una tesi su Andrea d'Isernia. Aveva 22 anni, ma il suo percorso universitario includeva anche un anno di studi di Architettura, cui si era iscritto per seguire una sua personale inclinazione, ma che aveva presto abbandonato per i corsi di Giurisprudenza. Dopo la laurea trascorse un anno in Germania, dedicandosi al lavoro pratico di giurista, ma la giovanile esperienza di ricerca vissuta nel nascente Istituto di Storia del Diritto lo aveva segnato in maniera indelebile: così, all'invito rivoltogli dal maestro (incontrato durante un breve rientro a Roma per le vacanze), non poté resistere decidendo di rientrare nell'Università per diventare quello che dichiara di essere nel suo primo libro: un allievo di Francesco Calasso.

A spingerlo a cimentarsi con un tema di enorme impegno come la dottrina medievale della norma deve essere stata, in effetti, la vicinanza con Calasso, il quale era stato attratto fortemente verso il tema della legalità dall'esperienza della dittatura in Italia e in Germania, e dagli orrori della guerra. Da questa esperienza viva era nato – a dire dello stesso Calasso – lo studio sui *Glossatori e la teoria della sovranità*, scritto fra 1943 e 1944 e pubblicato una prima volta nel 1945: “in anni fra i più tragici della storia del mondo”, eppure in “un singolarissimo stato di serenità quasi incosciente come dà a volte la contemplazione della morte” (1). Nella scia del libro sulla sovranità, Calasso aveva approfondito temi che si sarebbero poi trovati al centro della ricerca del suo allievo: Cortese lo dichiara apertamente nella prima nota del libro, nella quale segnala i lavori del suo maestro dai quali egli aveva tratto ispirazione. In particolare, Calasso aveva messo in evidenza il parallelismo, presente nella dottrina medievale, fra il fenomeno dell'efficacia giuridica delle obbligazioni tra privati e il meccanismo teorico di produzione della norma giuridica: come il negozio giuridico traeva validità dall'incontro fra la *voluntas* dei soggetti e la *causa* più o meno tipica dei

(1) Come avverte Calasso introducendo la terza edizione dell'opera, uscita nel 1956.

contratti, così anche la norma doveva intendersi come il risultato dell'incontro fra la *voluntas* soggettiva del legislatore, che deve essere orientata a perseguire la *iustitia*, e la *causa* oggettiva della norma, portatrice di una carica equitativa. La forma medievale della legalità dell'ordinamento stava proprio nella funzione di questa *causa* oggettiva, che poteva ben dirsi "legalitaria" perché limitava il potere del legislatore obbligandolo a restare entro i limiti dell'equità.

Calasso se n'era occupato *ex professo* in un articolo del 1956 (2). Ma già concludendo il suo studio sulla sovranità, egli aveva proposto il binomio *causa / voluntas* come chiave di lettura sia dei rapporti obbligatori privati sia del fenomeno normativo. E già aveva segnalato il parallelismo "impressionante" del problema della sovranità con quello del rapporto fra *causa* dei negozi e volontà privata (167-168): è il problema che sarà poi trattato estesamente nel volume sul *Negozio giuridico*, uscito nel 1957 in una prima versione dedicata agli studenti, e poi nel 1959 in edizione definitiva.

Su questi due poli, quello della cornice di equità oggettiva (primo volume) e quello del potere soggettivo (secondo volume), Cortese costruisce la sua ricerca, che si è svolta lungo un decennio circa, mentre l'autore si divideva fra gli studi alla Biblioteca Vaticana e gli impegni didattici e amministrativi imposti dal suo ruolo di assistente ordinario nella Facoltà di Giurisprudenza di Roma.

Dall'esempio di Calasso viene anche un altro elemento fondamentale del volume di Cortese: la centralità del pensiero dei civilisti nell'elaborazione di questi principi dottrinali fondamentali. Una centralità che Calasso aveva tenuto a difendere (3) di fronte alla critica di Sergio Mochi Onory che, nel 1951, nel suo studio su *Fonti canonistiche dell'idea moderna di Stato* lo aveva accusato di sminuire il contributo dei glossatori canonisti alla costruzione di un diritto pubblico medievale (4). Per Calasso, la logica strettamente giuridica che i primi civilisti avevano distillato dalle fonti giustinianee aveva consentito anche ai

(2) *Causa legis: motivi logici e storici del diritto comune*, in *Rivista di Storia del diritto italiano*, 29 (1956), 25-37.

(3) Nella presentazione dell'edizione 1957 de *I Glossatori e la teoria della sovranità*.

(4) Vedi S. Mochi Onory, *Fonti canonistiche dell'idea moderna di Stato (Imperium spirituale – iurisdictio divisa – sovranità)*, Milano 1951, 9-11, nota 1.

canonisti di formulare un pensiero tecnicamente giuridico, e perciò il centro della sua attenzione storiografica rimaneva focalizzato sul *ius civile*.

3. La scelta di un punto di osservazione: la dottrina dei civilisti dei secoli XII e XIII

Cortese dunque segue Calasso nell'identificazione della dottrina dei civilisti medievali come momento fondamentale di formazione di alcune categorie destinate a restare al centro della struttura moderna della norma giuridica. Come il suo maestro, Cortese sceglie come punto d'osservazione le dottrine civilistiche; ma – differenziandosene – predilige i civilisti perché vuole entrare nel mondo intricato e complesso della scolastica giuridica adottando la stessa prospettiva che avevano adottato i suoi protagonisti, che erano o civilisti o canonisti, ma ancora, nel XII e XIII secolo, non erano mai entrambe le cose.

Le pur frequenti incursioni non solo nel diritto canonico, ma anche nella teologia sono percepite invece come *excursus* (5). Quelli che Cortese definisce “i pochi richiami” canonistici, a onor del vero, non sono dei semplici rimandi ma analisi profondissime, specialmente sulle questioni che vedono strettamente connessi il pensiero civilistico e quello canonistico. La sua intenzione di “limitare l'indagine” alla dottrina civilistica si concretizza però nella scelta di dare al diritto canonico un ruolo complementare nella trattazione, e di circoscrivere l'esame delle fonti

(5) Vedi ad esempio vol. I, pp. 47-50: parlando dell'accoglimento della definizione data da Graziano del *ius naturale*, Cortese sottolinea come i civilisti la accettassero, ma “volessero evitare di avallarla” (p. 49 nota 29). Più avanti, p. 98: trattando delle deroghe al diritto naturale, egli osserva: “I civilisti vi trovarono filo da torcere. Ma ancor prima di indirizzare all'esame del loro pensiero, il valore di una problematica che coinvolge i presupposti spirituali di tutto un mondo ed eccitò la particolare sensibilità dei canonisti consiglia di ricordare subito, anche se brevemente [ma è una brevità che si sostanzia in 9 densissime pagine], la trama del pensiero di questi ultimi”. L'indagine è rivolta ai civilisti, e i canonisti sono affrontati solo per fare da cornice. Lo stesso potrebbe dirsi pure per l'accenno alla delicata questione dell'arbitrio celeste che spetterebbe al pontefice in virtù della *plena potestas* (II, p. 217) configurando una concreta minaccia per quell'equilibrio nei rapporti tra l'ordine giuridico e i poteri del monarca tanto auspicato dai glossatori.

canonistiche a quelle edite o riprodotte dalla letteratura secondaria, senza entrare completamente nel mondo della letteratura canonistica manoscritta, come invece fa regolarmente per le opere dei civilisti.

Un atteggiamento simile Cortese adotta nei confronti dell'uso più o meno esplicito delle dottrine giuridiche nel terreno della politica. Il contesto politico è solo la cornice storica, che può aver sollecitato o anche sfruttato le dottrine giuridiche, ma non può averle condizionate fino in fondo, perché la scuola aveva i suoi metodi inflessibili, le sue *auctoritates*, le sue metodologie.

Ad esempio, nei primi tre capitoli del secondo volume, tutto dedicato alla volontà soggettiva del legislatore, i riferimenti al contesto politico entro il quale nascono e si sviluppano le dottrine dialettiche dei glossatori civilisti restano sullo sfondo. E ancora, nel capitolo sulla *voluntas populi* (vol. II, cap. 3) un paragrafo di sole quattro pagine (§ 9, pp. 138-142) è dedicato alla situazione politica del Regno meridionale, dove si assiste in effetti al passaggio “dal predominio delle forze centrifughe che governavano le forme organizzative altomedievali alla prevalenza di quelle centripete imposte dalla politica unitaria e accentratrice dei re normanno svevi” (p. 139). È una apertura rapidissima al contesto politico, destinata poi a fare da sfondo al volumetto sulla sovranità, pubblicato per scopi didattici nel 1966 (6). Qui, come in moltissimi altri casi, il rapido accenno manifesta la piena consapevolezza delle implicazioni politiche delle dottrine giuridiche che si compongono in ogni dettaglio nelle pagine del volume; e però l'interessamento per questi aspetti risulta volutamente attenuato, per rispettare la scelta metodologica di adottare lo stesso punto di vista dei civilisti del XII e XIII secolo.

Anche sotto questo aspetto, dunque, Cortese tende a riflettere i caratteri e i limiti della letteratura giuridica medievale che studia: i glossatori civilisti riducevano infatti il più possibile i riferimenti al contesto politico, alle fonti legislative contemporanee e alla dottrina canonistica e teologica. In molte occasioni rivelano di avere una perfetta cognizione di queste fonti, ma si trattengono dall'evocarle esplicitamente. Erano ben coscienti, evidentemente, che riferimenti palesi all'attualità,

(6) Ennio Cortese, *Il problema della sovranità nel pensiero giuridico medievale*, Roma 1966.

o un'ammissione anche implicita della funzione politica delle dottrine giuridiche, avrebbe avuto l'effetto di indebolire il rigore logico delle loro tesi, degradandole a semplici *argumenta* in difesa di un qualche potere.

Identico atteggiamento si coglie nella trattazione di Cortese. Come i riferimenti al diritto canonico e alla teologia, così anche quelli all'attualità politica contemporanea sono dispensati con estrema parsimonia dalle fonti: e Cortese sceglie di rispecchiare questa stessa reticenza nell'impianto del suo lavoro, rinunciando ad approfondire temi che pure gli paiono importantissimi, com'è attestato dalle molte digressioni, quasi sempre – e, verrebbe quasi da aggiungere, purtroppo – relegate nelle note.

4. L'offerta di temi di ricerca

E, in effetti, durante il mezzo secolo abbondante che è trascorso dalla sua prima pubblicazione, i più attenti lettori della *Norma giuridica* hanno imparato che spesso il ricchissimo apparato di note offre spunti per ulteriori ricerche, disegnati in densissime osservazioni, corredate di fonti e di brevi note di critica bibliografica.

Il libro è pieno di questi spunti. Ne elenchiamo alcuni qui per dare un'idea della loro ricchezza, ma avvertendo che essi sono davvero moltissimi.

Assai suggestiva può essere, per cominciare, la lettura del II capitolo del I volume nel quale si ripercorre l'analisi dei glossatori intorno al procedimento di enucleazione del *ius gentium* dal più ampio *ius naturale* e, in particolare, i tentativi che quei giuristi fecero onde ridurre o minimizzare i possibili contrasti tra i due sistemi (I, p. 79: si tratta di temi più che mai attuali, se si pensa al crescente numero di filosofi e giuristi che, su posizioni del tutto laiche, invitano alla riscoperta del fondamento etico del diritto e, in specie, di quello internazionale).

Nel quarto capitolo del primo volume, la nota 19 (p. 152) raccoglie la storiografia specialistica su Bracton, acclamato come il più precoce e coraggioso sostenitore della legalità, perché nel suo trattato si trova la famosa frase “*lex facit regem*”, destinata a una lunga storia che culminerà, negli Stati Uniti, nella massima “*in America law is king*”. Leggendo questa nota e quelle successive (fino alla 21) si coglie tra l'altro il tema interessantissimo del legame fra la dottrina inglese e quella dell'Italia meridionale, che in margine al *Liber Augustalis* sviluppa la dottrina

dell'*absolutio* del re dal diritto pubblico, ma della sua soggezione al diritto privato, sicché il sovrano dovrebbe essere vincolato dalle obbligazioni contratte con i sudditi. Il che apre la strada a una comprensione profonda del parlamentarismo, che non a caso si sviluppa rapidamente proprio in Inghilterra e nel Regno di Sicilia.

Nel vol. II (pp. 223-24, nota 137), ecco tornare il tema, con un tono più deciso di critica verso alcuni miti della storiografia inglese e francese, che ha voluto collegare l'equilibrio fra il potere del Re e l'ordinamento che gli sarebbe superiore ad "aspirazioni costituzionali connaturate da sempre nel suo popolo". E con il tema della tensione fra potere assoluto e legalità emerge anche quello del ruolo svolto dai parlamenti e dal *consilium regis*, che una corrente storiografica importante in Inghilterra, Francia e Germania aveva sottolineato con accenti diversi a seconda delle rispettive tradizioni nazionali. Nello stesso secondo volume, la nota 169 del cap. IV (pp. 231-234) riprende il tema per reinserire l'esperienza inglese nel contesto più ampio della cultura giuridica europea, che presenta elementi di forte unitarietà, pur nelle declinazioni nazionali.

Lungo tutto il primo volume, ch'è dedicato alle dottrine legalitarie, un protagonista onnipresente è quell'Andrea d'Isernia al quale Cortese aveva dedicato la sua tesi di laurea. Nel Regno di Sicilia che si fondava su una costituzione fortemente accentrata, Andrea è il paladino di una legalità nutrita di principi canonistici, che contrappone dialetticamente principi legalitari alle tirate monarchiche presenti nel *Liber Augustalis* e sottolineate dal suo glossatore ordinario, Marino di Caramanico (7). Ricomporre i passaggi del primo volume che richiamano il giurista di Isernia consente di ricostruire un quadro molto completo delle sue posizioni e dell'influenza che sulle sue dottrine pubblicistiche ebbe il diritto canonico ormai maturo.

Sul piano del diritto privato, la ricostruzione del dibattito dottrinale intorno al giuramento confirmatorio dei negozi, anche *contra ius* (vol. I, cap. I), non solo illumina sul rapporto medievale tra la "legge" e il "mondo etico-religioso", ma è anche un punto di partenza necessario per chi voglia studiare i contratti, la loro esecuzione e l'esercizio della relativa giurisdizione (statale o ecclesiastica) nella prima età moderna.

(7) Vedi ad es. I, p. 164-65.

5. Una peculiarità metodologica: la letteratura giuridica manoscritta

Si è visto che fu l'esempio di Calasso a determinare la scelta di Cortese di privilegiare le dottrine civilistiche, sentite come responsabili di una svolta nella cultura giuridica europea. Calasso vedeva il risultato di questa svolta nella creazione della legalità medievale, e la considerava come la preziosa eredità lasciata dal diritto comune a un'Europa che nella prima metà del Novecento sembrava averla tradita.

Caratterialmente restio a far proprio questo atteggiamento militante, Cortese si distacca però dal suo maestro per un più radicale rispetto del mondo intellettuale nel quale vivevano i giuristi medievali. Se è vero che le loro dottrine erano destinate a sopravvivere per secoli, grazie alle riprese e alle rielaborazioni dell'età moderna, fino alle trasfigurazioni e ai recuperi dell'oggi, d'altra parte è vero pure che queste riletture erano, per la gran parte, delle attualizzazioni. Come tali, esse non potevano rispecchiare la consistenza storica del ragionamento scolastico: perché riproponevano dottrine medievali quando il Medioevo era finito da un pezzo.

Una ricerca davvero storica, invece, doveva ricostruire filologicamente il pensiero medievale, e perciò poteva contemplare solo sporadicamente il destino che a quel pensiero avrebbe riservato il mondo moderno. Neppure poteva limitarsi ad indagare le dottrine medievali analizzando quanto di esse era stato riproposto alla cultura moderna dalla selezione operata dalla stampa, che aveva riprodotto soltanto ciò che poteva adattarsi a un pubblico con una sensibilità culturale ormai molto distante da quella del XII e XIII secolo. Per essere davvero filologica, dunque, la ricerca doveva ricostruire per quanto possibile il panorama complesso della letteratura manoscritta nel quale le dottrine studiate si muovevano, ignorare della futura invenzione della stampa.

Su questo punto, bisogna sottolineare che l'atteggiamento di Cortese verso le fonti è veramente innovativo rispetto alle consuetudini storiografiche del primo dopoguerra, e in particolare rispetto al metodo seguito da Calasso, il quale considerava il filtro della stampa come un fenomeno storico che aveva salvaguardato quanto del Medioevo era destinato a sopravvivere. Si affidava perciò al discernimento degli stampatori del Quattro e del Cinquecento per selezionare le opere che avrebbero poi davvero condizionato il pensiero giuridico. In questo suo non

accontentarsi dell'edito, Cortese si connette piuttosto alle esperienze scientifiche di Hermann Kantorowicz e di Stephan Kuttner alla cui lezione, evidentemente – al pari dei coetanei Peter Stein, Domenico Maffei, André Gouron, Rudolf Weigand, Antonio García y García, Manlio Bellomo, Peter Landau e Antonio Padoa Schioppa – il giovane Cortese non è rimasto insensibile, intravedendo quali e quante possibilità una simile ricerca potesse aprire.

Per Cortese, che si distacca in questo dal magistero del suo maestro, è la ricerca di prima mano sulle fonti manoscritte che consente di cogliere la profondità storica della dottrina. Al contrario di quel che riteneva Calasso, il suo allievo sapeva che né la stampa né le edizioni critiche potevano davvero rispecchiare l'universo intellettuale della scolastica, che era fatto di testi densissimi e brevi, di annotazioni, di riscritture, di collegamenti incrociati: di “testi vivi”, come è stato detto con espressione che non è solo formale. Senza accedere a questi testi vivi e vitali è impossibile anche ricostruire l'influsso delle prime dottrine dei glossatori su quelle più strutturate dei più tardi commentatori, e si finisce per avere un quadro deformato e cristallizzato del pensiero giuridico.

Questo processo è particolarmente chiaro quando si consideri la produzione dei giuristi di Orléans, che in gran parte non è passata a stampa. Essi attingevano a piene mani da un complesso di scritture di genere diverso dagli apparati di glosse e dalle *summae*: si trattava di *lecturae*, glosse sparse, *repetitiones*, *summulae*, *quaestiones*, piccoli *tractatus* che circolavano nei manoscritti, ma che avevano carattere troppo frammentario per meritare un'edizione da parte degli stampatori dell'età moderna. Perciò, anche per capire quanto di nuovo e quanto di vecchio vi sia nelle opere dei giuristi di Orléans è indispensabile avere un quadro completo di queste scritture, almeno per la parte che i manoscritti noti hanno conservato.

L'indagine sui 'legisti' di Cortese si estende pertanto a tutte le fonti conosciute: un panorama amplissimo di edizioni critiche moderne, edizioni antiche a stampa, letteratura manoscritta. D'altra parte, la straordinaria sensibilità storica e filologica dell'Autore non offusca affatto il suo sguardo di acutissimo giurista. L'urgenza di ricostruire il mondo testuale della scolastica non pone come obiettivo il testo medievale *per se*, ma si serve delle scritture come di un inaggirabile strumento per leggere, comprendere e storicizzare le dottrine giuridiche. La stessa ricostruzione dei testi si avvale sì di uno strumentario ecdotico, ma si fonda principalmente su

criteri interni, che sono essi stessi argomentazioni giuridiche (se ne può trovare un esempio già alla nt. 6 del primo capitolo, pp. 3-4).

È proprio questa analisi minuziosa di fonti disparate, osservate nel loro “ambiente naturale”, cioè la letteratura medievale manoscritta, che consente di restituire tutto il valore dialettico delle dottrine medievali: un valore che permane – come Cortese sottolinea – anche quando l’esame delle tesi contrapposte non conduce a soluzioni definitive, ma porta all’accoglimento di argomenti di entrambe. Affrontando il tema dei rescritti concessi su richiesta dell’interessato, ad esempio, una lunga nota (v. II, pp. 74-75 nota 68) dà conto dei tentativi di conciliazione avanzati da alcuni contemporanei tra le tesi di Piacentino e Giovanni Bassiano/Azzone (in merito all’introduzione della clausola “si preces veritate nitantur” per condizionare l’efficacia del rescritto alla veridicità della situazione esposta, v. II, p. 66). Questi tentativi di conciliazione non si affermarono; però “rivelano la diffusa consapevolezza che certi aspetti teorici di entrambe le posizioni antitetiche non potevano venir ripudiati *sic et simpliciter*”. In altri termini: l’opposizione era fondamentale nella struttura del pensiero scolastico, e anche quando gli argomenti esposti non arrivavano a sintesi in una vera e propria dottrina giuridica, tuttavia restavano parte della storia intellettuale della scolastica giuridica, ed esercitavano la loro influenza.

6. Conclusioni

Riconsiderato dopo oltre mezzo secolo dalla sua apparizione, il capolavoro di Ennio Cortese appare come uno straordinario esercizio di immersione in un universo intellettuale che ha marcato in profondità e in permanenza la mentalità occidentale. La stagione della scolastica giuridica è in qualche modo “rivissuta dall’interno”, a partire dalla piena comprensione del valore creativo insostituibile che in essa ebbe la sua intrinseca – e perciò ineliminabile – complessità e contraddittorietà: cioè il confronto fra *auctoritates* contrastanti, fra maestri e fra scuole diverse, che proponevano interpretazioni opposte. La *Norma giuridica* propone anche un metodo per osservare un oggetto così complesso: come si è detto, esso consiste nella scelta di un punto di osservazione soggettivo, che in

questo caso è la dottrina dei civilisti tra XII e XIII secolo. Questa scelta consente di esaminare il dibattito scolastico dall'interno, rinunciando programmaticamente alla prospettiva dello spettatore esterno: il mondo della scolastica giuridica medievale è osservato, per così dire, ad altezza d'uomo, e non dall'alto. Perciò, invece di disegnare mappe ben delineate, il disegno delle dottrine sulla norma si alimenta di problemi tecnici, di contrasti scientifici, offrendo qualche volta (ma solo per *excursus*) anche la cornice storico-politica nella quale le dottrine si inserivano e reagivano con la realtà concreta.

Ora, rinunciare al disegno "oggettivo" di una mappa sistematica significa entrare davvero nell'universo scolastico medievale, che non è sistematico ma dialettico. La sua forma testuale manoscritta rispecchiava proprio questa natura dialettica, e perciò era irriducibile nella pagina dei libri stampati, anche perché proprio al tempo della diffusione della stampa la cultura europea abbandonava la prospettiva dialettica tipica della scolastica per abbracciarne, invece, una sistematica che il Medioevo non aveva conosciuto.

Per queste ragioni la *Norma*, insieme ad altre ricerche storico-giuridiche pubblicate in Italia nello stesso giro d'anni, aprì una stagione degli studi di storia del pensiero giuridico affrontati con metodo filologico e attenzione predominante alla letteratura manoscritta.

A questo metodo Cortese si è sempre mantenuto fedele, nella convinzione che il pensiero giuridico medievale andasse indagato in tutta la sua ricchezza e profondità, ascoltandone armonie e dissonanze, ricostruendolo senza astrazioni ma nel rispetto della sua stringente logica interna.

Era una scelta che lo avrebbe portato, lui che si definiva "allievo di Francesco Calasso" fin dalla prima riga del suo grande libro, molto lontano dalle traiettorie seguite dal suo illustre maestro.

dedicato a Cecilia

PREMESSA

Questo lavoro è stato scritto da un allievo di Francesco Calasso. E come non nasconde, né potrebbe nascondere, la sua origine nella impostazione e nei risultati scientifici — si allude soprattutto agli studi che hanno sensibilizzato l'interprete della legalità medievale sul parallelismo storico tra le manifestazioni della vita dell'ordinamento e quelle dell'autonomia privata () — così vorrebbe porsi l'obiettivo di seguire la sua lezione metodologica.*

La dialettica tra il momento obiettivo e quello subiettivo della fenomenologia della norma costituisce la trama del discorso: l'uno sta al centro dell'indagine svolta nel primo volume e indirizzata alla causa legis, l'altro sarà il protagonista del secondo, dedicato alla voluntas.

Tengo ad avvertire che entro questi confini ristretti è contenuto il programma di ricerca, il quale elude inoltre la ricostruzione sistematica dell'istituto della 'legge': la trattazione di motivi staccati, ma posti come punti cruciali dell'elaborazione teorica dell'età intermedia, è sembrata infatti idonea a offrire un quadro forse storicamente più valido e più vivace.

L'aspetto obiettivo della norma apparirà alimentato da principî etici: arginata la loro diretta irruzione dal campo religioso, filtratone l'accoglimento per il tramite dei sistemi superiori (divino, naturale e delle genti), essi confluiranno nell'esigenza d'una giustificazione concreta, capace di legittimare ogni esercizio sia del potere in genere, sia di quello legislativo in specie. E la iusta causa, garanzia di legalità nel momento dinamico della creazione d'una norma, conserverà tale còmpito dopo la metamorfosi in elemento sostanziale e statico del ius conditum: all'atto dell'interpretazione, poi, si convertirà di nuovo in un principio attivo idoneo a reagire sull'ordinamento.

(*) Si pensi all'epilogo dei *Glossatori e la teoria della sovranità*, al *Negoziò giuridico*, al capitolo dedicato ai rapporti tra Stato e diritto negli *Ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*, all'articolo sulla *Causa legis: motivi logici e storici del Diritto comune* apparso nella *Riv. di storia del diritto italiano* del 1956 e negli *Scritti in memoria di Sergio Mochi Onory* editi due anni più tardi.

Di contro l'elemento subiettivo spinge in interiorum hominum la stessa giustizia ch'è il fondamento del diritto, esalta nel ius l'atto volitivo del principe o del popolo, e lo definisce coll'esame del processo formativo del consenso. Poi sublima la voluntas nell'auctoritas legislatoris, la alimenta con la plenitudo potestatis, la riflette nei verba e qui lascia che ingaggi con la causa o ratio una battaglia per la preminenza.

Quanto alle fonti, si è messo a fuoco il pensiero civilistico fino ai primordi del Commento, limitando cioè l'indagine alla fase dottrinale più ricca di impulsi creativi e caratterizzata, pertanto, come quella del Diritto comune classico. I contributi canonistici sono stati esclusi da queste ricerche: i pochi richiami riguardano sia i massimi problemi di teoria generale, che rappresentano i pilastri della stessa forma mentis del giurista, sia i punti ov'è sembrato che le elaborazioni dei legisti non potessero venir staccate da quelle canonistiche.

Inutile avvertire, infine, che nella trascrizione dei manoscritti — e prego di perdonare le eventuali inesattezze facilitate dalla frequente lettura in riproduzioni fotografiche — sono stati senz'altro corretti gli evidenti errori meccanici degli amanuensi, si son racchiuse tra parentesi quadre le integrazioni e tra parentesi semplici sia le annotazioni proposte, sia le varianti (e soltanto le maggiori) presentate da altri manoscritti, sia, talvolta, i singoli segni che appaiono aggiunti arbitrariamente dallo scriba nel corso di parole e dei quali si consiglia l'espunzione. Per ragioni di uniformità si è in genere preferita la grafia moderna, scegliendo l'antica solo nei casi in cui questa rispondesse a usi notoriamente comuni e non fosse stata comunque modificata nelle edizioni successive: si è così adottato il dittongo citando queste ultime e non trascrivendo manoscritti.

Non posso concludere senza esprimere la mia riconoscenza all'amico Domenico Maffei, per le indicazioni bibliografiche, il controllo di talune fonti inedite, l'aiuto nella revisione delle bozze.

e. c.

CAPITOLO PRIMO

La ‘legge’ di fronte al mondo etico-religioso

SOMMARIO: 1. Origine di una leggendaria disputa attribuita a Bulgaro e Martino. — 2. Notizie discordanti circa i veri protagonisti e i termini reali della polemica. — 3. Tendenze a comprimere l'efficacia vincolante del giuramento come fatto morale. — 4. Diffusione di tale indirizzo. — 5. Approcci a una teoria generale dei rapporti tra l'efficacia del contratto e quella del giuramento aggiuntivo. — 6. Riflessi su una problematica affine: si può derogare a uno statuto iniquo rafforzato da giuramento? — 7. Espedienti tecnici proposti dalla scuola più tarda per consentire l'abrogazione degli statuti giurati eludendo il peccato di spergiuro. — 8. Indirizzi canonistici e talune analogie con le tendenze civilistiche. — 9. Divergenze di fondo: le opposte posizioni di Cino e di due maestri canonisti in una controversia. — 10. Conclusioni sulle forze storiche che alimentavano la contesa in tema di contratti giurati da minori. — 11. La costituzione *sacramenta puberum* di Federico Barbarossa. — 12. La scuola ultramontana e la reinterpretazione della *sacramenta puberum*. — 13. La l. *non dubium* di Teodosio. — 14. Significato storico di talune polemiche intorno all'efficacia della legge teodosiana. — 15. Epilogo delle discussioni avviate dalla leggendaria disputa tra Bulgaro e Martino. — 16. Conclusioni.

1. Narra una famosa leggenda formatasi nello studio bolognese che Bulgaro e Martino si trovarono in disaccordo, com'era loro costume, sull'interpretazione di una norma del Codice. Era un rescritto di Alessandro Severo che conteneva una secca risposta negativa alla pretesa avanzata da un soldato minorene, il quale aveva eseguito la vendita di un fondo e l'aveva rafforzata con solenne giuramento «corporaliter praestito», ma ora si rivolgeva all'imperatore perché gliela invalidasse. Sembra quasi di avvertire nella replica tagliente del sovrano un tono di sdegno: a venire incontro alla richiesta del giovane egli si sarebbe infatti sentito corresponsabile di uno spergiuro: «...neque perfidiae neque periurii me auctorem futurum sperare tibi debuisti» (1).

(1) *Cod.* 2, 27[28], 1.

E il problema giuridico veniva così tratto su un terreno fecondato da quei principî etico-religiosi che il concetto di spergiuro evocava con immediatezza.

Non v'è norma, per quanto chiara e recisa essa si riveli a prima vista, che non riesca a palesare punti dubbi a qualunque interprete fornito di un minimo di acume e di senso critico; così l'attenta analisi condotta da Bulgaro e Martino sul rescritto di Severo non aveva tardato a portare l'uno e l'altro su posizioni del tutto differenti. Bulgaro aveva ritenuto che il giuramento rendesse stabile il negozio di un minore, escludendo la normale *restitutio*, solo se quel contratto fosse stato comunque valido *ipso iure*, lo si fosse cioè compiuto in ottemperanza a tutte le formalità prescritte, che andavano dall'eventuale intervento del tutore all'obbligo, specialmente, di adire il magistrato per ottenerne l'emanazione di un decreto di assenso (2). Martino, invece, era stato incline ad accordare al giuramento un'efficacia ben più larga, e si era risolto a interpretare la norma di Alessandro come un comando volto a rendere fermi tutti i contratti giurati, fossero questi persino nulli per vizi di forma: come appunto soleva essere il caso quando si trascuravano le solennità che il diritto imponeva agli atti giuridici dei minorenni (3).

Posto in questi termini il dibattito andava chiaramente al di là da una polemica sull'interpretazione della 'lettera' di un rescritto imperiale e apriva anzi le porte a un'azione di fondo di quelle correnti religiose che la stessa allusione di Alessandro Severo allo spergiuro richiamava.

2. Se si abbandonano le testimonianze più recenti — quelle che vanno da Azzone a Odofredo, per intenderci — e si cercano notizie in età più antica, il quadro del dibattito e dei suoi protagonisti sembra offuscarsi e molti punti si nascondono in un'ombra improvvisa, sicché a chi voglia ripercorrere con la fantasia la strada lungo la quale si è svolta la tradizione di quella polemica sembra di cogliere un rapido progredire della leggenda, che ha finito coll'impadronirsi di un 'fatto' e l'ha narrato in un linguaggio che alla scuola medievale doveva suonare quasi simbolico.

(2) Cfr. *Dig.* 27, 9, 1, 2.

(3) La famosa polemica corsa tra i due dottori è entrata, com'è noto, nel patrimonio comune della storiografia dopo l'illustrazione datane dal SAVIGNY, *Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter*², IV, p. 183 sgg., tr. it. BOLLATI, II, Torino, 1857, p. 99 sgg.

Simbolici apparivano senz'altro i personaggi di Bulgaro e Martino. Ma le raccolte di *dissensiones*, sin dalla più antica che probabilmente risale quasi all'epoca dei quattro dottori, fanno correre la polemica tra Martino e Iacopo, svuotandola così del fascino che certo esercitava il veder contrapposte le figure quasi favolose dei due grandi capiscuola, eterni avversari. Per di più tolgono a Martino la paternità di una dottrina che ben si addice alla sua personalità tradizionale, e lo indicano come il fautore della tesi moderata, quella che restringeva l'efficacia del giuramento alla sola ipotesi di una vendita effettuata dal minore *cum decreto*, ossia nell'osservanza delle forme: tesi che la leggenda farà poi risalire a Bulgaro (4). Si sarebbe invece attestato sulle posizioni estreme, anziché Martino, Iacopo, per il quale il contratto del minore, concluso o non con l'intervento del *decretum*, sarebbe stato comunque reso stabile dal giuramento, con l'unica eccezione a favore del fanciullo posto sotto tutela «...qui non prohibetur adversus iusiurandum venire, quoniam non videtur periurare, qui sciens fallere non videtur...» (5).

Le notizie offerte dalla collezione di Rogerio sembrano trovar puntuali conferme in tutte le altre (6), ma almeno la testimonianza delle tre più antiche

(4) Tra le varie raccolte edite, la più vicina all'originaria formulazione della *dissensio* è certo quella di Rogerio: «...Dicit Martinus non posse venditorem contra venditionem venire, si facta fuerit decreto, quo casu necessaria est restitutio, quae necessaria non esset si venditor non teneretur...» (ROGERII *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, p. 98 sg.).

(5) Così viene esposta la teoria di Iacopo: «...Iacobus dicit illam legem, C. si adversus venditionem (Cod. 2, 27[28], 1) generaliter loqui, ut, quocumque modo venditio a minore fiat, decreto interveniente vel non, firmata cum iureiurando, adversus eam non possit venire, ne auctor habeatur periurii, et via aperiatur periuriis per leges, quae periuria puniunt, ea distinctione adhibita, an pupillus sit qui iuravit, qui non prohibetur adversus iusiurandum venire, quoniam non videtur periurare, qui sciens fallere non videtur, ut ff. de iureiurando, l. qui iurasse (Dig. 12, 2, 26)». Quest'ultima eccezione, importante sì all'atto pratico, ma tale da non scalfire affatto la posizione teorica, sottolinea ancora come il punto di vista si concentri sull'atto accessorio del giuramento, mettendo invece da parte l'esame del negozio sostanziale.

(6) Non solo nella posteriore raccolta di Ugolino (HAENEL, *Dissensiones*, cit., p. 53, nota *t*) e in quella anonima pubblicata dallo SCIALOJA (*Di una nuova collezione delle Dissensiones dominorum*, § 59, in *Studi e documenti di storia e diritto*, IX, 1888, p. 281, ora in *Studi giuridici*, II, Roma, 1934, p. 359), ma anche nella più antica *Vetus collectio* (§ 66, HAENEL, *Dissensiones*, cit., p. 52 sg.), che pur sembra contenere una variante sostanziale: riportata in uno solo dei due codici utilizzati dall'editore,

si rivela incompleta. Un'elegante formula, che sappiamo di Bulgaro (7), dimostra infatti che questi condivideva le moderate idee ricondotte all'insegnamento gossiano dalle *Dissensiones*: onde la raccolta di Ugolino poté riprendere quella formula per chiarire la teoria precedentemente esposta sotto il nome di Martino (8).

tale variante è però sicuramente il frutto dell'interpolazione d'un glossema più tardo. La eliminerei, quindi, espungendo le parole «sive sine decreto» («Martinus dicit quod si minor vendidit cum decreto sive sine decreto, et iuravit, non posse contra venditionem venire») perché in stridente contrasto con l'affermazione successiva, ove si configura senza ombra di dubbio il solo caso di un negozio formalmente valido, ossia concluso *cum decreto* («quo casu necessaria est in integrum restitutio, quae necessaria non esset si venditor non teneretur»). Che le parole «sive sine decreto» siano state interpolate riceve d'altronde conferma da un confronto con i passi corrispondenti di tutte le raccolte più tarde, su questo punto pedissequamente aderenti all'esemplare genuino della *Vetus collectio*. Se l'errore d'un amanuense può spiegare come il glossema si sia introdotto nel testo, la sua formazione è certo dovuta al tentativo mal riuscito di qualche lettore che intendeva ricondurre la tesi di Martino ai termini posti dalla leggenda, evidentemente ormai diffusa ai suoi tempi.

(7) Gl. marg. in *Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*, PARIS, lat. 4536, fo. 39ra: «prestito sacramento accedente decreto officio non utere, nam accedente decreto tuo iure utere. Nam pretor suum, non tibi tuum denegat auxilium. b.». Le numerose varianti non intaccano il punto essenziale della massima, che così riappare in un codice vaticano: «venditi cum decreto [...] non tibi tuum sed tibi suum pretor denegat auxilium. b.» (*Vat. lat.* 11599, fo. 33ra). La brillante formula di Bulgaro fu divulgata dalla sua scuola: cfr. la *Summa Codicis* di GIOVANNI e AZZONE, BRUXELLES 131-34, fo. 65va; AZONIS *Lectura Codicis* in l. *si minor*, cit.; HUGOLINI gl. in l. *si minor*, cit., nel *Vat. lat.* 11599, fo. 33rb e *Dissensiones* nel passo riportato alla nota seguente; KAROLI de TOCCO *Comm.* in l. *si minor*, cit., nel ms. PARIS, lat. 4546, fo. 33rb (il frammento, sotto il nome di Roffredo, è edito dal SAVIGNY, *Gesch.*, cit., IV, p. 186, tr. it. cit., p. 101. È da notare che il commento parigino della l. *si minor* è siglato: si tratta in apparenza della lettera K., che dovrebbe confermare l'attribuzione a Carlo di Tocco). Infine ACCURSIO ne perpetuò la fama (gl. *emptori*, ca. me., in l. *si minor*, cit.).

(8) Appunto per significare che il minore, giurando un contratto, esclude un proprio successivo ricorso alla *restitutio in integrum*, ma non convalida il negozio che fosse nullo — sarebbe l'idea attribuita a Martino dalle raccolte di dissensi —, Ugolino narra che «...usus est dominus Bulgarus talibus verbis: 'non tibi tuum sed tibi suum praetor denegat auxilium', id est, non denegat praetor quin iure tuo contra venditionem venire possis, puta: quando venditio fuit ipso iure nulla, et sic non denegat tibi tuum auxilium praetor, sed suum, scilicet quod non restitueris in integrum cum venditio teneat, puta: quia cum decreto vendidisti et insuper sacramento venditionem illam firmasti, et sic suum denegat auxilium...» (ed. HAENEL, cit., p. 53, nota t).

Sicché i due grandi maestri che, in questo problema come in tanti altri, appaiono divisi dal loro proverbiale antagonismo nelle fonti che vanno da Azzone in poi, nelle collezioni di dissensi sembrano invece legati da un sostanziale accordo. Il risultato di questa breve indagine parrebbe scoraggiante. Ma c'è da chiedersi: è proprio indispensabile che la leggenda venga ad ogni costo tramutata in dati storici? Non ci si può forse servire delle notizie che essa offre comunque, per il fatto stesso che rende palesi i termini in cui la scuola la discusse?

3. Chiunque abbia dato inizio alla polemica, certo è che questa ebbe a suoi protagonisti due angoli visuali ben diversi: l'uno aveva come obiettivo di inserire il giuramento, rafforzatore del negozio, nel meccanismo tecnico del contratto e tendeva a illuminare soprattutto i vari movimenti di quel meccanismo; l'altro invece era indirizzato a dare la prevalenza alla forza vincolante del giuramento, e a questa subordinava l'efficacia del negozio.

Partigiani di tale ultima tendenza, che le *Dissensiones* vedono inaugurata da Iacopo, sarebbero stati il Piacentino e Pillio (9), ma le precisazioni ch'essi credono di dover portare limitano molto l'originaria ampiezza della teoria: vi sono circostanze in cui il giuramento non può precludere al minore ogni possibilità d'intaccare l'avvenuta compravendita; così, verificandosi una *laesio enormis*, deve essergli lasciata la possibilità di chiedere la rescissione del contratto. Rimedio che i più rigidi estremisti negavano tutti, convinti che «...omnem viam agendi per sacramentum sibi esse exclusam...» (10).

(9) Cfr. le *Dissensiones dominorum*, edite dallo SCIALOJA, § 59, loc. cit. Anche PLACENTINI *Summa Codicis*, I, 14 *de legibus et const.*, post me. («...si minor praedium vendiderit, eiusve curator, etiam sine decreto, et iuravit se non moturum controversiam, non auditur...») e II, 28 *si adversus venditionem* («...Restituitur autem minor qui vendidit si nullo modo iuravit, sed et si verbotenus tantum iuravit. Porro si corporaliter iuravit non restituitur, id est si iuravit se contra venditionem non venturum, etiam sine decreto factam, iudicio meo...»).

(10) *Dissensiones*, cit., § 60, p. 359 sg. [281 sg.]. Cfr. anche la raccolta di Ugolino, ed. HAENEL, cit., p. 278 sg. Pillio dedica d'altronde una *quaestio* all'argomento e la soluzione, pur limitata a poche, scarse parole, rispecchia abbastanza bene l'opinione attribuitagli dalle citate raccolte di dissensi (cfr. PILLII *Quaestiones aureae*, q. 20, specie nr. 4).

Che il Piacentino e Pillio non fossero alieni da soluzioni di compromesso si può anche desumere da uno spunto originale attribuito loro, ossia che il giuramento avesse la sola efficacia d'una rinuncia ai privilegi accordati dall'ordinamento alla minore età: «...in minorum venditionibus hoc facit sacramentum, quod in aliorum maior aetas operatur...». È significativo che si tentasse di adottare così una terminologia giuridica più tecnica, e si allontanasse la problematica da quel terreno religioso ove il principio dell'indissolubilità del giuramento era più forte.

A voler guardare alla direzione in cui questo tentativo si svolgeva, essa non appare diversa da quella seguita dalla corrente dottrinale opposta, dagli indirizzi moderati, che appunto intendevano dare una interpretazione restrittiva della norma romana e insegnavano che questa agiva nell'unico caso di negozio formalmente valido, precludendo cioè al minore la sola strada della *restitutio in integrum*, e non quelle normali aperte dal diritto comune. Ancora una volta, la scuola gosiana non ci appare decisamente polemica nei confronti dei tradizionali avversari: la formula «propter sacramentum a iure speciali, non communi excluditur», ch'è attribuita a Martino dalla glossa ordinaria, al Piacentino e a Pillio dalle *Dissensiones* (11) — e avrebbe dovuto

(11) ACCURSIO, gl. *periurii* in *Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*: «...vel dic, secundum Martinum, religio sacramenti facile repellit aliquem a privilegio quod haberet in contractu licite inito si non iurasset... sed a iure communi, quod quis haberet ut rescinderet pactum si non iurasset, non repellitur licet iuraverit...». Si può notare che AZZONE aveva riferito la tesi a generici *sapientes* (*Summa Codicis*, II, *si adversus venditionem*, nr. 2), ma ciò non deve far supporre, come potrebbe, un'allusione alla scuola avversaria, perché si sa ch'egli stesso aveva aderito alla teoria (gl. *sacramenta* in *Auth. sacramenta* post *Cod.* 2, 27[28], 1, cit., PARIS, lat. 4536, fo. 39rb: «Quid si maior contra legem contrahat et iuret? Non obstat iusiurandum, quia per iusiurandum ius commune non aufertur, sed privilegium etatis... az.»). Tralasciando di trarre ulteriori congetture sulla paternità della dottrina dal fatto ch'essa appare già difesa da ROGERIO (*Summa Codicis*, II, 20 *si adversus venditionem*, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 77: «...in venditione rei propriae dicit minorem adversus venditionem, quae communi iure valet, restituendum, nisi sacramento corporaliter praestito roborasset eam»), responsabili dell'attribuzione al Piacentino e a Pillio sono invece le *Dissensiones* edite dallo SCIALOJA, § 60 (*Studi e doc.*, cit., p. 282, *Studi giur.*, cit., p. 359) e quelle di UGOLINO, § 37 (ed. HAENEL, cit., p. 279). Quanto al valore storico della formula, appare oltremodo suggestivo inserirla nella cornice del più vasto problema delle rinunce a diritti soggettivi, come ha fatto il MEYNIAL in un'opera ormai classica (*Des renonciations au Moyen Age et dans notre ancien droit*, in *Nouv. Revue hist. de droit fr. et étr.*, XXV, 1901, p. 246 sgg.). L'unico appunto che si potrebbe fare all'autore francese

spiacere, se fossero stati coerenti, ai presunti seguaci della tesi di Iacopo (12) — non poteva fare a meno di venir accolta dagli oppositori.

Anzi taluno preferì ricondurne proprio a questi la paternità.

4. L'ignoto (13) che raccolse precedenti glosse, e le convogliò nell'apparato ordinario alla costituzione *sacramenta puberum* dei *Libri feudorum*, preferisce infatti i nomi di Giovanni e Bulgaro (14). E, tutto compreso, non si vede alcuna ragione di respingerne la testimonianza: la massima soddisfaceva alle tendenze, ormai comuni a tutta la scuola, dirette uniformemente a inquadrare il giuramento nel sistema del diritto, togliendogli l'efficacia esorbitante che una sopravvalutazione del suo aspetto religioso poteva assegnargli. D'altronde la glossa anonima

è quello di aver derivato le dottrine sulla rinunciabilità, mediante giuramento, dei privilegi relativi alla minore età dalla sola costituzione *sacramenta puberum* di Federico Barbarossa. Norma certo importantissima e di cui più oltre occorrerà trattare a lungo, ma non fonte esclusiva dei dibattiti: come dimostra la leggenda, che motiva l'intervento dell'imperatore col suo desiderio di placare le contese già scatenate dalla l. *si minor*. Il momento di maggior rilievo nell'esposizione del Meynial è il nesso ch'egli ha saputo stabilire tra il problema teorico e quello pratico: la rinunciabilità delle norme speciali in tema di contratti dei minori, mal vista dalla tradizione romana, sarebbe stata proposta da vecchie consuetudini germaniche.

(12) In realtà, trovar rigidi fautori di tale tesi è raro, ve ne dovettero essere soltanto tra i più antichi: uno dei pochi è l'anonimo d'un ms. parigino. Il suo esplicito rifiuto della massima in esame è riportato in una glossa interlineare alla l. *si minor* (*Cod. 2, 27*[28], 1), ove alle parole *nullam... controversiam* egli aggiunge: «neque iuri communi, neque singulari» (PARIS, *lat.* 4536, fo. 39ra).

(13) Le sue fonti sarebbero state glosse di Alberico e Pillio: cfr. MEIJERS, *Les glossateurs et le droit féodal*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XIII, 1934, ora in *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 265, nota 22.

(14) Cfr. gl. *super contractibus*, post. pr., in *Lib. feud.*, II, 53 *de pace tenenda inter subditos et iuramento firmanda*, § *item sacramenta puberum*: «...Item quaero, quid si minor vendiderit et iuraverit et deceptus sit ultra medietatem iusti precii an possit venire contra? Respondet Placentinus utique, quia agit vel ut iustum precium suppleatur, vel ut rescindatur contractus... sed Ioannes et Bulgarus [è tuttavia possibile che originariamente la sigla citata fosse Io. b. e indicasse pertanto il solo Giovanni Bassiano: errori di questo tipo sono frequenti nelle edizioni a stampa] idem sed alia ratione, dicendo quod sacramentum nihil aliud operatur, nisi quod repraesentat eum [ossia il minore] maiorem... sacramentum enim interpositum privat eum a privilegio suo scilicet restitutionis, quod ei propter aetatem competit, non autem a iure communi, quia hoc non potest facere... nec mirum quod difficiliter tollitur ius commune quam privilegium, cum etiam difficiliter inducatur...».

or ora ricordata e un frammento forse risalente a Carlo di Tocco (15) confermano che, per una volta, sia il Piacentino, sia il Bassiano erano giunti alla stessa soluzione, seppure per vie diverse: e il sapere sostanzialmente concordi due avversari abituali, e per di più in una materia ove gli opposti indirizzi delle rispettive scuole potevano avere un certo peso, dà la misura di quanto appunto fosse diffusa l'esigenza d'innestare la questione sempre più solidamente sul terreno tecnico-giuridico.

Aperta la strada all'esame analitico del problema, le distinzioni dovevano finire con l'accavallarsi l'una all'altra.

Se non sembra gran che suggestiva quella di un misterioso glossatore — lo Scialoja opina possa essere o il Cacciavillani o Guglielmo da Cabriano — il quale tiene separato il caso di un contratto non formale del minore da una vera e propria *stipulatio*; se non val la pena di fermarsi sulla distinzione tra vendite cui sia seguita e vendite cui non sia seguita la *traditio* del bene — sembra ne sia l'autore addirittura Azzone (16) —, appare invece più interessante l'opinione ch'è fatta risalire al Bassiano, non tanto per le conclusioni cui conduce, che son quelle moderate ormai correnti, quanto per la motivazione originale. Accordando al minore di chiedere la rescissione di un contratto provando l'avvenuta *laesio enormis, ultra dimidiam*, il giurista ricorre infatti a un espediente per salvarlo dal pericolo dello spergiuro, e propone di immaginare che «...non *intelligitur* iurasse nisi de his in

(15) Si veda la gl. *super contractibus* alla nota precedente. Quanto a Carlo di Tocco, egli riconduce addirittura al Bassiano e al Piacentino, nonché le stesse soluzioni, anche i medesimi argomenti (a meno che la sigla p. del ms. non sia stata erroneamente sostituita dall'amanuense alla sigla b., e si debba quindi ascrivere la teoria comune ai soliti Bulgaro e Giovanni): «...Item queri solet si sacramentum tale, scilicet ratione minoris etatis interpositum, oberit, si minor velit rescindere venditionem, qui dicat dolum dedisse causam contractui, vel ultra dimidiam dicat se deceptum. Respondeo secundum io[annem] et p[lacentinum] non oberit, quia non propter hoc iusiurandum interpositum fuit, sed sola ratione minoris etatis, idest ne tanquam minor veniat. D[icunt?] enim minor, [cum?] ad iusiurandum fuit adactus, de eo iure cogitasse ut ratione minoris etatis non rescindat contractum, sed in eo sit statu tanquam si maior esset. Sicuti ergo maioribus venire contra propter supradictas causas [licet], ita et huic minori...» (KAROLI DE TOCCO *Comm. in Cod. 2, 27[28], 1, cit., ante me., PARIS, lat. 4546, fo. 33rb*).

(16) L'esposizione di queste due ultime teorie è nelle *disensiones* pubblicate dallo SCIALOJA, § 60, p. 282, ora negli *Studi giur.*, cit., p. 359 sg.

quibus iuvatur vel iuvari poterat ratione minoris aetatis...» (17). Se l'ipotesi di una presunzione in tal senso sembra un po' forzata, l'obiettivo è chiaramente quello di raggiungere la regola ormai nota che *propter sacramentum a iure communi non excluditur*, ma dal fondo dei ragionamenti del giurista, che tendeva da tempo a calare il problema entro la fredda tecnica del diritto, sembra riemerga all'improvviso lo spettro dello spergiuro, con tutte le sue implicazioni morali, e lo intimorisca, tanto da indurlo a immaginare appunto un ardito gioco di presunzioni che plachino la sua coscienza di uomo medievale.

5. In realtà, i tentativi fatti dalle prime generazioni di maestri non erano riusciti a eliminare in questa materia l'opposizione dialettica — storicamente feconda — tra il mondo etico-religioso e quello del diritto; l'esigenza di approfondire le indagini sollecitò la dottrina più tarda ad allargare talvolta i termini della problematica e ad uscire dai primitivi confini posti da quella norma di Alessandro Severo che intendeva rivolgersi soltanto alle compravendite concluse dai minori.

E si passò così, ma in verità non in maniera sistematica, a esaminare l'incidenza del giuramento sulla categoria generale del contratto.

(17) Cfr. HUGOLINI *Dissensiones*, § 37 in fi., ed. HAENEL, cit., p. 279. In fondo, anche il Piacentino si preoccupa di evitare al minore lo spergiuro: dovendo il fanciullo chiedere alternativamente la reintegrazione nel prezzo o la rescissione del negozio, la responsabilità di un'eventuale scelta di quest'ultima soluzione ricadrebbe solo sul compratore (se della teoria non esiste traccia nella *Summa Codicis*, v'è però la testimonianza della gl. *super contractibus* in *Lib. feud.*, II, 53, cit.).

La tesi non piacque: e val la pena di ricordare un paio delle critiche più interessanti che le furono mosse. Anzitutto quella della *lectura* parigina che risale forse a Carlo di Tocco: essendo il prezzo elemento sostanziale della vendita, chiedendone l'aumento il minore già contravviene ai termini giurati del primitivo negozio (KAROLI de TOCCO *Comm. in Cod. 2, 27*[28], 1, cit., PARIS, *lat.* 4546, fo. 33rb ca. fi.: «...nam dum minor pretium augeri querit, licet videatur quodam modo ut venditioni stetur, unde prima facie non videtur contra venditionem venire, tamen quia pretium specifica forma est emptionis et eius substantia, constat enim emptionis substantia ex pretio, dum querit mutare pretium querit mutare substantiam emptionis, quia aucto vel diminuto pretio alia atque alia emptio contracta videtur...»). Qualche decennio più tardi, ancora più recisa è l'obiezione di IACOPO d'ARENA, pur generalmente propenso ad accentuare l'efficacia del giuramento (cfr. infatti il suo *Comm. in Cod. 2, 3, 39, de pactis*, l. *si quis in conscribendo*, nrr. 4 e 5): «...quod prohibitum est simpliciter, prohibetur etiam per alternationem...» (*Comm. in Dig. 28, 7, 8, de conditionibus institutionum*, l. *quae sub conditione*, nr. 1).

Qui basterà ricordare che il punto di maggiore interesse ai nostri fini è quello dell'efficacia d'un giuramento annesso a negozi *contra legem*; fu un tema sul quale vere polemiche non sorsero perché tale efficacia era negata dalla celebre l. *non dubium* di Teodosio (18): unica eccezione ammessa, il solito caso del negozio concluso dal minore *sine decreto*, ove, secondo le formulazioni più ardite, spettava proprio al giuramento di attribuire l'*actio* alla controparte (19).

L'uniformità della dottrina dominante esime, dunque, da una minuta descrizione; se occorre appena ricordare ch'essa rispecchiava, bene le tendenze scientifiche illustrate sinora, è opportuno fermare l'attenzione su un paio di enunciazioni brillanti nelle quali conflui col tempo.

La più suggestiva si rivela totalmente condizionata dal desiderio di eliminare la grave alternativa tra la salvaguardia d'un principio giuridico e il peccato di spergiuro; diffusa nella scuola ultramontana (20), essa sfocia in un sillogismo che doveva placare le esigenze della logica e soddisfare le necessità della coscienza: «... per iuramentum firmatur contractus ... sed contractus qui est nullus non est contractus...» (21).

Tenendo presente, poi, come per il giurista medievale un negozio rivelatosi invalido lasciasse il posto a una convenzione semplice, l'indagine dei rapporti tra questa e il giuramento s'imponeva. Ne scaturì una significativa conclusione: l'efficacia di entrambi venne equiparata. Era una teoria che aveva una sua logica, non solo perché i civilisti negavano sia all'una, sia all'altro la capacità di creare

(18) *Cod.* 1, 14, 5, 2.

(19) GUIDONIS de SUZARIA *Lectura* in Auth. *sacramenta* post *Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, PARIS, lat. 4489, fo. 39rb: «...Sed dic contra quod iuramentum factum a pubere contractus inutiles seu nullos privilegio etatis solum firmat, non inutiles iure communi; cum ergo iure communi ex pacto actio non detur iuramentum faciet eam dari. G.».

(20) Ancora a proposito dei contratti nulli giurati dai minori, commentando la l. *si minor* (*Cod.* 2, 27[28], 1), il BELLEPERCHE nota: «...imperator dicit quod (C om: quod) non debuisti sperare me a[u]ctorem periurii, si non tenet contractus, tunc non esset a[u]ctor periurii...» (FIRENZE, *Laurenz.*, *Plut.* 6 *sin.* 6, fo. [112]ra post pr. e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34 (C), fo. [71]rb).

(21) IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in Auth. *sacramenta*, cit., 2^a col. in pr. Ancora più suggestiva la giustificazione teorica datane da Oldrado: «...cum iuramentum non augeat obligationem, sed ei intra suos limites manenti addat religionis vinculum...» (OLDRADI PONTANI *Cons.* 238, nr. 2).

un'obbligazione civile, ossia di generare un'azione, ma anche perché il restringere la forza obbligatoria comune al campo del diritto naturale significava attirarla nel mondo più prossimo a quello etico-religioso.

Se le origini di tale dottrina sono antiche — la si sa discussa ad Orléans (22) e quindi in Italia dai commentatori — essa ebbe non soltanto il merito di accentuare, nel giuramento, la qualità di istituto giuridico — se il «...pactum nudum valet quando lege aliqua confirmatur», scrive Iacopo da Belviso, così «...sacramentum ideo valet quia iure comprobatum est...» (23) —, ma contribuì altresì a legarlo al contratto principale al medesimo modo in cui questo è vincolato a una sua clausola pattizia, o anche alla convenzione semplice sulla quale si fonda.

Fu questa la strada per cui si giunse all'ultima disciplina del giuramento: la subordinazione di tutta la sua esistenza a quella del negozio ch'esso rafforzava. «...Iuramentum non extenditur ad ea, ad quae non extenditur conventio», scrive Bartolo (24), e con maggiori pretese stilistiche Angelo degli Ubaldi ripete: «...nec ad plus extenditur iuramenti potentia, quam extendatur promissionis virtus...» (25). Non è qui solo la *voluntas partium* che, come cercava di sfuggire all'azione cristallizzatrice della *stipulatio*, si sottrae ora alla corazza formale del giuramento: è addirittura la natura di quest'ultimo che appare trasformata.

Le vecchie teorie relative ai contratti invalidi dei minorenni trovano adesso una giustificazione inappuntabile: «...regula est quotiens contractus factus cum minore de iure communi non valet ipso iure, et tunc sacramentum interpositum a minore nihil operator, *quia si non valet principale, nec accessorium...*» (26).

(22) Commentando l'Auth. *sacramenta*, già citata, e il solito caso della *restitutio* del minore, il BELLEPERCHE riporta l'opinione e la fa propria: «...regula est quod indistincte ubi pactum non excludit a beneficio, nec sacramento interpositum ex eo excludit...» (FIRENZE, *Laurenz., Plut. 6 sin. 6*, fo. [112]rb e CAMBRIDGE, *Peterhouse College 34*, fo. [71]va). E poco oltre: «...sacramentum nihil aliud est quod pactum...» (FIRENZE, fo. [112]va e CAMBRIDGE, fo. [71]vb).

(23) IACOBI de BELVISO *Super IX Coll. Authenticorum*, in Auth. *scenicas non solum si fideiussorem praestent*, § *novimus pridem* (Coll. V, tit. 4, Nov. 51 pr.), vers. *opponitur secundo*.

(24) BARTOLI *Cons.* 126, nr. 3.

(25) ANGELI de UBALDIS *Cons.* 315, nr. 1 in fi.

(26) IACOBI de BELVISO *Comm.* in *Lib. feud.*, II, 53 *de pace tenenda inter subditos et iuramento firmanda*, in fi.

6. Sul terreno privatistico, dunque, era stato facile restringere l'azione del giuramento, oscurandone la natura di fatto religioso; forse più impervia fu la strada che i teorici dovettero percorrere nel campo pubblicistico, quando si posero il quesito se fosse lecito abrogare o mutare uno statuto giurato: quesito dalle larghe risposdenze nella prassi — dato l'uso di giurare i *brevia* comunali — e alla cui soluzione il *Corpus Iuris* offriva appigli meno espliciti. Due ragioni, forse, dell'eco più viva ch'ebbero i motivi religiosi in questo tema, almeno fino al tempo di Alberto da Gandino.

Il caso in cui tali motivi si fecero sentire meglio fu quello di statuti iniqui. La soluzione che si potesse trasgredirli s'imponeva ed è comune (27): è tuttavia nelle argomentazioni addotte che si scoprono atteggiamenti umani interessanti.

In Uberto da Bobbio, per esempio, tutto il problema è impostato sull'antitesi di due obblighi entrambi a sfondo religioso — osservare il giuramento e sfuggir l'iniquità — e il discorso assume toni moraleggianti (28); il punto che più angustia Omobono è quello di escogitare precauzioni perché il podestà — derogando, come

(27) Urgeva anche certa legislazione canonica, cui la prassi non restava insensibile. Decretali, come quella di Niccolò III del 1280, sanciranno addirittura la nullità dei giuramenti che magistrati laici avessero prestati, impegnandosi a osservare statuti illeciti o contrari alla Chiesa: cfr. VACCARI, *Nota sul diritto canonico nei suoi rapporti col diritto civile nei secoli XIII-XIV*, in *Festschrift Stutz, Zeitschr. Sav. Stift.*, LVIII, *Kan. Abt.*, XXVII, 1938, p. 356 sg., ora in *Scritti di storia delle fonti del diritto*, Milano, 1960, p. 19 sg.

(28) Concludendo una lunga glossa a *Dig.* 22, 1, 37, volta a dimostrare l'illiceità delle usure secondo il diritto divino e il civile, Uberto condanna l'osservanza di statuti, anche giurati, che le ammettano: «... Cum sic sit usura iure divino prohibita, fatui sunt iudices, cum statutum sit in civitate quod de pecunia debeant iudices iustitie et potestates condempnare promittentem in duobus denariis de libra, si iurent se illud statutum servare. Illos tamen iudices qui sic iurant nec condempno, nec absolvo, sed Dei iudicio eos relinquo. Sed credo qui sic iurant quod debeant a tali sacramento abstinere, nec ipsum servare, quia iuravit (=iuraverunt) facere quod illicitum est et contra Dei preceptum, et iuramentum super re illicita prestitum servari non debet, ut C. de legibus et constitutionibus, non dubium (*Cod.* 1,14,5) in fine et supra, de pactis, iuris gentium, § et generaliter (*Dig.* 2, 14, 7, 16). Nam si aliquis iuravit quod faceret aliquod illicitum vel aliquod delictum, a tali iuramento debet discedere, quia huiusmodi transgressiones magis placent Deo quam huiusmodi sacramenti observationes, ut in aut. ut scenicas non solum (*Coll.* V, tit. 4, *Nov.* 51). Ub.» (PARIS, *lat.* 4458, fo. 311rb).

di dovere, una norma ingiusta — possa nondimeno essere certo di non compromettere la propria salute eterna con uno spergiuro (29).

È, questa, una preoccupazione che rimane tutt'altro che isolata (30).

(29) Ecco la conclusione di una lunga *quaestio* di OMOBONO dedicata al problema generale del giuramento con oggetto illecito: «...Item diff[fi]cultas magna et iusta causa excusant aliquem a periurio, ut in extra, de iureiurando, querelam (c. 10, X, II, 26) et c. brevi (c. 17) et c. ad presentiam (c. 16) et arg. lege predicta, si ex falsis (*Cod.* 2, 4, 42), et supra, qui satisfacere cogantur, lege finali (*Dig.* 2, 8, 16) et de non numerata pecunia, lege finali (*Cod.* 4, 30, 16). Est tamen tutius absolutionem petere ad cautelam, quod dic ut legitur et notatur in extra. de iureiurando, si vero (c. 8, X, II, 26). Sed a quo petetur de illicito iuramento absolutio ad cautelam? Et si quidem iurasset potestas salvis mandatis domini imperatoris vel regis, ab eo absque dubio posset peti, quinimo et si simpliciter iurasset videtur quod princeps possit remittere sacramentum, ut infra, ad municipalem, imperatores, I responso (*Dig.* 50, 1, 38 pr.). Vidi tamen episcopos de talibus (cioè: iuramentis) universitates absolvere ad cautelam. Sed nunquid universitas cui potestas iuravit potest eum absolvere a statuto? R[espondetur] sic secundum omnes, si non est truttum seu sino tenore, quia nihil tam naturale est etc., ut infra, de regulis iuris, nihil tam naturale (*Dig.* 50, 17, 35) et quia semper posteriora prioribus derogant ut infra, de codicillis, divi, § licet (*Dig.* 39, 7, 6, 2) et supra, de legibus et senatus consultis, non est novum (*Dig.* 1, 3, 26). Quid si dictum sit quod non possit inde parabola seu absolutio dari nec peti nec a concione, nec a principe, nec ab alio? Videretur adhuc idem, quia, nemo sibi ipsi potest dicere vel imponere legem a qua non liceat resilire, ut ff. de legatis III, si quis in principio testamenti, I responso (*Dig.* 32, un., 22 pr.) et quia non potest aliquis se ipsum prohibere vel sibi precipere et (=ut) supra, de arbitris, lege penultima (*Dig.* 4, 8, 51) et infra, de donationibus inter virum et uxorem, quod autem, § penultimo (*Dig.* 24, 1, 7, 8); quod forsitan comprobari posset ubi illicitum est statutum, ut supra probavi. Et porro si non sit illicitum dubitari posset, et vidi pluries queri, et quidam quod sic auctoritate iurium predictorum, alii contra. Sed ego propter periculum anime sub dubietate linquo, cum omne sacramentum sit servandum, quod servatum non vergit in periculum salutis eterne, ut in extra. de iureiurando, c. si vero (c. 8, X, II, 26). ho.» (PARIS, *lat.* 4458, fo. 153rb).

(30) Ne viene ispirata, sostanzialmente, una bella glossa di GUIDO da SUZZARA in *Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi* (PARIS, *lat.* 4489, fo. 3vb), ove l'indagine formale di Omobono — impennata sull'esplicita remissione del giuramento — appare sostituita da una tematica più matura: la ricerca dei limiti intrinseci del *vinculum religionis*. L'ipotesi è quella di uno statuto, regolarmente giurato, che ammetta l'espropriazione senza causa: «...planum est quod statutum non valet, nam et princeps non (sic) nisi iusta causa subesset non debet mihi rem meam auferre...». Se il podestà obbedisse a una tale norma iniqua sarebbe in colpa; se, a non osservarla, commettesse uno spergiuro comprometterebbe la sua *salus animae*: ma, fortunatamente, il dilemma non si pone perché di spergiuro non si può parlare: «...Item in hoc generali iuramento non debent ea contineri que quis specialiter non iuraret, sic in generali obligatione dicimus ea non contineri que quis specialiter obligatus non

7. Ma, pur mantenendo le conclusioni sostanzialmente intatte, il progresso tecnico ottiene il risultato di attutire in apparenza le inquietudini morali e di far scivolare la problematica nella casistica; il fenomeno già si avverte in Alberto da Gandino (31), e assume naturalmente le più vaste proporzioni al tempo dei commentatori.

Vi è chi vuole distinguere se il giuramento riguardi l'oggetto della norma o la norma in sé. È una sottigliezza che Baldo attribuisce a Paolo de' Liazari: si immagini, ad esempio, che uno statuto proibisca di corrompere le monache; la teoria proposta avrebbe consigliato di indagare se il giuramento avesse vietato proprio l'abrogazione dello statuto o avesse obbligato solo a tutelare quelle mo-

eset, ut infra, de pignoribus, l. obligatione (*Dig.* 20, 1, 6) cum duabus legibus sequentibus...». Tra gli altri di minor conto, ricorre poi l'argomento che «...non videtur deierare qui ex iusta causa deserit iuramentum...», e infine una conclusione interessante: si può obbedire a statuti *contra legem*, ma non a quelli emanati *contra rationem*. Gli aspetti etici di quest'ultima categoria sono evidenti. Si sa poi che Riccardo Malombra in un consulto — specchio evidentemente di preoccupazioni effettive della prassi —, per liberare il doge di Venezia e i suoi consiglieri dallo spergiuro inerente alla violazione d'uno statuto, immaginava che il giuramento confermatario della norma fosse sottoposto all'ulteriore condizione 'si res in eodem statu permanserit' (BESTA, *Riccardo Malombra, professore nello Studio di Padova, consultore di Stato in Venezia*, Venezia, 1894, doc. XXIX).

(31) ALBERTI GANDINI *Tractatus de maleficiis*, rubr. *de statutis et eorum observantia*, § 8, ed. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der. Scholastik*, II, Berlin und Leipzig, 1926, p. 383.

Quanto, poi, al problema specifico se i *cives* che abbiano fatto uno statuto possano abrogarlo o mutarlo, Alberto lo tratta a mo' di *quaestio* con ricchezza di opposte argomentazioni nel *Tractatus de maleficiis* (rubr. cit., § 13, ed. cit., p. 392 sgg.), e ancora più diffusamente nelle *Quaestiones statutorum* (c. 12, ed. SOLMI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, III, p. 161 sg.). I ragionamenti si imperniano, all'ingrosso, da una parte sul principio che chi può obbligarsi dev'essere anche in grado di sciogliersi dal vincolo, dall'altra sui due capisaldi che ognuno può rinunciare al proprio diritto di mutare opinione e che il giuramento è inviolabile. A quest'ultima tesi sembra aderisse Martino da Fano, ma Guido da Suzzara gli opponeva che «...aut statutum est precisum aut non...» (cfr. l'argomentazione addotta da Guido nella glossa riportata alla nota precedente), nel primo caso dovendosi analizzare l'esatta formulazione della norma che talvolta poteva ammettere modifiche, talvolta no, nel secondo potendosi invece procedere senz'altro all'abrogazione (cfr. anche la glossa di Guido in *Dig.* 1, 3, 26, PARIS, *lat.* 4489, fo. 4rb, ove si nega la derogabilità di uno statuto «precise iuratum»), Alberto di Pavia distingueva se il comando fosse dato per sentenza, o per mandato, o per contratto e volta a volta riteneva s'imponessero soluzioni diverse o anche ulteriori distinzioni: evidentemente la polemica era ancora in atto e ognuno intendeva portare il proprio contributo. Ma la casistica prendeva già la mano.

nache, quasi il contenuto della disposizione e la disposizione stessa fossero state da considerare come entità distinte (32).

Se anche un simile ragionamento appare oggi troppo astratto e all'atto pratico di nessuna utilità, esso incontrò tuttavia il gusto dei commentatori, educati dai metodi della filosofia scolastica a inoltrarsi con gioia nei meandri logici dell'analisi sempre più minuta. Le tesi d'altronde si moltiplicano. V'è chi parla di spergiuro quando si revochi lo statuto *singulariter* mentre viene definito lecito farlo *collegialiter*, chi preferisce chiedersi se il popolo possa dispensare il podestà dall'obbligo di osservare la norma e il giuramento (33), se e quando possa invece farlo un superiore, come il principe: ma non è qui il luogo di perdersi nella selva delle distinzioni. Occorre soltanto sottolineare il diffondersi di un motivo già noto ai tempi di Guido da Suzzara e di Omobono (34), sfruttato largamente in altri campi — come si vedrà in séguito — e avallato in questo tema anche dai canonisti: ossia che una giusta causa evitasse lo spergiuro. Procedere alla qualificazione d'un atto valutandone la causa significherà per Baldo risolvere, nella raffigurazione d'un vincolo logico, l'intero problema dei rapporti tra lo statuto e l'impegno giurato d'osservarlo: se quest'ultimo si rivolge al primo come a sua *causa finalis*, divenuta giuridicamente lecita l'abrogazione della norma, il pericolo d'uno spergiuro cade automaticamente, «...quia defectus causae finalis excusat a periurio...» (35). Ricorrendo al rigoroso meccanismo della causalità, la scienza avrà anche qui raggiunto l'obiettivo di assoggettare l'intera vita del giuramento a quella dell'atto principale.

Le preoccupazioni religiose, mal viste nelle aule accademiche, si rifugiano nella prassi, ove l'individuo sa di non poter separare le sue due nature di soggetto di diritto e di fedele cristiano.

(32) BALDI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi*, nr. 39.

(33) Sono spunti che si sono visti già discussi da Omobono e continuano a circolare nella scuola del Trecento: cfr. ad es. ALBERICI de ROSATE *Comm.* in l. *omnes populi*, cit., nrr. 33 in fi., 34, 36 post me.

(34) Cfr. le note 29 e 30. Della regola si impadronì subito la nuova scuola dei commentatori (cfr. ad es. IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in *Dig.* 2, 8, 16, *qui satisfacere cogantur*, l. *qui iurato*, nr. 1: «Qui ex causa iusta deseruit iuramentum pro non deserente habetur...»).

(35) BALDI *Comm.* in l. *omnes populi*, cit., nr. 39.

V'è infatti notizia che ufficiali del comune, entrando in carica, usavan premunirsi facendo una norma speciale — «...et caute...», giudicherà l'Ancarano — «...quod iuramentum super statutis praestandum non impediatur illa tolli, vel mutari, etiam nuda voluntate...» (36).

Era un'evidente scappatoia. Ma non si tratta qui di enunciare qualche facile giudizio sul mezzo, un po' meschino, che l'uomo medievale riteneva sufficiente a tranquillizzare la coscienza, quanto piuttosto di cogliere come il giuramento, che nel campo teorico sembrava ormai domato, apparisse ancora un problema nella vita quotidiana, così da consigliare di ricorrere a espedienti per mascherarne la violazione.

A tale dissidio tra la teoria e la prassi occorrerà tornare. Non prima, però, di aver allontanato un dubbio: in una materia come questa, fino a che punto gli indirizzi di civilisti e canonisti poterono ignorarsi? E comunque, ebbero sviluppi in direzioni diverse, oppure rivelarono anche qualche esigenza comune?

8. Sin dai primi approcci il pensiero canonistico appare sollecitato da una dialettica tra rigorismo religioso e tecnica giuridica affine a quella che già si è scorta alle origini delle elaborazioni civilistiche. Rigorista, nella prima fase delle ricerche, una corrente che annovera seguaci della statura di Uguccio, alieni da ogni compromesso con la coscienza, sicuri che un potere vincolante nel foro interno conserva il giuramento estorto (37) e persino, in taluni casi, quello prestato *in re illicita* (38). Quando tali

(36) PETRI ANCHARANI *Comm.* in c. 1, X, III, 11 *de his quae fiunt a maiori parte capituli, c. cum in cunctis*, nr. 10.

(37) Cfr. il linguaggio reciso di UGUCCIO nella gl. al c. 22, C. XXII, q. 4: «Sed mihi videtur quod exceptio metus causa non tenet quoad Deum; etsi absolvet secundum legem fori, non tamen secundum legem poli. Absolvit quidem corpus, sed animam absolvere non potest. Unde generaliter dico quod si quis quamvis coactus iuraverit sese facturum aliquid, cuius observatio non sit peccatum, est observandum, arg. in extra. Sicut Romana (frammento del c. 4, Comp. I, II, 17 = c. 8, X, II, 24)». In una glossa di Damaso alla decretale qui citata, la posizione di Uguccio appare ripresa da Lorenzo e solo parzialmente dallo stesso Damaso, che reputa valida la regola solo se «...cum cogeretur habuit voluntatem implendi quod iuravit, alias non...». Sulla sponda opposta è Tancredi, che fa propria l'opinione di Baziano ed è fermo alla massima «quod iuramentum metu seu vi extortum neminem obligat». Tutte le fonti qui ricordate sono edite dal KUTTNER, *Damasus als Glossator*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, LIV, *Kan. Abr.*, XXIII, 1934, p. 382.

(38) Così, nella scottante materia delle usure, Uguccio pensava che il potere vincolante del giuramento fosse tale da permettergli di superare un divieto evangelico e di passare oltre una scomunica: «...etiam

premesse fideistiche vollero trasferirsi sul piano giuridico, divenne naturale sostenere che il giuramento creasse un'obbligazione; la difficoltà stava nel rinvenirne il tipo di tutela più consono alle fonti: e la scuola ripercorse l'esperienza vissuta nel problema simile del patto; taluni escogitarono che si dovesse ricorrere alla *denunciatio evangelica* o all'*officium iudicis*, mentre i più decisi proposero senz'altro l'intervento di un'*actio* (39).

Ma furono elaborazioni che si scontrarono con tendenze opposte. Le radici di queste ultime vanno forse individuate in quel tradizionale filone di diffidenza per il giuramento che risale alla prima patristica (40), e pur quando l'uso ne fu ammesso (41), continuò a manifestarsi nel gran timore dell'abuso (42): al nascere della scuola canonistica sfociò nella regola che il giuramento fosse lecito solo ricorrendo a una giusta causa del suo impiego (43). Ma le intemperanze che malgrado tutto perduravano nella prassi sollecitarono presto gli sforzi sia nel campo della teologia, sia in quello del diritto, volgendoli ad attutire la rigida forza vincolante del giuramento

usure, que ex toto sunt indebite, iubentur persolvi usurario scelerato et forte excommunicato, si iuramento sint promisse...» (gl. *absolvimus* in c. 4, C. XV, q. 6, ed. CATALANO, *Impero, regni e sacerdozio nel pensiero di Uguccio da Pisa*, già in *Riv. di storia del dir. it.*, XXX, 1957, p. 126, n. 84 e ora anche in edizione separata, alquanto riveduta, Milano, 1959, p. 80).

(39) Sono rimaste classiche le pagine dell'ESMEIN, *Etudes sur les contrats dans le très ancien droit français*, Paris, 1883, p. 34 e soprattutto *Le serment promissoire dans le droit canonique*, in *Nouv. Revue histor. de droit franç. et étr.*, XII, 1888, p. 262 (anche pp. 248, 252, 263 sg.). Recentemente LANGE, «*Alteri stipulari nemo potest*» bei Legisten und Kanonisten, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXIII, 1956, p. 299 e PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in *Annali di storia del dir.*, II, 1958, p. 40.

(40) Cfr. CALAMARI, *Ricerche sul giuramento nel diritto canonico*, in *Riv. di storia del dir. it.*, XI, 1938, pp. 131 sgg., 137 sgg.

(41) CALAMARI, *Ricerche*, cit., pp. 157 sgg., 175 sgg., 421 sg.

(42) CALAMARI, *Ricerche*, cit., p. 422 sgg.; ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, p. 135.

(43) Quel vero e proprio trattatello di teoria generale del diritto canonico ch'è l'antica *Rhetorica ecclesiastica* edita dal Wahrmond, dopo aver riportato come principio incontroverso che solo «...*ex necessitate et causa rationabili* iurare non sit peccatum...», formula le tre ipotesi fondamentali di liceità nel campo del diritto: l'*assertio innocentiae*, la *concordia et pax firmanda*, il persuadere di ciò *quod credi est utile*. Alla vaghezza degli ultimi due casi verrà ovviato dalla ricca elaborazione canonistica. Cfr. WAHRMUND, *Quellen zur Gesch. des röm.-kan. Processes im M.A.*, I, fasc. 4, p. 63.

in foro Dei; e si elencarono eccezioni, si trovarono scappatoie per evitare che la maggioranza degli uomini cadesse nella condanna eterna per spergiuro.

Il Kantorowicz ha trovato ‘gesuitiche’ talune note apposte da un antico possessore al manoscritto che egli ha in gran parte pubblicato: si tratta di brevi osservazioni uscite dalla penna di un ecclesiastico — certo giurista — vissuto sulla fine del XII secolo. Una di tali note rispecchia proprio quel sospetto per l’abuso del giuramento che si è visto corrente nel pensiero della Chiesa, ed essa verte sulla singolare affermazione che «in iuramento semper inest tacita condicio» (44). Si tratti o non della formulazione astratta di un passo di Paolo (45), certo è che ci si trova di fronte a un motivo destinato a informare di sé l’intera dottrina canonistica in materia, convintasi presto di aver così trovato lo strumento più adatto per adeguare il giuramento alla effettiva volizione, evitandogli di atteggiarsi quasi come un negozio astratto: è un’esigenza cui apparirà specialmente sensibile la giovane decretalistica (46). E, in effetti, il ricorso alla finzione di qualche *condicio tacita* — un espediente tecnico che non disdegnarono nemmeno taluni civilisti (47) —, piegando il giuramento ai meccanismi della teoria del negozio e facilitandone quindi il collegamento con l’atto principale, condusse ad assoggettare le obbligazioni scaturite da entrambi agli stessi elementi accidentali e alle stesse limitazioni *ex lege* (48).

È appena necessario ricordare come il pensiero civilistico non fosse stato diretto verso traguardi gran che diversi (49).

(44) KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 22.

(45) *Dig.* 2, 8, 16. Il KUTTNER, *Zur neuesten Glossatorenforschung*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, VI, 1940, p. 280, ha preferito collegare quell’affermazione al divieto canonistico del giuramento illecito.

(46) Cfr. da ultimo BUISSON, *Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, Graz, 1958, p. 251 sg.

(47) Vi ricorse anche PILLIO, in una suggestiva sintesi teorica dell’efficacia del giuramento: «Quia licitum et licite iuranti, *nulla interiecta vel subaudita conditione*, non est licitum venire contra...» (*Libellus disputatorius*, § *licitum est contra sacramentum venire*, VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 31v).

(48) ESMEIN, *Le serment promissoire*, cit., pp. 311 sgg., 318 sgg.

(49) È una concezione che non mancò di creare al canonista, inizialmente, gravi difficoltà: tra le maggiori erano quelle sollevate da talune fonti legislative. Una decretale d’Innocenzo III, per esempio, aveva preso in considerazione il caso d’un mandato illecito rafforzato da giuramento, non se l’era sentita

Una tale concezione non significava tuttavia che, se il contratto fosse stato invalido, il giuramento non mantenesse intatto il suo potere religioso in certi casi (50), a meno che — è ovvio — il suo contenuto non fosse stato moralmente riprovevole. Sicché il punto di arrivo degli indirizzi prevalenti di entrambe le scuole, canonistica e civilistica, aveva finito col configurare un corso parallelo del *vinculum iuris* e del *vinculum religionis*, tale da evitare sia gli scontri, sia la conseguente necessità di dar la preminenza all'uno o all'altro.

Quando un Ancarano vorrà ancora asserire che il giuramento apposto nel contratto «...est magnae efficaciae...», egli non saprà spiegare altrimenti la sua pro-

di cancellare l'efficacia di quest'ultimo e aveva preferito adottare soluzioni ibride: il mandante avrebbe dovuto revocare il mandato (c. 23, X, II, 24). Si tralasci pure l'esame dei primi decretalisti, troppo timidi; di un Ostiense che si limita a elencare numerose circostanze in cui il giuramento collegato con negozi perde il potere vincolante (HOSTIENSIS *Summa*, II, *de iureiurando*, nr. 3) o di un Bernardo da Parma che non osa prendere posizione glossando la decretale innocenziana (cfr. gl. *iuramentum*: «quod civili modo fuit intelligendum...»). Più interessante può essere il dare uno sguardo al punto d'arrivo dello svolgimento dottrinale e, non essendo possibile dilungarsi in un esame accurato, scegliere la testimonianza di un autore d'indubbia autorità e fermo sulle posizioni più solide. Antonio da Budrio è stato particolarmente sensibile al problema: se egli insiste nell'avvertire «...nota hoc et tene menti quod iuramentum in materia iuris praestitum recipit omnes limitationes et exceptiones iuris...» (ANTONII DE BUDRIO *Comm.* in c. 8, X, III, 4 *de clericis non residentibus*, c. *ex parte*, nr. 3), non manca neppure di precisare esaurientemente la portata teorica del principio: «...nota quod in quolibet iuramento super stabilitate aut impleto contractus *inest condicio resolvens iuramentum*, ut servare teneatur nisi ab alia parte non servetur *vel fiat contra legem contractus*... et sic iuramentum super contractu recipit omnes condiciones et limitationes iuris circa contractum, ut iuramentum per omnia reguletur secundum quod a iure regulatus est contractus» (*Comm.* in c. 25, X, II, 24 *de iureiurando*, c. *quemadmodum*, nr. 4). Ammantata di una sicurezza definitiva riappare così la stessa formula 'gesuitica' che il Kantorowicz riscontrava nell'annotazione anonima dell'antico manoscritto inglese.

Un civilista, come già si è avuto agio di vedere, non avrebbe potuto aggiungere una virgola!

(50) Così, tanto per ricorrere ancora ad ANTONIO DA BUDRIO, si legga il suo *Comm.* in c. 28, X, II, 24 *de iureiurando*, c. *cum contingat*, nr. 2: «...nota... quod iuramentum super contractu nullo et prohibito, ratione favoris personae iurantis est obligatorium et servandum, tanquam quod potest servari sine interitu salutis aeternae, et nota quod non validat contractum...». D'altronde anche Baldo, fermando l'attenzione su un ragionamento che la scuola civilistica d'ordinario trascurava, insegna che un minore il quale abbia giurato un contratto e poi voglia chiedere la *restitutio* deve provare la propria *facilitas* o il dolo della controparte e quindi farsi sciogliere dal vincolo canonico del giuramento: «...Tu dic quod prius de iure canonico est petenda relaxatio iuramenti, alias non procederet petitio restitutionis...» (BALDI *Comm.* in *Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*, nr. 3).

clamazione se non osservando: «...nam si fuerit violatum ille est periurus... et infamis...». E concluderà: «...si fuerit laicus, qui iuravit, efficitur de foro ecclesiastico...»: in questo ricondurre il contraente spergiuro al giudice canonico si acqueterà la coscienza del giurista e si placherà lo scrupolo religioso (51).

9. Ma quest'ultimo spunto rivela che l'avvenuta separazione — sotto taluni aspetti teorici — dei mondi della religione e del diritto tendeva — sotto altri aspetti — a venir trasposta nel dualismo di foro ecclesiastico e civile: la *ratio peccati*, che ormai determinava la competenza del primo, finiva col polarizzare attorno a sé le maggiori preoccupazioni religiose. Sicché il giudice ecclesiastico, malgrado tutte le restrizioni canoniche imposte al giuramento, ne rimaneva all'atto pratico il vero difensore.

Il Monti ha pubblicato l'uno accanto all'altro due *consilia*; il primo ha per autori Recupero da San Miniato e Bonifacio di Modena, canonisti, il secondo invece sembra dovuto a Cino (52). Sono pareri che sostengono le ragioni opposte di due parti in contesa e riguardano il medesimo avvenimento (53): si tratta del caso di un tale Pietro che aveva fatto una donazione al genero giurando sui vangeli di non revocarla; ma, forte di ciò che aveva mantenuto i beni presso di sé per una riserva di usufrutto, ne aveva ulteriormente donati alcuni a terzi prima di morire. Sorgeva quindi il quesito se fosse valida la prima donazione o la seconda.

Si erano rivelati molto abili i primi donatari quando avevano cercato i propri difensori nelle persone di due canonisti, perché da questi ottennero la piena adesione alla tesi dell'intangibilità del negozio che il giuramento aveva rafforzato. È vero che chiunque avesse avuto qualche conoscenza del diritto civile avrebbe potuto obiettare loro non essere lecito, nella donazione tra vivi, rinunciare per patto alla possibilità di revoca. Ma il canonista aveva pronta la risposta alla obiezione: occorre distinguere tra le cose proibite dal diritto naturale e quelle vietate dal civile, egli

(51) PETRI ANCHARANI *Comm.* in c. 2, X, III, 22 *de fideiussoribus*, c. *pervenit*, nr. 7. Era d'altronde la soluzione che maggiormente premeva alla Chiesa.

(52) Ed. MONTI, *Le quaestiones e i consilia*, Milano, 1942, nr. 11, pp. 112-119 e nr. 12, pp. 120-124.

(53) Cfr. MONTI, *op. cit.*, p. 20 sg.

avvertiva; queste seconde possono talvolta compiersi egualmente, soprattutto se la disposizione sia ispirata al *favor* del privato e questi vi rinunci; ogni comando che venga dal diritto naturale è invece immutabile e non può esser trasgredito; sicché, per tornare alla fattispecie oggetto della controversia, possono essere rinunciabili le norme che tutelano la revocabilità di una donazione in certe circostanze — nell'ipotesi di ingratitudine del donatario, per esempio — mentre non sarà mai possibile intaccare il giuramento che deriva dal diritto di natura. E l'argomentazione assumeva una forza tanto maggiore in quanto Graziano insegnava al canonista a portare in contatto il diritto naturale col divino.

Quale fosse la risposta del civilista Cino nel secondo parere legale si può facilmente indovinare: il giuramento non potrà mai convalidare un atto nullo, e nulla era la prima donazione che contraddiceva così patentemente al tenore delle leggi.

10. Il significativo episodio della contesa giudiziale or ora ricordata introduce a una migliore comprensione delle forze storiche che stanno alle radici della vecchia contesa sulle vendite giurate dai minori, alla quale si può adesso tornare: era nel diritto della Chiesa che all'atto pratico — e malgrado le limitazioni poste in sede teorica — la tesi estremista dell'assoluta inviolabilità del giuramento trovava sostegno, così da sopravvivere anche dopo il trionfo dell'opinione opposta, quella degli ortodossi che non volevano cercar la verità fuori dal *Corpus Iuris*.

A questo punto è facile comprendere le ragioni che spinsero la leggenda a scegliere i nomi — che la storia lascia invece avvolti nel mistero — dei due maestri iniziatori della polemica. Ed è facile vedere perché la scuola più tarda accolse la leggenda, passando sopra ai dubbi di qualche spirito più critico (54).

Non a caso a uno dei due capi della disputa stava la figura di Martino, del giurista che, fatto segno alle frecciate più crudeli di tanti suoi avversari, dai meno malevoli si era tuttavia buscata l'accusa di sacrificare persino la legge alle esigenze della giustizia.

(54) Il quale si limitò d'altronde a esprimerlo senza dargli peso. Così il Révigny, all'atto di citar la tesi tradizionalmente ricondotta a Martino, si lasciò sfuggire un significativo «...secundum Martinum vel secundum alium, non curo quis sit ille...», e passò oltre. L'esclamazione si legge — a proposito di *Cod. 2, 27[28], 1, si adversus venditionem, l. si minor*, in pr. — in quella *Lectura Codicis* che, nell'unica edizione a stampa del 1519, va sotto il nome di Pierre de Belleperche.

Ora, proprio l'atteggiamento che gli si rinfacciava sembra rispecchiarsi nella posizione assunta nella polemica. Chi meglio di lui poteva sconvolgere la materia dei contratti pur di evitare che un minore spergiurasse? Peggio dei canonisti: una preziosa testimonianza di Cino ci conferma che questi erano visti come i veri alleati della teoria gosiana: e qui le espressioni del commentatore appaiono roventi (55).

D'altronde, presso gli studiosi dei canoni non era forse Martino il prediletto? Se qualche legista aveva creduto di placare il senso della disputa scorgendovi la normale opposizione del *rigor* e dell'*aequitas* (56), era naturale che degli ecclesiastici continuassero a drammatizzarla nell'antitesi tra *ius civile* e *lex divina*: Martino diveniva allora il custode di quest'ultima (57).

Quanto alla scelta della figura di Bulgaro all'altro capo della controversia, è inutile parlarne: egli passava come il patrocinatore della fedele applicazione d'ogni legge scritta, ed era costume farne il rappresentante di tutte le tendenze opposte a quelle di Martino.

La leggenda, dunque, è qui essa stessa un fatto storico.

Riguardo però alle forze che la ravvivano, il quadro non ne è ancora completo. Un'altra testimonianza di Cino, anch'essa preziosissima, svela come i teorici avessero individuato, accanto alla Chiesa, un secondo alleato della teoria gosiana, la con-

(55) CYNII *Comm. in Auth. sacramenta* post *Cod. 2, 27*[28], 1, *si adversus venditionem*, nr. 2 ca. fi.

(56) GUIDO da SUZZARA, spiegando la tesi gosiana nel commento all'*auth. sacramenta*, cit. (PARIS, *lat.* 4489, fo. 39ra post pr.): «...Item verum est *de equitate* propter periculum periurii et infamiam evitandam, *rigore* tamen iuris inspecto secus est, ut infra de prediis minorum, non solum (*Cod. 5, 71, 4*) et de administratione tutorum, l. non omni (*Cod. 5, 37, 16*) et si maior factus, l. fi. (*Cod. 5, 74, 3*) et ff. de administratione tutorum, l. tutor ad utilitatem (*Dig. 26, 7, 22*)...».

(57) A proposito di una questione affine, quella dei patti che vanno mantenuti perché l'equità lo vuole, anche se il diritto positivo non predispone mezzi coattivi adeguati, l'Ostiense fa un vero panegirico di Martino: «...Et sic approbatur hic sententia Martini, qui sic intellexit C. de arbitris, l. ne in arbitris (*Cod. 2, 55*[56],4) ad finem. Et reprobat opinionem Bulgari et Iohannis et sequantium (sic) suorum, sicut et in multis aliis. Martinus enim spiritualis homo fuit et secundum tempus quod tunc currebat semper divinae legi adhaerebat contra rigorem iuris civilis. Job. vero non sapiebat quae sunt spiritus, sed tanquam animalis multiplicationi temporalium et rigori iuris civilis (sic), et quasi per omnia intendebat. Unde et ipse et sequaces sui, qui hodie multi sunt, spirituales opiniones reprehendunt et dicunt: haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis Martiniana. Sed velint nolint, hanc aequitatem de iure necesse habent sequi, ubicunque agitur de periculo animarum...» (HOSTIENSIS *Lectura Decretalium*, gl. *indistincte* in c. 9, X, I, 43 *de arbitris*, c. *per tuas*, nrr. 4 e 5).

suetudine: è vero — narra infatti Cino — che i seguaci di Bulgaro hanno avuto la partita vinta nella scuola (58), ma «...quicquid sit de iure, *de consuetudine sententia Martini adprobata est, licet erronea: quae multos misit ad inferos, et multa patrimonia exinanivit atque destruxit...*» (59).

Il dualismo tra le tendenze accademiche e la prassi si ripropone: e si risolve nuovamente nel dualismo tra la logica d'un sistema giuridico e le convinzioni religiose medievali.

In effetti, a parte la reverenza per il giuramento palesata dalle consuetudini e nota sin dal tempo dell'Esmein (60), proprio il favore per la teoria gosiana è documentato: a Pisa uno statuto riprodusse addirittura la *sacramenta puberum* di Federico Barbarossa (61). Ch'è una costituzione di cui è bene occuparsi.

11. Carlo di Tocco, o chi altri sia stato l'autore di questo titolo dei commenti parigini, racconta con un certo brio che, siccome Martino e suo figlio erano *curiales* e in una certa intimità col principe, brigarono tanto sia direttamente, sia per il tramite di amici influenti, che Federico Barbarossa si acconciò a emanare una costituzione per accontentarli (62). E venne alla luce la famosa autentica

(58) «...Nostri maiores tenent opinionem Bulgari...» (CINI *Comm. in Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*, nr. 1 post pr.): e ripeteva un'ovvia constatazione che già il suo maestro aveva usato fare (PETRI de BELLAPERTICA *Lectura in l. si minor*, cit., FIRENZE, *Laurenz., Plut. 6 sin. 6*, fo. [112]ra post pr. e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [71]rb ca. me.: «...doctores dicunt sententiam Bulgari veriorem...»).

(59) CINI *Comm. in Auth. sacramenta*, post l. *si minor*, cit., nr. 2 ca. fi.

(60) ESMEIN, *Le serment promissoire*, cit., p. 333 sg.

(61) Nel *Constitutum legis*, rubr. 38, ed. BONAINI, *Constituta legis et usus Pisanæ civitatis*, Firenze, 1870, p. 137. È vero che qui l'inviolabilità del giuramento pare condizionata dall'assenso del *curator generalis* del fanciullo, ma essa non sembra invece subordinata alla presenza del magistrato del Comune, ch'era pur richiesta, pena la nullità, dalla legislazione statutaria (cfr. ROBERTI, *Ricerche intorno alla tutela dei minorenni*, II, Padova, 1905, p. 88 sg.): per avvertire quindi l'affinità della situazione prospettata dalla norma di Pisa con quella presentata dalla teoria gosiana, basterà ricordare che questa ammetteva appunto che il giuramento convalidasse vendite compiute *sine decreto iudicis*, ma concedeva al pupillo che avesse giurato senza il consenso del tutore di contravvenire all'impegno perché — come ripetono le *Dissensiones* — «non videtur periurare, quoniam sciens fallere non videtur».

(62) La glossa è riportata dal SAVIGNY, *Gesch.*, cit., IV, p. 186, trad. cit., II, p. 101.

sacramenta puberum, che fu introdotta nel Codice subito dopo il rescritto di Alessandro Severo (63). Sebbene non vi appaia prospettata una soluzione tale da rispondere perfettamente ai termini del problema — supponendo sempre che questo si fosse venuto atteggiando come la leggenda ci descrive — tuttavia il tono adottato da Barbarossa sembra proprio dar ragione alla teoria di Martino, col suo insistere vigorosamente sull'inviolabilità del giuramento dei minori e col suo ammetterne l'inefficacia solo nel caso di estorsione con la violenza o *per metum* (64).

La nuova legge fu naturalmente accolta male dai giuristi. Lo stesso commento parigino si chiude con l'amara constatazione che «...[eius legis] occasione sepe vidimus et videmus suis rebus spoliari minores...», ed è facile ravvisare in questo rilievo sia una disapprovazione manifestata sul piano tecnico, sia anche un'onda di risentimento contro il povero Martino, sul quale si appuntano con monotona frequenza le antipatie di quasi tutti, ed è certo tra i glossatori più bistrattati da colleghi e allievi. Riguardo al punto che qui interessa, pare che non si riuscisse a perdonargli di aver sollecitato l'intervento dell'imperatore a sostegno delle proprie opinioni e, quasi per trarre vendetta postuma di quella sciagurata iniziativa, la scuola fece circolare la leggenda che, in séguito alla norma *sacramenta puberum*, Martino perdesse i propri beni che erano stati venduti da un minore. Lo narra il commento ricordato, ma non è il solo. Con pari malanimo, il Guizzardini racconta dapprima come sia stata fatta la norma «...in insula reniben [Reni Bononiae?]....» su richiesta di Martino, quindi si affretta ad aggiungere con soddisfazione: «... quae constitutio in caput eius retrocessit, quia omnia sua bona per minorem

(63) Ossia post *Cod. 2, 27*[28], 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*. Pur sussistendo buone ragioni di ritenere che la si emanasse come norma a sé, essa appare anche come ultimo paragrafo di una lunga legge di Federico I introdotta nei *Libri feudorum*, II, 53 *de pace tenenda inter subditos et iuramento firmanda*: questo titolo potrebb'essere la raffazzonatura di costituzioni diverse congiunte in una: cfr. SAVIGNY, *Gesch.*, cit., III, p. 531 sg. e IV, p. 188 sg., trad. cit., I, p. 724 e II, p. 102. Quanto poi alla datazione della *sacramenta puberum*, una notizia di Radevico, più o meno cervelotica, pone la norma tra quelle promulgate a Roncaglia, ma il Savigny preferisce ascriverla a una delle soste che Federico fece a Bologna nel '55, nel '59, nel '62 e nel '67 (III, p. 189, trad., II, p. 102).

(64) «*Sacramenta puberum* — dice infatti Barbarossa — sponte facta super contractibus rerum suarum non retractandis inviolabiliter custodiantur. Per vim autem, vel per iustum metum extorta, etiam a maioribus (maxime ne querimoniam maleficiorum commissorum faciant) nullius esse momenti iubemus...».

alienata sunt...» (65). Erano leggende che si diffondevano con rapidità perché i maestri tenevano a ricordarle agli scolari, se non altro per ravvivare la lezione con aneddoti (66).

Stupisce forse di notare che il maggior pettegolo, e certo il più acido scrittore che abbia avuto la scuola di Bologna, — si tratta naturalmente di Odofredo — non si sia dilungato a riportare tutte le storie che circolavano sul conto di Martino, il cui indirizzo scientifico per di più egli non seguiva. Comunque non gli risparmia frecciate. Proprio rammentando la famosa controversia, Odofredo non sa infatti trattenersi dallo spiegare che l'una e l'altra delle due parti contendenti avevano numerose occasioni di contatti personali con il principe, ma «...Martinus plus quam Bulgarus erat graciosus, quia sciebat melius applaudere...»; e subito prosegue insinuando che era stato il rancore a spingere Martino da Federico, anzi, l'invidia di sapere che l'*opinio Bulgari* era meglio accolta agli studenti (67).

Mentre gli aneddoti hanno pur sempre come base un fatto — forse inventato, forse solo svisato con arte — Odofredo dà solo un malevolo giudizio: ma è proprio questo diffuso malanimo verso Martino che dimostra quanto fosse profonda l'avversione per la tesi di costui e come fosse invece corrente l'accettazione delle idee di Bulgaro. Il fenomeno appare in verità singolare, perché la questione era stata risolta in favore del primo mediante una legge emanata con tutti i crismi da quell'imperatore le cui parole erano oro colato.

Ma essa non bastò a far mutare idea ai giuristi. Questi, anzi, si sentivano così certi delle proprie posizioni che giunsero talvolta con incredibile audacia a proporre dubbi sulla ragionevolezza della legge stessa di Barbarossa: di un *princeps* che, come tale, aveva tutto il diritto *in scrinio pectoris!*

(65) Ed. SAVIGNY, *Gesch.*, cit., IV, p. 185 sg. e trad. cit., II, p. 100.

(66) Nei suoi corsi, ad es., Azzone amava riferire gli intrighi di Martino e giudicarne con asprezza i risultati pratici funesti. Cfr. AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *corporaliter praestito* in *Cod.* 2, 27[28] 1, *si adversus venditionem*, l. *si minor*, nrr. 3 e 4: «...Sed cum dominus Martinus et sui etiam multi familiares essent de curia imperatoris Friderici, impetravit per se et amicos suos quod imperator hanc quaestionem decideret, et sic fecit legem sacramenta puberum etc., per quam saepissime spoliantur minores patrimonio suo, cum tales homines ignorent sua et cito inducuntur ad destruenda sua et dissipanda...».

(67) Su questi passi di Odofredo cfr. ancora il SAVIGNY, *Gesch.*, cit., III, pp. 179, 187 e trad. cit., II, pp. 97 e 101 sg.

12. Se le glosse alla *sacramenta puberum* si erano imperniate soprattutto sul caso della *laesio enormis* più sopra ricordato (68) o sul quesito se al compratore spettasse un'azione o solo un'eccezione (69), si è visto come la scuola del Bassiano vi riconoscesse comunque un decisivo intervento a favore dell'avversa tesi di Martino (70). Onde l'insofferenza di chi vedeva sbarrata la strada alle proprie convinzioni da una norma imperiale; la problematica, poi, rischiava di arrestarsi in un vicolo cieco.

Provvide Orléans, con Jacques de Révigny, a darle impulsi nuovi.

Per la prima volta si vede revocato in dubbio che l'autentica *sacramenta puberum* di Federico intendesse realmente dare appoggio all'opinione di Martino. Una simile ipotesi appare quasi rivoluzionaria. Ma l'appiglio per formularla c'era, e stava in quell'imprecisione della norma che già si è rilevata: se l'intenzione dell'imperatore fosse stata quella asserita dalla leggenda, egli avrebbe potuto esprimersi con maggiore chiarezza e prendere più decisamente posizione. «...Ego miror — dice il Révigny — si facta fuit praesens authentica ad confirmationem sententiae Martini, quare expressius non confirmat. Immo magis videtur pro Bulgaro quam pro Martino, quia dicit in contractibus non retractandis, ergo loquitur in contractibus qui tenent, quod non retractarentur...» (71).

Che addirittura la costituzione fosse intesa a sostenere la teoria di Bulgaro restava, però, un'idea sbalorditiva. Ma come? Se da tempo si narrava nella scuola che essa era stata emanata in séguito agli intrighi di Martino! Accursio, anzi, avvertendo, consapevolmente o non, una certa vaghezza nelle espressioni dell'imperatore, aveva scacciato ogni dubbio sul modo d'interpretarle osservando che la legge doveva pur giustificare la propria emanazione, e quindi aggiungere qualcosa di nuovo alle norme preesistenti: non si poteva quindi immaginare altro se non che la si volesse vòlta a

(68) Cfr. *supra*, § 4.

(69) Tale problematica, già impostata nella *Summa Codicis* legata all'insegnamento di Giovanni Bassiano (BRUXELLES 131-34, fo. 65va), sarà comune alla sua scuola: ma qui poco interessa.

(70) Già la *Summa* di Bruxelles, a proposito della nota polemica, ammette che «...hodie per legem presentis imperatoris hec questio deciditur: ait enim sacramenta puberum etc...» (BRUXELLES 131-34, fo. 65va); UGOLINO ripete pressoché le identiche parole nelle *Dissensiones* e in una sua *Distinctio* (ed. HAENEL, cit., p. 53 nota *t* e p. 583); altre testimonianze sono già state ricordate al paragrafo precedente.

(71) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche) in Auth. *sacramenta* post *Cod.* 2, 27[28], 1, *si adversus venditionem*, ca. pr.

contemplare non solo i contratti già efficaci di per sé, ma altresì quelli invalidi per difetti formali: «...ut quia non fuit decretum. In eis enim maxime iuramentum firmat pactum, *alias nihil adiiceret haec constitutio veteri...*» (72). E in verità il ragionamento aveva una sua logica.

L'audace asserzione del Révigny apriva così realmente una strada nuova, perché essa forniva il mezzo di sopire tutta l'avversione per la legge federiciana, dandole un significato inconsueto, ma del tutto confacente al favore quasi unanime riscosso da Bulgaro e dalla sua teoria.

I seguaci italiani del Révigny ne raccolgono con gioia l'opinione. Ormai l'antica leggenda che raffigurava Martino nell'atto di mendicare una legge dall'imperatore non esercita più alcun fascino, e anzi vi si reagisce con violenza: «...et tenet glossa — scrive Cino — et totus mundus errat cum ea. Sed non placet Deo quod Federicus de opinione Martini aliquid senserit, et quod recitatur est fabula: immo potius verba huius authenticae faciunt pro opinione Bulgari...», e qui si ripetono pari pari le espressioni del maestro ultramontano (73).

La dottrina che la scuola continuava a ricongiungere al nome di Martino aveva avuto sin dagli inizi una vita grama; per sopravvivere aveva avuto bisogno che una costituzione imperiale apparisse miracolosamente a sostenerla: se la scuola non l'aveva radiata dai suoi dibattiti lo si doveva proprio a quel momento di debolezza che Federico legislatore aveva avuto per Martino, amico e *familiaris*.

Ora, con un Révigny e un Cino, quasi la sua sorte fosse stata segnata dall'aprirsi, in Francia e in Italia, dei nuovi orizzonti scientifici, la teoria gosiana si vedeva togliere d'improvviso l'unico ausilio che le era rimasto: e la costituzione *sacramenta puberum* compiva l'ultimo tradimento passando a sostenere la teoria avversaria.

13. Le rapide osservazioni fatte sinora hanno voluto ritrarre a grandi linee uno dei due protagonisti della leggendaria controversia tra Bulgaro e Martino: il

(72) Gl. *contractibus* in Auth. *sacramenta*, cit., in pr.

(73) «...Quia hic dicitur 'super contractibus non retractandis', ergo loquitur de contractibus qui tenebant: quia quod non tenet non potest rescindi...»: CYNII *Comm.* in Auth. *sacramenta*, cit., nr. 2 ca. pr. Torna alla mente a questo punto la concisa formulazione del Bottrigari: «...per iuramentum firmatur contractus, sed contractus qui est nullus non est contractus...» (IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in Auth. *sacramenta*, cit., 2^a col. in pr.).

giuramento. E ricordare quale destino attendesse una figura che, affacciata con una certa tracotanza al mondo del diritto con la palese intenzione di sconvolgerlo, aveva visto col tempo arrugginire le sue armi: ossia il gravissimo peccato annesso allo spergiuro, per il quale il giurista non aveva saputo dapprima nascondere il timore.

Ma il giuramento non era l'unico personaggio al quale si volgeva la leggendaria disputa tra i due antichi dottori. Ve n'era un secondo a cui toccava di acquistare un'importanza sempre maggiore: era la 'legge', che intendeva rivendicare la propria preminenza ovunque si svolgesse la vita del diritto.

Si è visto infatti come la complessa problematica venisse a inserirsi nella questione più lata degli atti giuridici fatti *contra legem*: e qui entrava in campo una norma di Teodosio ov'era scritto che essi non soltanto «...fiunt inutilia...», ma vanno anzi considerati «...pro infectis...»: si allude alla famosa l. *non dubium* (74). La formulazione di questa norma era senza dubbio troppo categorica; sicché la scienza aveva dovuto dilungarsi a esaminare se l'invalidazione avvenisse *ipso iure* — come nel caso d'un matrimonio con la propria madre o la sorella — o mediante successiva *exceptio* — come avviene per *metus* — o infine per ripetizione del mal tolto (75). Forte probabilmente di una regola di Paolo (76), e timorosa che l'analisi spezzasse l'unità della l. *non dubium*, la scuola si era presto trovata concorde nell'ammettere che i vari casi d'invalidità o d'inefficacia andassero ritenuti equivalenti *quoad effectum* (77). Il problema più grave era un altro: vi sono atti, indubbiamente *contra legem*, i quali ottengono determinate conseguenze, come i delitti; vi son

(74) *Cod.* 1, 14, 5, 1.

(75) L'esigenza di un esame analitico condotto in questo senso sembra fosse comune e il TOURTOULON (*Placentin - La vie, les oeuvres*, Paris, 1896, p. 243 in nota) ha supposto potesse risalire all'epoca dei quattro dottori. Se effettivamente un'importante glossa d'un allievo di Vacario la riporta a Bulgaro (ed. DE ZULUETA, *The Liber Pauperum of Vacarius*, London, 1927, p. 19, nota 45 b), in realtà l'impostazione dell'indagine sui tre momenti d'invalidità o inefficacia del negozio — «ipso iure... per exceptionem... iure repetitionis» — pare doversi ricondurre a Irnerio (cfr. la gl. interl. *pro infectis* alla cit. l. *non dubium*, PARIS, *lat.* 4536, fo. 17ra: «y. cum quandoque ius ipsum obsistat, quandoque exceptio, quandoque repetitio»). L'attribuzione sembra confermata dalla glossa edita dal Pescatore e trascritta poco oltre).

(76) *Dig.* 50, 17, 112.

(77) Vi consentono i due grandi antagonisti, Giovanni e il Piacentino. Cfr. PLACENTINI *Summa Codicis* e IOANNIS *Lectura Codicis* (NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 32va) in l. *non dubium*, cit.

negozi che, anche qualora vengano conclusi in spregio a talune espresse proibizioni, producono egualmente i propri effetti — così la proprietà può trasferirsi *ex inutili contractu* — o vengono convalidati al verificarsi di certe condizioni, come il matrimonio tra il preside e una donna soggetta alla sua giurisdizione. Della nutrita problematica che da tali fattispecie scaturiva qui interessa cogliere un aspetto solo: ch'è quello maggiormente collegato dai giuristi alla solita questione del giuramento nei contratti dei minori.

Va probabilmente ascritta a Irnerio la trattazione dall'angolo visuale della legge, anziché da quello dell'attività privata: invece d'indagare i diversi atteggiamenti dei vari tipi di atti *contra legem*, pare infatti che Irnerio preferisse analizzare le differenti categorie di proibizioni normative. E ne avesse distinte due somme specie: i divieti forniti di causa perpetua, e quelli provvisti di causa temporanea (78).

Sia Bulgaro (79), sia Martino (80) accolsero l'insegnamento del maestro, ma i contrasti si svilupparono nelle generazioni successive: la scuola gosiana fu concorde nel far propria la teoria (81), mentre gli allievi di Giovanni la respinsero.

(78) Si tratta di una glossa edita dal PESCATORE (*Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888, p. 78. Cfr. anche FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. LII e PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, VIII, 1895, p. 121): «Eorum que prohibentur quedam e[a]tenus prohibentur ut ipso iure non valeant, ut inter virum et uxorem donatio, de quibus ista lex (et) loquitur, quedam ut exceptione tantum elida[n]tur, ut in mutuo filio familias dato. *Item prohibitorum quedam, perpetuam prohibitionis habent causam*, ut in matrimonio cum sorore, *quedam specialem (=temporalem)*, ut inter presidem et eam que subdita est eius iurisdictioni matrimonium; alia vero que turpitudine[m] continent. Ex quibus ea(m) que perpetuam causam prohibitionis vel turpitudinem continent, nec ipsa conuales(s)cere, nec eius subsecutivum effectum habere potest; ea vero que temporalem et convallescere poterunt, et eius subsecutivum ab initio de iure valeret (=valet), ut si predium minoris sine decreto alienetur; hic, licet enim ipso iure alienatio non teneat, convallescere tamen potest et pignus ob ea[m] datum tenetur (=tenet). y».

(79) Cfr. l'*Ordo iudiciorum* di BULGARO, che il WAHRMUND ha edito col vecchio titolo di *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico* nelle *Quellen*, cit., IV, fasc. 1, p. 12: «...Ergo que servant perpetue perpetuam prohibitionis causam, ut nuptie cum matre, ea neque valent neque valescunt...». Direttamente a Bulgaro la teoria è attribuita dalla glossa vacariana ricordata poco sopra, ed. DE ZULUETA, cit., p. 19, nota 45 b.

(80) A Martino finirà con l'attribuirgli la scuola di Giovanni: cfr. ad es. HUGOLINI *Distinctio* 144, ed. HAENEL, *Dissensiones*, cit., p. 583; ACCURSIO, gl. *emptori in fi.*, in l. *si minor*, cit. (*Cod.* 2, 27[28], 1).

(81) Rogerio, ch'è tuttavia difficile qualificar gosiano, la riprende dalla *Summa Trecentis* (I, 14 *de legibus et const.*, § 7, ed. FITTING, cit., p. 17): cfr. ROGERII *Summa Codicis*, I, 12 *de legibus et const.*,

Il Bassiano stesso preferì distinguere tra leggi la cui deroga comportasse una sanzione specifica e leggi che, non prevedendone alcuna, consentissero in caso di violazione l'intervento della *l. non dubium* (82) — lo spunto era stato forse già adombrato da una singolare glossa di Rogerio (83) —; la teoria piacque ai seguaci (84),

§ 13 ca. me., ed. PALMIERI, cit., p. 57. Lo spunto è ripetuto nelle *Enodationes* all'inizio della risposta data dalla Giurisprudenza a Rogerio che, appunto, l'interrogava intorno alle vendite effettuate dai minori (§ 14, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, cit., p. 290). Seppur espresso in un discorso differente l'insegnamento appare nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* (ed. FITTING, Berlin, 1894, III *de legibus et const.*, § 5, p. 58, ed. ZANETTI, Firenze, 1958, IV, *eod.*, § 5, p. 19 sg.) ed è poi svolto a più riprese dal PIACENTINO (*Summa Codicis*, I, 14 *de legibus et const.*, ca. me. e post me. Cfr. anche la gl. *pro infectis* in *l. non dubium*, cit., PARIS, *lat.* 4536, fo. 17rb, nel passo ove tratta della tutela dell'acquirente in buona fede nel caso di compravendite illecite: «...Opp[ositi]o: idem de emptione rei sacre et religiose et liberi hominis. Sed certe hec emptiones *perpetuam causam prohibitionis non servant, et de talibus lex loquitur, ut est matrimonium cum sor(t)ore et fundi dotalis venditio...*»).

(82) Ioannis *Lectura* in *l. non dubium*, cit., in fi., NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 32va: «...Item obicitur: ecce si minor vendidit rem sine decreto et iuravit se non venturum contra venditionem non auditur secundum quosdam, secundum Bulgarum cum distinctione, ut ipse notavit in notula quam posuit in C. si adversus venditionem (*Cod.* 2, 27[28]). Nonne huiusmodi sacramentum cassum et inutile haberi debet? Responsio: id propter quod iuratur non est prohibitum, vel, si est, non est perpetuo. Item sacramentum nec est turpe, vel turpiter extortum, sed de licita re factum. Si que hic desunt oppositiones quere in summa Placentini, titulo eodem, prope fine.

Sed ut omnes cessent oppositiones, legem ita intelligas, quia in eo casu loquitur quando lex simpliciter fieri prohibet aliquid, nec aliquid statuit si contra fiat, supra de sacrosanctis ecclesiis, l. nemo (*Cod.* 1, 2, 3), et hoc innuit quod dicitur 'ut legislatori quod fieri non vult tantum prohibuisse sufficiat' (*Cod.* 1, 14, 5, 1), at ubi tacuit, si contra fieret, vel quia exceptio competit, vel actio ad revocandum datur, illa sola pena expectabitur quam lex imponit».

(83) Sempre sul problema della nullità cominata dalla norma di Teodosio per gli atti *contra legem*: «Scilicet omnino aut quatenus legis prohibitio extenditur. R.» (PARIS, *lat.* 4536, fo. 17ra). È da osservare, tuttavia, che sia la *Summa*, sia le *Enodationes* ignorano la regola.

(84) AZONIS *Lectura Codicis*, alle parole *ob id* della solita *l. non dubium*, nr. 34: «...Vel si vult quis evitare oppositiones supradictas, dicat legem istam habere locum tantum in eo casu quando lex simpliciter prohibet nec ultra progreditur, ut supra, de sacrosanctis ecclesiis, l. nemo (*Cod.* 1, 2, 3), si autem progrediatur ultra vel prohibita fieri non infringendo, vel prohibita postea confirmando vel cassando, per exceptionem servabitur illa specialis cassatio, et speciale statutum in re prohibita non est generale, ut ff. de verborum obligationibus, doli clausula (*Dig.* 45, 1, 119)...»; HUGOLINI *Distinctio* sulla *l. non dubium*, VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 127vb ca. pr. e *Pal. lat.* 656, fo. 187va: «...Sed

ma questi continuarono a proporre per ciascuna delle fattispecie discusse altrettante soluzioni, come quella di applicare la legge teodosiana nell'ipotesi di atti turpi o di negozi in cui «uterque deliquit» (85) — ma tale ultimo motivo è concordemente fatto risalire a Irnerio (86) e fu utilizzato anche dal Piacentino (87) —; l'autore degli importanti commenti parigini, sia o non Carlo di Tocco, rinverdi l'opinione di Rogerio che occorresse piuttosto sceverare gli atti compiuti *contra legem*, da quelli *contra formam legis* (88): in realtà i principî addotti per spiegare la tormentata l. *non dubium* furono innumerevoli, e i pochi ricordati di sfuggita son quelli volta a volta contrapposti alla distinzione gosiana, o richiamati nel solito problema dei minori e del loro giuramento.

Ioannes ad evitandas omnes has oppositiones dicit legem istam non dubium habere locum tantum cum statur in finibus prohibitionis et non procedatur ultra, ut potest poni exemplum supra, de sacrosanctis ecclesiis, nemo martires (*Cod.* 1, 2, 3); ACCURSII gl. *ob id* in l. cit. Anche una delle glosse vacariane di epoca più recente, notevole per l'efficace panorama complessivo della problematica, finisce col ricondurla tutta alla «suprema omnium... solutio» chiaramente ricalcata sull'insegnamento di Giovanni: vi sono proibizioni *simplices*, e ogni atto in deroga va ritenuto *pro infecto* secondo i dettami della norma teodosiana, vi sono proibizioni *determinatae*, che prevedono particolari sanzioni per i trasgressori (ed. DE ZULUETA, cit., p. 19, nota 45 b).

(85) AZONIS *Lectura*, gl. *pro infectis* in l. cit., nrr. 27, 28, 31.

(86) A Irnerio è riferito da AZZONE (*Lectura*, gl. *pro infectis*, cit.; *Summa Codicis*, I, *de legibus et const.*, nr. 17), da UGOLINO (*Distinctio* cit., ca. me., VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 127va, *Pal. lat.* 656, fo. 187rb) e da ACCURSIO, gl. *ex eo* in l. cit., in fi. Cfr., d'altronde, le glosse *prohibente* alla l. *non dubium* edite dal PESCATORE, *Die Glossen*, cit., p. 94 e *ibi*, nota 1.

(87) Il PIACENTINO, anzi, amplia ancora lo spunto: quando una sola parte «delinquit», la l. *non dubium* agisce solo ai suoi danni (cfr., in margine a questa legge, una sua gl. *inutilia* riportata in PARIS, *lat.* 4536, fo. 17rb: «...Non dico privative, sed negative, idest nullam utilitatem delinquentibus afferentia, licet non delinquentibus comodum sint allatura, ut ignaris rerum inhibitarum emptoribus et filiis familias creditorum pecuniarum acceptoribus. p.»).

(88) KAROLI de TOCCO? *Comm.* in l. *non dubium*, cit., PARIS, *lat.* 4546, fo. 12ra ante me.: «...vel dicemus hanc prohibitionem in his locum habere que perpetuam causam prohibitionis servant, ut in matrimonio cum sorore; venditio autem predii minoris, et si sine decreto fieri non possit, fieri tamen cum decreto potest, ut videatur qui sine decreto distrahit potius contra formam legis facere, quam contra legem ipsam, nam lex alienationem permittit, sed cum tali forma, sed et sine decreto alienari potest...». È un insegnamento che si trova già nella *Summa Codicis* di ROGERIO, I, 12 *de legibus et const.*, § 13, ed. PALMIERI, cit., p. 57.

14. La ragione dell'ostilità che andava sollevandosi contro l'uso d'interpretar la l. *non dubium* alla luce della distinzione tra divieti perpetui e temporanei è apparentemente fondata soltanto su una notazione di buon senso: se la norma che commina la nullità dei negozi *contra legem* agisse solo *in perpetuo prohibitis* troverebbe applicazione troppo raramente (89). In realtà, però, il timore che l'efficacia della costituzione teodosiana venisse limitata in modo innaturale trova una giustificazione storica ben altrimenti profonda.

Che le *perpetuae prohibitiones* toccassero il campo etico-religioso è chiaro; esse comprendevano per antonomasia divieti posti dal diritto naturale e dal divino: non per nulla l'esempio tradizionale è quello del matrimonio con la madre o la sorella, ossia l'incesto. Sicché nel contrasto rappresentato sinora, sul terreno dei negozi *contra legem*, tra la forza vincolante del giuramento e la riprovazione della norma di Teodosio, interpretar che questa agisse solo nei casi vietati da *perpetua causa* significava, in pratica, indicare nell'illiceità morale l'unico limite al potere del giuramento: questo ne sarebbe uscito tanto rafforzato da pregiudicar molto le correnti dottrinali che si son viste invece dirette a sminuirlo.

Non per nulla i canonisti, pei quali non poteva avere senso condannare il giuramento annesso a negozi invalidi anche soltanto per vizi di forma (90), si trovarono tutti concordi, prendendo specialmente lo spunto dalla *quaestio* che Graziano dedica al giuramento (91), nel ripetere che questo va considerato illecito e va

(89) AZONIS *Summa Codicis*, I, *de legibus et const.*, nr. 17 ca. me.: «...Respondent quidam quod alienatio praediorum minorum non est prohibita perpetuo, quia quandoque conceditur, puta ob aes alienum: hic autem (allude alla l. *non dubium*, *Cod.* 1, 14, 5) in perpetuo prohibitis. Sed certe si in prohibitis tantum perpetuo locum haberet lex ista, in paucissimis casibus haberet locum lex ista quae ponitur ut generalis, vix enim est aliquid generale quod non patiatur exceptionem...». Fedele discepolo di Azzone, come di consueto, è Accursio: cfr. la sua gl. *ob id* alla l. *non dubium*, cit.

(90) Un'opera, come la *Concordia utriusque iuris* del PASCIOVERO, tutta dedicata al confronto tra il diritto civile e il canonico, non poteva mancare di rilevarne qui la disciplina differente. Commentando appunto le parole finali della l. *non dubium* («...nec sacramentum admitti»), osserva: «iure canonum secus est, ut extra. de iureiurando, cum contingit (c. 28, X, II, 24) et c. ex rescripto (c. 9, X, II, 24)...». Gli unici limiti all'efficacia del giuramento o sono di natura spirituale o riguardano lo *status Ecclesiae* («...ubi vergat in interitum salutis eterne... vel preiudicium Dei... seu ecclesiarum... seu future concordie...»), e comunque la Chiesa deve «...cogere eum cui iuratum est relaxare huius sacramenti [vinculum?]...» (VATICANO, *Vat. lat.* 2689, fo. 23ra).

(91) C. 22, q. 4.

quindi trasgredito quando il suo oggetto «...*continet perpetuam prohibitionem et aeternam adimit salutem...*» (92).

Una volta di più il pensiero dei canonisti converge con quello degli allievi di Martino; una volta di più la reazione della scuola di Giovanni appare mossa dal desiderio di evitare che la l. *non dubium*, pilastro della disciplina giuridica dell'attività privata, venga travolta dalla invadenza dei motivi religiosi.

15. E tale reazione ebbe successo.

Se la difesa della legge teodosiana rappresentava la difesa dell'autorità stessa dell'ordinamento, l'ultimo passo per raggiungere questo scopo si rivela compiuto al tempo dei primi commentatori. Persino la tesi ortodossa che l'impegno giurato fosse in grado di accantonar le sole norme di diritto singolare sembra troppo accomodante: e Jacques de Révigny la restringe a quei privilegi soltanto che la legge accordava ai minorenni (93)!

(92) Anche se vi sono taluni — come testimonia Simone da Bisignano al c. 6 della *quaestio* citata e come riporta espressamente la *Summa Monacensis* — che ritengono si commetta peccato veniale a trasgredire un giuramento per quanto illecito. Le condizioni di tale illiceità vengono chiarite dallo stesso Simone, e il suo pensiero su questo punto appare degno di ricordo per il contributo offerto alla determinazione della *perpetua causa prohibitionis*: egli spiega infatti che il giuramento «...in sui natura est illicitum quando id quod iuratur contra legem mosaicam, propheticam, apostolicam vel canonicam invenitur, et tunc ipso iure nullum est, neque aliquatenus observandum...». Il quadro ottiene una certa vaghezza per quell'accostamento — d'altronde comune — della legge canonica alle varie forme del diritto divino: si tratta comunque del quadro più ampio che la scienza decretistica offra. Ma sull'intero problema cfr. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano, 1935, p. 270 sgg. e in particolar modo le numerose fonti riprodotte a p. 274, nota 2.

(93) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice*, cit., in *Auth. sacramenta*, cit., 5^a col. ca. fi. Dicono alcuni — «...et habet magnum colorem...» — «...quod sic se habet ad legem 'non dubium' authentica ista, ubi contrahitur contra legem: aut contrahitur contra legem ius commune continentem, et tunc contractus nullus sit ipso iure, iuramentum super hoc admissum non est servandum. Aut contra legem privilegium continentem, et tunc iuramentum super hoc admissum servandum est, nam facilius tollitur privilegium quam ius commune...». E fin qui il Révigny non fa che esporre la teoria corrente. Ma subito aggiunge: «...Ego non tamen restringam authenticam istam sicut ipsi restringunt: immo plus restringo eam. Et dico quod loquitur de iuramento interposito super *isto* iure speciali. Unde dico quod interpositum iuramentum contra legem, non dico ius speciale simpliciter continentem, sed dico contra legem *tale* ius

È certo che la strada imboccata da Bulgaro, secondo la leggenda, era stata ormai percorsa sino in fondo: spogliato di gran parte della propria forza vincolante e abbassato al rango di una qualsiasi clausola rafforzatrice del negozio, il giuramento appariva ormai inquadrato negli schemi del diritto positivo e sembrava definitivamente domato.

Forse più di quanto gli stessi legislatori — Alessandro Severo nei primi decenni del III secolo, Federico Barbarossa poco dopo la metà del XII — mostrassero effettivamente di desiderare.

16. La figura del giuramento, percorsa con impeto da correnti religiose (94), rischiava di svolgere una funzione staticizzante del negozio, racchiudendolo entro una forma tale da soffocare il libero gioco dei suoi elementi sostanziali. Era cosa che non poteva permettere una dottrina ormai sempre più propensa a risolvere ogni manifestazione della vita del diritto nel rapporto tra la *voluntas agentis* e la sua *causa finalis*, in una visione tutta dinamica dei singoli fenomeni giuridici.

Ora, lo svolgersi nel negozio di tale dinamica interna trovava nella legge il criterio ordinatore, ma spesso vi inciampava, e vi contraddiceva: e allora era tratto inevitabilmente sul tappeto il quesito se la norma scritta fosse riuscita o non a superare un momento patologico nella sua vita concreta.

Forse in nessun'altra circostanza come nell'irrompere del giuramento con la sua fresca carica religiosa nel campo dei negozi *contra ius* il giurista ha sentito una lotta tra la realtà sociale, nutrita di motivi etico-religiosi, e la legge, che tendeva a incanalarla negli alvei tecnici predisposti. Martino, sensibile alle convinzioni intime del suo tempo, aveva dato mano ad esaltarle, piegando quella *l. non dubium* che proclamava la nullità di ogni atto contrario a norme positive. Il prevalere della sua

speciale seu privilegium continentem servandum est...». Sicché, dato che in sostanza la costituzione *sacramenta* riguarda la *restitutio* del minore, è solo in deroga a tale diritto che può essere efficace il giuramento. «...Sed si interponeretur contra legem aliud ius speciale vel privilegium continentem, dico quod non servaretur iuramentum in praesenti authentica...».

(94) «...Sacramentum, hoc est per sacra astringens mentem...», dirà il RÉVIGNY (*Lectura super Codice*, in *Auth. sacramenta*, cit., 2^a col. ca. me.); «...sacramentum dicitur sacra mens...», farà eco il BOTTRIGARI per concluderne: «...sic loquitur de eo quod respicit religionem ad Deum...» (*Comm.* in *Auth. sacramenta*, cit., 2^a col. ca. me.).

opinione avrebbe avuto effetti forse più rivoluzionari di quanto potrebbe far pensare a prima vista l'apparente limitazione del problema ai contratti dei minori. Bulgaro aveva invece elevato la sua voce in difesa del potere cogente delle norme, del loro impero ovunque si svolgesse la vita del diritto, anche ove si fossero verificate infiltrazioni, sotto le pericolose spoglie del giuramento, di spunti etico-religiosi di ampia portata e indubbia vitalità.

Che poi abbia un valore storico la leggenda che presenta Bulgaro e Martino come paladini delle opposte tendenze, è cosa molto dubbia; ma che la teoria limitatrice del potere del giuramento abbia prevalso è quanto la storia mostra dopo essersi innestata sul mito. È vero che soprassalti dell'opinione avversa si riscontrano fino a epoca tardissima, ma è chiaro che ogni idea munita di un suo intrinseco valore stenta a lasciarsi soffocare.

In realtà, agli albori della scuola del commento — ossia con Jacques de Révigny e, da noi, con Cino — le idee tradizionalmente attribuite a Bulgaro hanno vinto la battaglia.

E, almeno nella scuola, la figura della legge ha ristabilito intatto il suo impero su tutto il mondo del diritto.

CAPITOLO SECONDO

Dei sistemi giuridici concentrici: diritto naturale e diritti positivi

SOMMARIO: 1. Le esigenze etiche dei glossatori e la categoria giuridica del *ius naturale*. — 2. Puntate filosofiche dei decretisti nella definizione del *ius naturale*. — 3. Il loro sospetto per la definizione ulpiana. — 4. «Peccatum de iure naturali esse non potest». — 5. La posizione dei primi civilisti: una testimonianza di Rogerio. — 6. Il giurista medievale di fronte al problema storico dell'editto pretorio. — 7. L'ipotesi che il *ius naturae* fosse un *motus* o una *voluntas*: esigenza di salvarne il contenuto normativo. — 8. L'indagine sull'*auctoritas*, cioè sulla fonte, del sistema. — 9. Gli aspetti empirici della *causa naturalis*. — 10. *Causa naturalis* ed *aequitas*. — 11. L'*indebitum*. — 12. Un passo di Ulpiano sui rapporti tra diritto civile e naturale. — 13. Contrasti tra i due sistemi: il caso della usucapione. — 14. La normale integrazione degli istituti naturali da parte dei civili: il matrimonio. — 15. *Ius naturale* e *ius gentium*: l'interpretazione d'un frammento di Gaio e di un passo d'Ulpiano. — 16. Il problema della servitù. — 17. Il superamento della diffidenza per la configurazione di deroghe al *ius naturale* da parte del *ius gentium*. — 18. Un frammento di Ermogeniano: difficoltà per l'interprete medievale. Le obbligazioni derivano dal *ius gentium*? — 19. Il problema della proprietà individuale. — 20. Conclusioni sull'efficacia del diritto naturale: talune applicazioni *in foro iudicis*. — 21. Anche le «divinae auctoritates in causis pro legibus allegari possunt». L'armonico concorso dei vari sistemi giuridici, da quello divino al civile.

1. La posizione polemica che la scuola aveva finito coll'assumere nei confronti del potere del giuramento rivela dunque il sospetto per l'invadenza dei motivi etico-religiosi, che rischiavano di sconvolgere l'ordine definito nel sistema del diritto; l'orgoglio del giurista sembrava qui trionfare sull'aspirazione del mondo medievale — di cui si parla tanto ed è ormai quasi un luogo comune — a non recidere mai il legame che univa 'l'uno e l'altro foro'. In realtà, però, egli aveva trovato nelle stesse fonti che studiava il modo di soddisfare quell'esigenza senza intaccare l'autonomia del campo tecnico dei suoi studi: a che altro serviva il vasto disegno di

sfere giuridiche concentriche che da quella più ampia dei diritti divino e naturale scendeva giù fino a quella della legge civile?

Le esigenze etiche trovavano nel diritto di natura una disciplina cui lo scalpello del giurista romano aveva in qualche modo già dato forme tecniche; si trattava inoltre di un ordinamento le cui linee erano tracciate in passi del *Corpus Iuris*, con riferimenti a istituti giuridici: e il glossatore, trattandone, sapeva di arare il proprio campo.

È vero che il tema poteva aprirsi a interferenze filosofiche, ma il civilista seppe dosarle, restando fedele all'esegesi delle proprie fonti. Senza la remora di queste, il decretista si lasciò invece trascinare da elucubrazioni più adatte al filosofo e al teologo che al giureconsulto; esse comunque riflettono taluni presupposti spirituali dell'epoca e ne rivelano la pressione sui fondamenti primi della teoria generale del diritto: due buone ragioni, forse, per ricordare di sfuggita un paio di spunti della più antica dottrina canonistica.

2. Per questa, certo, il famoso *dictum* graziano che indica nel Nuovo e nel Vecchio Testamento le fonti del diritto di natura (1) era un incentivo a introdursi

(1) Cfr. il *dictum* con cui si apre il Decreto, ripreso poi in altro *dictum* alla D. V, I *pars*, § 2. L'affermazione, pur sollevando problemi nuovi per la scienza giuridica, non fa che inserirsi nel filone classico della tradizione patristica (cfr. la lunga nota 102 del TROELTSCH, *Le dottrine sociali delle Chiese e dei gruppi cristiani*², I, trad. it. Sanna, Firenze, s.d. ma 1949, pp. 192-96), indubbiamente molto attiva sul pensiero graziano: cfr. da ultimi VILLEY, *Le droit naturel chez Gratien*, in *Studia Gratiana*, III, pp. 88-94 e FASSÒ, *Cristianesimo e società*, in *Studi parmensi*, VI, 1956, pp. 109-112. Il detto di Graziano ha spinto talvolta la storiografia moderna a immaginare che i canonisti identificassero il diritto divino col diritto naturale, quasi rappresentando i due termini come sinonimi: ma occorre andar cauti nel prendere per equazioni matematiche taluni accostamenti, e nell'accentuarne troppo la generalità, come sembra far l'ULLMANN (*Medieval Papalism. The political Theories of the Medieval Canonists*, London, 1949, p. 40 sg.). In realtà lo stesso Graziano mette in guardia contro il pericolo di arbitrarie confusioni («In lege et evangelio naturale ius continetur, non tamen quecumque in lege et evangelio inveniuntur naturali iuri coherere probantur...»: *dict.* post c. 3, D. VI) e offre l'estro ai decretisti per significativi chiarimenti (cfr. le recenti pagine del GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, p. 182 sg.): tutto il diritto si scinde, per usare il linguaggio della *Summa Coloniensis*, in *naturale* e *morale* [quest'ultimo proveniente dai *mores* che, nell'accezione più lata, abbracciano le norme positive]; l'uno e l'altro comprendono sia norme divine,

sul terreno speculativo del teologo, al quale spettava appunto d'indagare sull'insegnamento della Bibbia e dei Vangeli.

Quanto più colpisce nella prima fase dell'insegnamento è la riduzione del diritto naturale ad aspetti di una realtà esclusivamente soggettiva.

La definizione di Rufino — «...est itaque naturale ius vis quaedam humanae creaturae a natura insita ad faciendum bonum cavendumque contrarium...» (2) — è la più diffusa; all'epoca di Simone da Bisignano una tale *vis mentis* viene talvolta ravvisata nella *caritas*, con la quale appunto «...facit homo bonum et vitat contrarium...», talvolta addirittura nel libero arbitrio. Alla prima opinione si poteva rispondere che la carità è una virtù dei soli uomini buoni, mentre il diritto naturale è insito in tutti; alla seconda che il libero arbitrio comporta la scelta sia del bene, sia del male, quando «...ius vero naturale malum semper prohibet et detestatur...»; la stessa celebre identificazione con la sinderesi, proposta da Simone, non muta l'angolo visuale soggettivo nello studio del problema (3).

sia norme umane: *ius divinum* e *ius naturae* appaiono quindi concettualmente diversi e possono confondersi soltanto in qualche settore del loro ambito, come due cerchi che si muovano su un piano e, incontrandosi, sovrappongano parte delle proprie superfici senza lasciar tuttavia combaciare le due circonferenze (cfr. il passo della *Summa Coloniensis* edito dal LOTTIN, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*², Bruges, s.d. ma 1931, Append. I, p. 105). L'identico pensiero vuole esprimere in fondo anche Stefano Tornacense quando, all'insegnamento graziano che il diritto di natura è contenuto nel Vecchio e nel Nuovo Testamento, appone la glossa: «...non solum, sed totum...», quasi a indicare che il diritto divino ha un'ampiezza maggiore del diritto naturale. Ma poi gli sembra di essere andato anche troppo in là nel sovrapporre le sfere d'efficacia e aggiunge subito: «...sed si subtilius intueamur, nec solum nec totum...». Col che gli ambiti dei due sistemi rimangono concettualmente separati (cfr. STEPHANI TORNACENSIS *Summa* al citato *dictum* di Graziano, ed. SCHULTE, Giessen, 1891, p. 14).

La questione, com'è noto, è molto trattata dalla storiografia canonistica (oltre alle opere ora ricordate, ai numerosi lavori contenuti negli *Studia Gratiana*, a quelli — come le edizioni di fonti — che saranno più oltre rammentati, si ricordino GAUDEMET, *La doctrine et les sources du droit dans le Décret de Gratien*, in *Revue de droit canonique*, I, 1951, p. 5 sgg. e KUTTNER, *New Studies on the Roman Law in Gratian's Decretum*, in *Seminar*, XI, 1953, p. 12 sgg.): ma a noi interessa solo d'averne un'idea prima di affrontare il pensiero civilistico medievale.

(2) Al *dictum* graziano che apre il Decreto, ed. SINGER, Paderborn, 1902, p. 6.

(3) Tutto il passo di Simone è edito dal LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. II, pp. 106-107.

I teologi, che su questo punto appaiono tributari dei canonisti (4), fanno inizialmente buon viso alla dottrina di Simone; è solo col passar del tempo che proprio gli esagerati aspetti soggettivi del diritto naturale cominciano a sembrare inadeguati; l'insofferenza si avverte con Bonaventura e trova una compiuta manifestazione in S. Tommaso: se la sinderesi è un *habitus* — o una *potentia* che dall'*habitus* deriva — il diritto naturale tende a qualificarsi più oggettivamente come la realtà cui l'*habitus* o la *potentia* si rivolgono (5).

Nella scuola canonistica, poi, si avverte sin dallo scorcio del XII secolo il fastidio crescente sia per l'eccessivo accumularsi delle differenti accezio-

(4) GRABMANN, *Das Naturrecht der Scholastik von Gratian bis Thomas von Aquin*, ora in *Mittelalterliches Geistesleben*, I, München, 1926, p. 67 sgg. D'altronde l'influenza del primo pensiero canonistico su quello filosofico-teologico è un fenomeno accertato: cfr. DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle*², Bruges-Bruxelles-Paris, 1948, specialmente p. 460 sgg.; anche p. 499 sgg.

(5) Se per Guglielmo d'Auxerre, Rolando di Cremona e poi Alberto Magno l'equiparazione tra diritto naturale e sinderesi si mantiene nei termini più semplici — sicché il diritto naturale si risolve in quella vasta facoltà che oscilla tra la contemplazione di Dio e la conoscenza delle cose sensibili —, con S. Bonaventura si affaccia il problema che offrirà lo spunto ai successivi svolgimenti: se la sinderesi è un *habitus mentis* — distinto dal libero arbitrio, precisa il filosofo, perché tende sempre al bene — il diritto naturale si identifica con quella solo in senso lato, mentre nella sua accezione tecnica esso configura un insieme di precetti che della sinderesi possono costituire soltanto l'oggetto. È il motivo che Tommaso sottolinea e precisa. Inserendo il proprio pensiero nella vecchia disputa, se la sinderesi sia un semplice *habitus* — cosa cui il teologo non sa rassegnarsi — o non piuttosto una facoltà primaria, egli tenta una conciliazione delle opposte tesi innestando l'*habitus* sulla facoltà che ne costituisce la fonte. Ma quanto interessa qui è di notare come la conseguenza logica di entrambe le teorie fosse quella di vedere il diritto naturale come un oggetto distinto sia dalla *facultas*, sia dall'*habitus*: questi ultimi sono «...id quo quis agit...», mentre il diritto di natura è «...id quod quis agit...», dirà Tommaso in una lucida sintesi (S. THOMAE *Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 94, art. 1). Su tutto il problema resta fondamentale l'ottimo lavoro del LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., pp. 35, 44, 52 sg., 68 sgg.; taluni approfondimenti, specialmente trattando la 'giustizia' della legge, ha offerti lo SCHILLING, *Die Staats- und Soziallehre des hl. Thomas v. A.*, Paderborn, 1923, p. 145 sgg.

Che i teologi imperniassero tutta la problematica relativa al diritto naturale essenzialmente sulla discussione se esso fosse una *potentia* (quindi innata) o un *actus* (quindi non innato), un *habitus* (frutto dell'assimilazione di una *regula* precedente) o non, una *conscientia* o una realtà *inconsciens*, risulta chiaramente dalle belle raccolte anonime di *quaestiones* pubblicate dallo stesso LOTTIN, Append. XII e XIII, pp. 122-125.

ni (6), sia per l'astrattezza che rischiava di rendere il diritto naturale inafferrabile (7).

3. Quanto alla definizione del noto frammento ulpiano (8), che era lungi dal suggerire speculazioni filosofiche, essa non esercitò mai, a quanto pare, soverchie suggestioni sul pensiero dei primi decretisti. Se un Rufino (9) e un Simone da Bisignano — né stupisce conoscendone gli indirizzi — la rifiutano addirittura, per lo più essa viene accolta con le numerose altre definizioni da spiriti più concilianti (10).

(6) Il TIERNEY (*Two Anglo-Norman Summae*, in *Traditio*, XV, 1959, p. 485), per esempio, fa notare come persino nella scuola inglese, dove quelle definizioni tendevano a moltiplicarsi, all'inizio del Duecento scattò qualche reazione. Così la *Summa Prima primi*, che d'altronde rivela anche per altri versi taluni atteggiamenti nuovi della dottrina locale (KUTTNER e RATHBONE, *Anglo-Norman Canonists of the Twelfth Century*, in *Traditio*, VII, 1949-51, p. 327): «Hic notandum quod multi multas circa ius naturale inutiles proposuerunt distinctiones, plures vocabuli significationes assignando. Sufficit enim hec unica acceptio, ut dicatur ius naturale quod procedit ex prima natura sine corruptione, secundum quod scilicet homo viveret si Adam non peccasset... Si hanc acceptionem semper teneris ab intelligentia non deviabis» (passo riportato dal TIERNEY, loc. cit.).

(7) Pare fosse il canonista BAZIANO, secondo quanto narra un'additio a un'operetta del suo collega Egidio, a riportare: «...Sed fertur magister σ. [Simone da Bisignano?] sic dixisse, quia facilius possum tibi ostendere quod non sit Deus, quam quod sit. Ita facilius possum tibi ostendere quod non sit ius naturale, quam quod sit, sec. Baz.». Riferito dal ROTA, *Il decretalista Egidius e la sua concezione del diritto naturale*, in *Studia Gratiana*, II, p. 244.

(8) «...Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit...»: *Dig.* 1, 1, 1, 3 e *Inst.* 1, 2 pr.

(9) Particolarmente chiara e vivace la critica di Rufino alla definizione d'Ulpiano, della quale deplora la genericità e il silenzio sulla sostanza umana del diritto naturale: «...hoc autem ius legistica traditio generalissime definit dicens: 'ius naturale est quod natura omnia animalia docuit'. Nos vero istam generalitatem que omnia concludit animalia non curantes, de eo iuxta quod humano generi ascribitur breviter videamus...» (RUFINI *Summa* in c. 1, D. I, ed. SINGER, cit., p. 4). Non è una posizione isolata: talune fonti analoghe sono state ricordate dal TANON, *Etude de littérature canonique. Rufin et Huguccio*, Paris, 1889, p. 31.

(10) Anche se talvolta modificano la terminologia romana e parlano di stimolo naturale che spinge alla procreazione, o impiegano altre espressioni che appaiono di portata più ristretta di quanto non sia la generale formula ulpiana. Tali deviazioni sono particolarmente evidenti nella *Summa Monacensis* e in UGUCCIO, sempre in glosse al c. 7 della D. I. Solo la *Summa Lipsiensis*, compitando il solito elenco

In effetti essa creava ovvie difficoltà teoriche coll'estendere a tutti gli esseri animati una realtà che i canonisti si ostinavano a disegnare in chiave soggettiva, col confessato proposito di metterne a nudo le radici spirituali: una realtà, quindi, rigorosamente umana (11).

Se, date queste tendenze, non stupisce che il diritto naturale, come già nella puntata estrema di Simone e dei suoi seguaci, ruotasse intorno al concetto di *ratio*, d'altronde in favore crescente nel mondo filosofico della Prescolastica e della giovane Scolastica, tale concetto era inteso qui nel suo significato primo di *virtus cognoscendi* (12) sul piano della razionalità pratica (13). Sicché lo svolgersi su tale piano degli aspetti soggettivi del diritto naturale rendeva logico il rinforzarsi dei

delle diverse definizioni, riporta in primo luogo e fedelmente quella di Ulpiano (il passo è edito dal LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. IV, p. 108).

(11) Umana nel significato più pregnante del termine: un frammento della *Summa Bambergensis*, assumendo un passo di Valentiniano (*Cod.* 1, 14, 9) secondo una variante bolognese, e leggendovi delle norme «...quae constringunt *hominum vitas...*», esclamerà: «...et bene dicit 'hominum', quia in eo quod homo datum est ius naturale, non in eo quod mercator, vel aliud huiusmodi...» (riportato dal KUTTNER, *Kanonistische Schuldhlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano, 1935, p. 166, nota 1).

(12) Inutile dilungarsi qui sulle varie accezioni assunte nel linguaggio filosofico medievale dalla parola *ratio*, che taluno ha catalogata tra le più equivoche (TONQUÉDEC, *La critique de la connaissance*², Paris, 1929, p. 293) e altri ha suggestivamente definita «...un spectre où l'on passe insensiblement d'une couleur à l'autre...» (LE ROY, *Sur quelques objections adressées à la nouvelle philosophie*, in *Revue de métaphysique et de morale*, 1901, p. 301). Comunque, accanto al significato di 'ragione' intesa come facoltà conoscitiva, che interessò le prime trattazioni canonistiche del diritto naturale, la vedremo più oltre esprimere una causalità portata nell'ordine logico e poi in quello ontologico — passando cioè dal significato di 'argomento' a quello di 'fenomeno creatore di effetti' — e obiettivarsi ulteriormente coll'indicare una nozione universale tratta per astrazione da una moltitudine di entità individuali. Sebbene la corrispondenza di queste figure filosofiche col linguaggio dei giuristi, che vivevano in un mondo proprio, sia solo approssimativa, se ne può tuttavia ricordare la trattazione del DEMERS, *Les divers sens du mot «ratio» au Moyen Age. Autour d'un texte de Maître Ferrier de Catalogne (1275)*, in *Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du XIII^e siècle*, I (*Publications de l'Inst., d'études médiévales d'Ottawa*, I, 1932), p. 109 sgg. Cfr. anche PEGHAIRE, *Intellectus et ratio selon S. Thomas d'Aquin* (nelle *Publications*, cit., VI, 1936), p. 14 sgg.; YON, *Ratio et les mots de la famille de reor. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1933.

(13) Dopo la generica definizione di Rufino, i passi avanti in questo senso sono rapidi e li si coglie nella maturità maggiore delle formulazioni. Uguccio, dopo aver riportato insieme con le altre la teoria corrente — «...ius ergo naturale dicitur ratio, scilicet naturalis vis animi ex qua homo discernit inter

suoi atteggiamenti etici. In una fantasiosa immagine li si vede configurati come «...flumina honestatis humanae...» i quali «...redeunt ad mare iuris naturalis...»: questo sistema, quasi ripercorrendo nella sua vita la storia della Rivelazione, fu perso dal primo uomo, manifestato dalla legge mosaica, perfezionato dal Vangelo, rappresentato dai costumi (14).

4. Tali motivi etici non potevano fare a meno d'interferire nel disegno di singoli istituti. È ovvio che il matrimonio ne risentisse in misura particolare, perché vi erano coinvolti interessi fideistici assai vivi; d'altronde un uso accademico ne aveva fatto un passaggio obbligato delle discussioni canonistiche sul diritto naturale (15). A questo sistema l'istituto veniva ricondotto da un celebre frammento romano che non era sfuggito agli studiosi dei canoni; ma non è escluso che proprio la genericità delle espressioni ulpianee — col loro richiamo a un' indefinita «maris atque foeminae coniunctio» (16) — contribuisse a porre sul tappeto lo spinoso problema della fornicazione, a rigor di logica anch'essa capace di venir compresa nella formula latina.

È singolare che persino nel campo dei teologi taluni episodi — come l'insegnamento di Simone da Tournai sul chiudersi del XII secolo — palesassero puntate di considerevole spregiudicatezza di fronte a fondamentali questioni di coscienza, come

bonum et malum, eligendo bonum et detestando malum...» —, aggiunge: «...dicitur etiam secundo loco ius naturale iudicium rationis, scilicet motus proveniens ex ratione directo vel non directo... ut discernere, eligere et operari bonum... unde si audacia detur verbo, secure dico quod hoc ius improprie dicitur naturale, scilicet quia ad ea que in eo continentur naturale ius scilicet ratio impellit, et ad ea ex ratione quis tenetur...» (ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. V, p. 109). Si annunciano ormai problematiche grosse: come quella dei rapporti tra il potere cogente della *ratio* e la capacità normativa dell'ordinamento naturale. «...Accipitur etiam hic ius naturale specialius pro ipsa ratione... qua homines *velut quadam lege* reguntur...», scrive nello stesso giro d'anni un decretista ignoto, che da tale constatazione deriva l'universalità del sistema (ed. GILLMANN, *Die Dekretglossen des Cod. Stuttgart. hist. f. 419*, in *Archiv für kath. Kirchenrecht*, CVII, 1927, p. 193). Ma le trattazioni non scavano ancora in profondità e mancano gli agganci con questioni di diritto.

(14) Così RUFINO, ed. SINGER, cit., pp. 6 e 7.

(15) Riccardo Anglico riporta ch'era regola chiedersi cosa fosse il diritto naturale, se negasse la proprietà comune, se ammettesse deroghe, come andasse interpretato il passo isidoriano introdotto all'inizio del Decreto (c. 7, D. I), come si dovesse impostare il problema della libertà e quello del matrimonio (cfr. KUTTNER-RATHBONE, *Anglo-Norman Canonists*, cit., p. 355 sg.).

(16) *Dig.* 1, 1, 1, 3 e *Inst.* 1, 2 pr.

quella che si parava alle soglie stesse del ragionamento: «...si enim est ius naturale ergo est bonum, sed in fornicantibus est coniunctio maris et foeminae quae damnabilis est...». Ma lo scrittore non s'era lasciato prender la mano da una simile obiezione, e aveva risolto il problema osservando che sia nel matrimonio, sia nella fornicazione la sostanza naturale del fenomeno rimane identica: «...nec enim caret aliquo debito naturae sed debita solemnitate...». Pur degna di essere difesa sul piano logico, una simile impostazione doveva urtare le convinzioni più intime del mondo medievale, e vi fu chi, come il *magister* Martino, si sentì in dovere di reagire subito. Come può un peccato rifarsi al diritto naturale? Quest'ultimo, poi, è una realtà propria dell'uomo, mentre la *coniunctio sexuum* discende invece da un più vago generale istinto.

È il primo scontro della teologia con talune conseguenze logiche della concezione romana del diritto naturale: un semplice episodio, d'altronde, perché sull'argomento i teologi restano per lo più silenziosi. Anzi, Martino non fa, in fondo, che riprendere letteralmente il pensiero di Simone da Bisignano il quale, come tutti i giuristi, doveva sentire più acutamente il problema posto dalla definizione latina: «...peccatum vero de iure naturali esse non potest...», aveva affermato questi, con passione, «...datum est autem istud ius homini quando insufflavit Deus in faciem eius spiraculum vitae, scilicet legem naturalem...» (17). Tralasciando pure le visioni estremiste di taluno che, vedendo ogni unione sessuale dettata dalla concupiscenza, vi riscontrava sempre un peccato e condannava così perfino il matrimonio (18), in definitiva la stessa problematica che il concetto di diritto

(17) Cfr. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., p. 28 sg.; il frammento di Simone è edito *ibi*, Append. II, p. 107. Più tardi il canonista Egidio, sul quale d'altronde il pensiero di Simone ha esercitato un'influenza sostanziale, nelle sue *Lucubratiunculae* sui primi canoni del Decreto, impiegherà parole ancora più forti: «...nec esset sane mentis qui diceret peccatum esse de iure naturali...» (ed. ROTA, *Il decretista Egidius*, cit., p. 249: il passo glossato è, anche qui, il c. 7 della D. I). Si può osservare di sfuggita come il problema si ponesse anche per il glossatore civilista, sebbene questi fosse assai meno sollecitato ad approfondirlo: comunque nella scuola del Bassiano si giunse ad ammettere che il diritto naturale potesse indurre in peccato (cfr. la *Summa Institutionum* di Bruxelles, *de iure nat. gent. et civ.*, BRUXELLES 131-134, fo. 48ra, quasi identica, nel passo che interessa, alla *Summa Institutionum* di AZZONE, *eod.*, ca. pr. Cfr. anche ACCURSIO, gl. *coniunctio* in *Dig.* 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*, alla fine della glossa).

(18) È la nota posizione di Uguccio, assunta nella lunga glossa alla parola *connubia* del c. 4, C. XXXII, q. 2 (glossa edita dal GILLMANN, *Die Dekretglossen*, cit., p. 246, nota 2); rispone la teoria del

naturale suscitava lo rivela sostanziato di motivi etico-religiosi: né poteva essere altrimenti se il *Decretum* stesso si apriva con la riaffermazione dei legami che stringono il diritto naturale e il divino.

D'altronde la stessa parola 'natura', correttamente ricondotta al verbo 'nascor', evocava l'idea della creazione e quindi della divinità (19); l'equazione «natura idest Deus», già corrente all'epoca di Stefano da Tournai (20), divenne tanto cara al pensiero medievale che anche i civilisti, com'è noto, ne fecero largo uso.

maestro l'ignoto autore della *Summa Reginensis* (i passi da cui risulta una valutazione ostinatamente negativa, sul piano religioso, dell'atto matrimoniale sono stati pubblicati dallo STICKLER, *Vergessene bologneser Dekretisten*, in *Salesianum*, XIV, 1952, p. 497, in ed. italiana negli *Studia Gratiana*, III, p. 402). La teoria di Uguccio era stata proposta in polemica con l'insegnamento di due teologi, Pierre Lombard e Pierre Comestor (o Manducator), che avevano invece definito eretica la tesi che l'atto sessuale — compiuto in costanza di matrimonio *causa proles o causa reddendi debitum* — costituisse peccato. Solo veniale risponde Uguccio, e difende l'opinione audacissima «...quod Deus multa precipit et facit que non sunt nec esse possunt sine peccato...». Sebbene vi siano conferme che la polemica si svolgesse proprio in tali termini (cfr. ad es. GIOVANNI TEUTONICO, gl. *voluptate* in c. 7, C. XXXIII, q. 4), non si può tuttavia dimenticare come Uguccio ricollegli al diritto naturale il matrimonio e non la fornicazione proprio «...cum ex iure naturali peccatum non possit esse...»; il che indicherebbe l'adesione alla tesi ortodossa (il passo di Uguccio è edito dal LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., p. 111, r. 86-88).

(19) Nelle etimologie di Uguccio, la derivazione di *natura* da *nascor* apre l'elenco dei significati: il primo sancisce appunto il collegamento con l'atto creativo, quindi con il suo soggetto e con l'oggetto, con il creatore e la creatura. «...Item a 'nascor' hec 'natura, - e', idest nativitas. Natura dicitur Deus, quia omnia creat et nasci facit, et natura dicitur quelibet creatura...» (HUGUCCIONIS *Liber derivationum*, s.v. *nascor*, VATICANO, *Chis.* L. VIII. 289, fo. 142rb). Tale punto di vista dei filologi aveva d'altronde origini antichissime e al pensiero basso-medievale veniva dall'insegnamento delle Arti. L'*Elementarium* di PAPIAS, s.v. *natura*, spiega: «Natura dicta ab eo quod aliquid nasci faciat, gignendi enim et faciendi potens est. Hanc quidam deam esse dixerunt: a qua omnia creata sunt». Il ricordo di motivi panteistici pagani contenuto in quest'ultima proposizione, evidentemente riportata da Papias a scopi eruditi, doveva automaticamente trasformarsi nell'enunciato di Uguccio rivivendo nel pensiero cristiano medievale.

(20) STEPHANI TORNACENSIS *Summa* in c. 1, D. I, ed. SCHULTE, cit., p. 8. La formula era probabilmente già apparsa nei primi decretisti, almeno a quanto si può desumere dalla rapida diffusione successiva (cfr. la glossa anonima edita dal GILLMANN, *Die Dekretglossen*, cit., p. 193, e i passi ricordati dal KUTTNER, *Repertorium der Kanonistik (1140-1234)*, Città del Vaticano, 1937, p. 202, e l'illustrazione

È vero che l'aspetto razionale emerge dalla qualifica di «lex rationis» assegnata al diritto di natura (21); taluno anzi, forte della tradizionale convergenza della coppia *ratio-veritas* e del binomio graziano *ius naturale-ius divinum*, ha potuto vedere addirittura esigenze razionalistiche proiettate dal primo ordinamento sul secondo (22): ma è piuttosto l'influenza inversa che si è verificata, e sembra più opportuno ritenere con il Wegner che lo stretto legame tra i due sistemi scaturisse

divergente che ne hanno data da una parte l'ULLMANN, *Medieval Papalism*, cit., p. 40, e dall'altra il COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II, p. 157 sgg. e da ultimo il FASSÒ, *Dio e la natura presso i decretisti ed i glossatori*, in *Il diritto ecclesiastico*, LXVII, 1, 1956, p. 3 sgg.). È possibile ricollegarla all'antica identificazione stoica e panteistica tra natura e Dio, come fa l'ULLMANN, loc. ult. cit., a patto che si eviti di svisare le concezioni medievali che, come si vedrà in seguito, a idee panteistiche certo non fecero ricorso.

(21) Era espressione che incontrava tanto il gusto medievale, da venir usata persino in manuali dagli intenti piuttosto divulgativi, com'è la già ricordata *Rhetorica ecclesiastica*, scritta probabilmente nell'ultimo decennio del XII secolo e pubblicata dal WAHRMUND (*Quellen zur Gesch. des röm. - kan. Processes im M.A.*, I, fasc. 4, p. 9). D'altronde l'ambiente filosofico, entro il quale maturavano le idee dei glossatori, stava già avviandosi alla visione tomistica d'un diritto naturale scaturito dall'azione congiunta di Dio — rappresentata come il fondamento remoto — e del *dictatum rectae rationis*, costituito come sua base effettiva: l'ovvia preminenza, dal punto di vista strutturale, di questa *recta ratio* ha indotto il FASSÒ ad alludere a un'«irreligiosità inconsapevole del giusnaturalismo del Medioevo» (*Cristianesimo e società*, cit., p. 115). Ma forse occorre solo intendersi sull'accezione del termine *ratio*: che certo non indicava a quei tempi la fredda razionalità cartesiana, indifferente all'ispirazione etico-religiosa. Come meglio si vedrà.

(22) La razionalità del diritto divino era problema cui la stessa tradizione patristica offriva soluzioni non univoche (cfr. FASSÒ, *Cristianesimo e società*, cit., p. 123 sgg.), che non potevano fare a meno di riflettersi nel pensiero medievale. Si tratta, comunque, di una questione che non si può affrontare in questa sede: basti ricordare come da ultimo l'Ullmann, che ha visto il legame tra diritto divino e naturale particolarmente intimo, si sia lasciato sfuggire che un tale legame era il risultato d'una concezione del diritto divino «...intrinsically based upon natural reason...»: idea che, se non altro, appare pericolosa, specie per l'inevitabile peso del punto di vista moderno su quel diritto naturale che da due secoli a questa parte ha visto vieppiù esaltato il suo aspetto di categoria scaturita direttamente dalla ragione umana (ULLMANN, *Medieval Papalism*, cit., p. 41). Ma si veda, sulla questione, il WEGNER, *Ueber positives göttliches Recht und natürliches göttliches Recht bei Gratian*, in *Studia Gratiana*, I, p. 507 sgg.

soltanto da un'intima visione religiosa del diritto naturale (23), ch'era poi il riflesso della suprema sintesi tra *ratio* e *Deus*.

5. Se il valore paradigmatico del diritto naturale — vero specchio dei principî primi che reggono il fenomeno giuridico — ha costretto al breve *excursus* nel campo canonistico, un confronto col pensiero dei legisti ne paleserà un'analogia inclinazione verso dati etici, ma sviluppata per strade diverse: ai marcati atteggiamenti soggettivi del sistema, ricordati solo in cenni sporadici, essi preferiranno invece una concezione sostanzialmente obiettiva.

Non altro senso ha il solido ancoramento del diritto di natura all'equità (24), che i glossatori sapevano di dover cercare nella struttura dei singoli fatti, degli atti, dei rapporti concreti.

Tra i primi a trattare dell'argomento, e soprattutto con eccezionale diffusione, è certo Rogerio. Le sue *Quaestiones super Institutis* sono dedicate ai problemi massimi della teoria generale, toccano le sfere dell'equità e della giustizia, e si dilungano sul diritto naturale; vi si narra che molte accezioni di quest'ultimo si contendono il campo o si integrano: v'è la prima e la più generica, quella raffigurata nel passo di Ulpiano, che lo rappresenta come il frutto prodotto «...a natura animali quod omnium animalium sit commune...»; ve ne può essere una sottospecie — dall'azione limitata al solo mondo umano — che andrebbe designata più propriamente col nome di *ius gentium*: così il riverir Dio e l'essere fedele ai patti. Sin qui la traccia dell'insegnamento romano è limpida: ma ecco affacciarsi spunti che aprono orizzonti nuovi: «...dicitur quoque ius naturale *id est ius aequissimum*, qua significatione *etiam civile ius naturale dici potest...*»: viene portato come esempio il caso della *restitutio* dei minori (25).

(23) WEGNER, *Ueber positives göttliches Recht*, cit., p. 516 sgg.

(24) È vero che anche i canonisti vi ricorsero: ma forse meno di quanto è parso a taluno (WOHLHAUPTER, *Aequitas canonica. Eine Studie aus dem kanonischen Recht*, Paderborn, 1931, p. 57 e soprattutto ZANETTI, *Carattere canonico dell'aequitas nella letteratura civilistica preirneriana*, in *Riv. di storia del dir. it.*, XXVI-XXVII, 1953-54, p. 243 e in *Scritti Mochi Onory*, Milano, 1958, p. 237) e comunque sulla scorta di un concetto di equità ch'è più la giustizia intesa come *virtus* soggettiva, che non l'*aequitas rudis*, colta dai civilisti *in rebus ipsis* e opposta alla giustizia.

(25) ROGERII *Quaestiones super Institutis*, II *de iure nat. gent. et civ.*, § 1, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 275 sg. Che l'ultima accezione riportata scaturisse

L'ordinamento naturale, da categoria dogmatica definita entro confini propri, sembra trasfigurarsi in un principio non localizzabile, una forza equitativa che si estrinseca nell'ambito del diritto positivo. La confluenza del diritto naturale e dell'equità, già sancita nel mondo romano (26), rivela atteggiamenti sempre più suggestivi.

Nell'elenco delle accezioni diverse, che il glossatore diligentemente riporta tentando di mettere ordine nel suo materiale eterogeneo (27), la figura del *ius aequissimum* ricorre e viene consacrata dalla scuola di Giovanni (28): apparentemente vaga, il suo valore concreto può forse venir individuato in talune delle sue manifestazioni maggiori.

Acquista singolare significato, a questo proposito, una tarda glossa: è Accursio che, dopo aver riportato l'equiparazione del diritto naturale alla legge mosaica e al

da una valutazione del contenuto del diritto naturale è testimoniato dal desiderio di specificare: «...qua significatione etiam civile ius naturale dici potest...»: ov'è portato in superficie il nesso naturale tra i due diritti, il civile poggiando sull'altro, quasi sopra un sostrato necessario. Che è d'altronde, come si vedrà, la concezione corrente nella scuola.

(26) Il glossatore sapeva soprattutto da Paolo che «...id quod semper aequum ac bonum est ius dicitur, ut est ius naturale...» (*Dig.* 1, 1, 11). Occorre appena ricordare come, secondo qualche autorevole rappresentante della storiografia romanistica, anche il mondo classico avesse scorto nel diritto naturale non tanto un vero sistema normativo, quanto un «criterio di valutazione» dei singoli istituti (cfr. da ultimo BURDESE, *Il concetto di 'ius naturale' nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Riv. italiana per le scienze giur.*, ser. III, VII, 1954, p. 419).

(27) Come ha avvertito con acume il KUTTNER, occorre evitare di prendere per rigide definizioni teoriche certi chiarimenti proposti per esigenze di economia mentale (*Methodological Problems concerning the History of Canon Law*, in *Speculum*, XXX, 1955, p. 548, trad. it. in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, p. 150). Rimane comunque che si tratta di preziose testimonianze di certi punti di vista e, come in questo caso, dell'individuazione di taluno dei momenti che segnano la vita di una realtà complessa.

(28) Cfr. al tit. *de iure nat. gent. et civ.* la *Summa Institutionum* di Bruxelles (BRUXELLES 131-34, fo. 48ra) e quella di AZZONE (tra parentesi le parole contenute nella prima e omesse nella seconda): «...Item (et) dicitur ius naturale (ius) aequissimum, ut cum dicitur lapsos minores secundum (naturalem) aequitatem restitui, ut ff. de minoribus, l. I in pr. (*Dig.* 4, 4, 1 pr.)...». Il passo del Digesto allegato dal glossatore è molto significativo: si tratta di un frammento ulpiano ove la tutela pretoria della minore età viene fatta sgorgare direttamente dalla *naturalis aequitas*. Quali conseguenze la dottrina medievale traesse da tale accostamento tra il magistero del pretore e il mondo della equità naturale è un quesito cui si tenterà subito di dare una risposta.

Vangelo — dietro influsso canonistico evidente e d'altronde dichiarato (29) —, all'*instinctus naturae* e al *ius gentium*, lo identifica infine con il *ius praetorium* (30). Il riferimento testuale, poi, riconduce a quella *restitutio* dei minori che dal tempo di Rogerio aveva consentito proprio la qualificazione del diritto naturale come *ius aequissimum!*

Ci si trova di fronte a uno dei punti di vista più interessanti tra quelli adottati dalla dottrina medievale nei confronti della norma del pretore, ch'essa non poté comprendere storicamente, ma di cui intuì il significato intimo: l'editto, tutto ispirato a esigenze di equità, le apparve come la manifestazione stessa, in norme positive, del diritto naturale. È un punto di vista che il Calasso ha avuto il merito d'illustrare recentemente nella materia ove meglio se ne rivela la importanza: ossia nella ricostruzione teorica del *pactum* operata dai glossatori (31).

6. Proprio sul terreno del *pactum* — assai più fecondo di spunti chiarificatori — sospinge un'altra glossa di Accursio, che vi innesta quel collegamento tra diritto

(29) Gl. *naturale est quod natura* in *Inst.* 1, 2 pr. *de iure nat. gent. et civ.*: «...secundum canones ius naturale dicitur quod in lege mosaica vel in Evangelio continetur, ut in principio Decretorum...». Pochi anni dopo l'identico richiamo sarà fatto da ODOFREDO (*Comm. in Dig.* 1, 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam daturus*, nr. 13). In realtà già Azzone aveva riportato la formula tenendo a metterne in risalto la derivazione canonistica — «...ut legitur in Decretis...» (AZONIS *Summa Institutionum*, loc. ult. cit., nr. 2) —; e questa insistenza nel gettarne la responsabilità sulla scuola del diritto canonico conduce a immaginare che i civilisti intendessero sì accogliere una definizione nella quale — come uomini del loro tempo — essi credevano, ma volessero evitare di avallarla. Tanto più che i tentativi di ricondurla a fonti giustiniane non sembrano molto felici: da quello dello stesso Accursio che si appiglia, e non si comprende come, a *Inst.* 1, 2 pr. (gl. *quod natura* in *Dig.* 1, 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*), a quelli successivi di un ALBERICO da ROSATE (*ibid.*, nr. 1), che si rifà addirittura alla definizione del furto data da Paolo (*Dig.* 47, 2, 1) e introdotta nelle Istituzioni (*Inst.* 4, 1, 1 e 2).

(30) Cfr. gl. *quod natura* in *Dig.* 1, 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*: «...Item notatur ius naturale quatuor modis dici. Primo lex mosaica... secundo instinctus naturae... tertio ius gentium... quarto ius praetorium...». L'identico elenco — dopo aver lamentato «...quod ius naturale in iure nostro sumitur aequivoce...» — dà pure ODOFREDO, *ibid.*, nr. 13.

(31) CALASSO, *Il negozio giuridico*², Milano, 1959, p. 251 sgg. Per il glossatore si trattava, in definitiva, di saldare insieme due binomi enunciati dalle fonti romane: la coppia classica *aequitas-ius honorarium* (storicamente descritta dal PRINGSHEIM, *Römische Aequitas der christlichen Kaiser*, in *Acta congressus iuridici internationalis* (1934), I, p. 121 sg.) e l'altra *aequitas-ius naturale*, cui si è fatto cenno.

onorario e diritto naturale già imperniato sulla *restitutio* (32). Un tale innesto non doveva riuscir nuovo, ma se ne era molto discussa l'opportunità (33). Evidenti erano solo i vincoli tra il patto e il sistema naturale: *naturalis causa* del debito era la promessa semplice, una *naturalis obligatio* ne risultava (34). Più delicata, invece, la trasposizione sul piano dogmatico — che solo interessava il glossatore — di quei legami col sistema del diritto onorario ch'erano essenzialmente storici: il Calasso ha acutamente indirizzato a ricercarli nel campo processuale, in quell'*exceptio* che costituiva la tutela delle nude convenzioni e derivava dal pretore (35).

A ben vedere, è spiegabile che la figura dell'*exceptio* evocasse una problematica complessa; generalmente contrapposta al termine correlativo *regula*, essa si muoveva infatti su piani differenti, assumendo su ciascuno significati tecnicamente vari e conducendo a conseguenze teoriche disparate. Sul piano logico anzitutto, ove indicava le esigenze concrete opposte all'astrattezza di un principio; questa fondamentale antitesi, pur conservando le premesse di sostanza, era facilmente trasposta sul piano

(32) ACCURSII gl. *ius naturale* in *Inst.* 1, 2 pr., *de iure nat. gent. et civ.*, tra le varie accezioni elencate come di consueto: «...quandoque pro iure pactorum, et sic pro iure praetorio, ut ff. de pactis, l. 1 (*Dig.* 2, 14, 1). Quandoque pro eius contrario, scilicet pro eo quod rescindit pacta, ut in restitutione minorum, ut ff. de minoribus, l. 1 (*Dig.* 4, 4, 1)...». I due diversi istituti del *pactum* e della *restitutio*, entrambi riportati da tempo al diritto naturale, son qui per la prima volta — che io sappia — esplicitamente uniti da un vincolo logico (l'uno venendo inteso come «contrarium» dell'altro) giustificato proprio dal comune inquadramento entro la categoria *ius naturale-ius honorarium*.

(33) «...Sed et si pacto nudo quid promisero, nec iure civili, nec praetorio, nec iure gentium, ut existimo, debeo, sed tantum natura, idest naturali iure primo...», scrive infatti il PIACENTINO (*Additio Bulgari commentario* in *Dig.* 50, 17, 84, *de regulis iuris*, l. *cum amplius solutum est*, ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonn, 1856, p. 73).

(34) Nel patto la *causa naturalis* era eccezionalmente rappresentata dall'elemento soggettivo stesso, ossia dal mero *factum* del consenso (CALASSO, *Il negozio*, cit., p. 253): «...si id prestitero naturali causa, idest naturali voluntate...», aveva detto il PIACENTINO (loc. ult. cit., p. 74). Che ne scaturisse un'obbligazione naturale era noto a tutti: il Piacentino, anzi, la considera il prototipo della *naturalis obligatio* in senso proprio, e la contrappone ad altri casi atecnici, come quello del donatario ch'è pur tenuto *naturaliter* all'antidora (PLACENTINI *Summa Institutionum*, III, 12 *de obligationibus*, ca. me.).

(35) CALASSO, *Il negozio*, cit., p. 251 sg.

dogmatico, ove indicava l'*aequitas* di fronte al *rigor*; su quello, appunto, processuale, ove l'*exceptio* diveniva lo strumento che contrastava l'*actio*; su quello normativo in generale, ove il medesimo termine rappresentava sia il *ius novum* innanzi al *ius vetus*, sia — e in fondo era lo stesso — il *ius praetorium* innanzi al *ius civile*, o, come talvolta si diceva, al *ius commune*. Il sostrato unitario di queste contrapposizioni in apparenza tanto diverse era evidente al giurista: al fondo di ciascuna covava sempre la dialettica tra dato teorico o *regula* — fosse esso volta a volta incarnato dall'ordine del *ius civile*, o dall'*actio*, o dal *rigor iuris* — ed esigenze della vita — difese dal pretore, per mezzo dell'*exceptio*, in obbedienza a un'*aequitas*.

Questo sostrato comune consente al glossatore di procedere talvolta a una sovrapposizione — una confusione, si direbbe addirittura — dei diversi piani. Su quale esattamente poggia la massima «regula est de rigore, exceptio de aequitate», largamente adoperata da entrambe le correnti avversarie, come dimostra l'uso fattone sia dal Piacentino (36), sia da Azzone (37), e comunque risalente alle origini della scuola (38)? La sua polivalenza le assicura un'applicazione ovunque si manifesti un contrasto tra dato astratto e necessità concreta.

(36) Cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, III, 1 *de iudiciis*, ca. me.: «...ait enim secundum aequitatem iudicandum esse... vel, quod melius est, dici potest quia *aequitati*, *id est exceptioni regulae* stabitur: quippe potentissimum est quod ad speciem dirigitur, et non secundum *ius strictum*, *id est regulam*, iudicatur, quae viciatur: sed et summum ius summa iniuria est...».

(37) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *aequitatisque* in *Cod.* 3, 1, 8, *de iudiciis*, l. *placuit*, nr. 3. Commentando la celebre disposizione di Costantino, che vuole la giustizia e l'equità prevalgano sempre sulla *ratio stricti iuris*, egli ne desume la priorità dell'*exceptio* sulla *regula*: «...Item poni potest fere in omni regula, cum quaelibet patiat exceptionem ut dicit regula iuris, et exceptiones sunt de aequitate, ut ff. de vacatione munerum, l. I (*Dig.* 50, 5, 1 pr.)...».

(38) L'equazione tra i concetti di *exceptio* e di *aequitas* risulta chiara da una glossa irneriana che, tra l'altro, ebbe una certa rinomanza nella scuola, dato che la si vede richiamata nelle *Distinctiones Gratianopolitanae* di Ugo-Alberico (cfr. SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, in *Festschrift von Martitz*, Berlin, 1911, p. 315). A proposito d'un frammento ulpiano che prevede il caso d'una rinuncia all'impiego di eccezioni in giudizio, e vuole che tali eccezioni vengano espressamente indicate, Irnerio glossa: «differt ergo generaliter quis renuntiet *aequitati* qua uti possit, an specialiter quibusdam». Lo scambio tra i termini *exceptio* ed *aequitas* non ha bisogno di commenti. Un'antica glossa vaticana alla rubrica *de exceptionibus* (*Inst.* 4, 13) offre poi questa definizione rivelatrice: «Ysidorus. Exceptio est auxilium contra legem inventum et iure civili invalidum, naturali vero plenam virtutem habens» (ed. PATETTA, *Nota sopra alcuni mss. delle Istituzioni di Giustiniano con appendice di glosse inedite*, in *Bull. Ist.*

È l'attribuzione consapevole o inconsapevole d'una basilare validità teorica all'antitesi tra i trinomi *regula-rigor-ius civile* ed *exceptio-aequitas-ius praetorium* che permette di superare l'ovvia constatazione dell'esistenza di *exceptiones* processuali derivanti anche dal *rigor iuris civilis*. Guglielmo da Cabriano lo sa benissimo (39) e lo insegna con chiarezza ispirandosi, come fa spesso nei suoi *casus*, alla *Summa* di Rogerio.

Ma il quesito che quest'ultimo si pone sul motivo che ha consigliato di aggiungere alle *exceptiones de iure civili* quelle che discendono *ex aequitate iuris naturalis*, lungi dal rinnegarla, riconduce bruscamente ai termini della dialettica di cui si è detto: «...praetor, aequitate naturali motus, invenit suas exceptiones...» (40). Se ce ne fosse bisogno, la trasfigurazione medievale della norma del pretore verrebbe confermata da una glossa uscita dalla scuola di Vacario, ove gli stessi motivi sono adoperati per rianimare quel concetto di *actio in factum* che costituiva la seconda faccia del problema storico posto dal diritto onorario (41).

Sono, questi, pochi e rapidi spunti colti in tempi ancora vicini alla nascita dello studio bolognese, spunti che non consentono certo di immaginare il glossatore intento a ricondurre alla capace figura della *ratio naturalis* tutta l'attività pretoria: altrove si scorge infatti che l'una e l'altra venivano contrapposte; più spesso ancora che entrambe conservavano una propria autonomia (42). Talora però il contatto

dir. rom., IV, 1891, p. 92, gl. 48). Il riferimento a Isidoro, probabilmente inesatto, palesa tuttavia gli stretti legami dell'autore con l'insegnamento delle Arti. La glossa compare con poche varianti («exceptio est auxilium contra leges datum iure civili invalidum, naturali vero ratione vim habens») in un manoscritto parigino ricondotto dal Flach addirittura al sec. XI (FLACH, *Etudes critiques sur l'histoire du droit romain au Moyen Age*, Append. II, nr. 12, Paris, 1890, p. 137).

(39) GULIELMI de CABRIANO *Casus Codicis*, XV, in *Cod.* 4, 29, 9 [?], ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, cit., p. 299.

(40) ROGERII *Summa Codicis*, IV, 5 *de conditione indebiti*, § 2 ca. me., ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 102.

(41) Cfr. *Liber pauperum*, III, 45 *ad legem Aquiliam*, gl. in *Dig.* 9, 2, 2 pr., ed. DE ZULUETA, London, 1927, p. 97: «Nam huiusmodi actiones, id est in factum, magis aequitate rei quam iuris forma certa nituntur, ut infra *Dig.* 9, 2, 27, 13». Si è qui ben al di là dallo schema classico del binomio *aequitas-ius scriptum* e ci si accosta all'altro, delineato dalla stessa scuola vacariana, *ius vetus* (= *rigor*) - *ius novum* (= *aequitas*): ma il fondo del ragionamento poggia sul ricordo di quell'*aequitas praetoria* che agli occhi medievali continua a vivificare l'istituto della *formula in factum*.

(42) Non era infatti da escludere l'ipotesi che anche le disposizioni del pretore — come tutte le norme — potessero difettare d'equità e fondarsi quindi sulla sola *voluntas*. Alle *Questiones de iuris*

era stabilito, e il giurista, così sensibile al potenziale di equità contenuto nel diritto di natura, trovava qui la chiave per interpretare quell'*aequitas praetoria* che egli non era in grado di mettere in un canto tra polverose reminiscenze storiche.

7. Ma si è trattato finora soltanto dei primi approcci alla problematica, in realtà molto più complessa, che la figura del diritto naturale suscitava.

Si trascorra pure sulla maggior parte delle polemiche sollevate da talune sue accezioni: basti ricordare ancora certi svolgimenti che da una di queste derivano.

Sulle tracce della descrizione contenuta in un famoso frammento di Ulpiano (43), si era dovuto guardare anche a un momento piuttosto nebuloso della vita del sistema, un momento che si manifestava nel regno animale come la regola prima per la conservazione della specie, e si estrinsecava nella spinta all'accoppiamento dei sessi, alla procreazione dei figli, alla loro educazione. La norma di natura appariva qui come un impulso istintivo, ossia — si ripete dal tempo di Giovanni — come un *motus* (44). Alcuni ne avevano tratto lo spunto

subtilitatibus (I *de iure generaliter*, § 4, ed. FITTING, Berlin, 1894, p. 55, ed. ZANETTI, Firenze, 1958, p. 9) offriva forse lo spunto quel passo (*Dig.* 1, 1, 11) ove Paolo asseriva che il «...praetor quoque ius reddere dicitur etiam cum inique decernit...», perché le stesse parole di Paolo sono riecheggiate dall'ignoto giurista medievale: questi si tranquillizzava tuttavia osservando che qualsiasi norma del pretore doveva conservarsi in rapporto con l'equità: «...ergo et hoc dicitur ius respectu aequitatis, non quia insit, sed quia pro officio statuents inesse debuit...». E si tralasci per il momento la singolare problematica che ne scaturiva e sulla quale si tornerà più oltre.

(43) Cfr. *Dig.* 1, 1, 1, 3 e *Inst.* 1, 2 pr.

(44) IOANNIS BASSIANI *Lectura Institutionum*, gl. *ius naturale* in *Inst.* 1, 2 pr. *de iure nat. gent. et civ.*: «Notandum est quod natura dupliciter accipitur. Dicitur enim natura stimulus quidam, idest quidam motus (quidam motus: lettura difficile), que (= qui) communiter est in omnibus animalibus, quod quedam promoventur ad procreandum, quedam ad educandum. Et in hac significatione dicitur et alio modo: natura, scilicet naturalis ratio que vocat[ur ius] gentium, ut dicitur infra, eodem titulo, [quod] vero naturalis etc. (*Inst.* 1, 2, 1). Sed si plures huius vocabuli significationes nosse desideras, recte ad tractatum illum quem fecit super hoc magister Stephanus, qui sic incipit 'quod de iure naturali etc.' (sic)...» (LEIDEN, *D'Ablaing* 3, fo. 3ra della nuova numerazione). Se questi ragionamenti si svolgono intorno al concetto di *natura*, che dovrebbe rappresentare la radice dell'ordinamento naturale, ma distinguersene sul piano logico, in realtà essi sono più oltre riferiti esplicitamente a quell'ordinamento (fo. 3rb: «...naturale ius, ut prediximus, duobus modis dicitur...»). Al quale li

per un significativo paragone con la *iustitia* che, nel mondo dei soli esseri ragionevoli, era noto si atteggiasse come una *voluntas* (45).

Il discorso sembrava scivolare nella speculazione filosofica, imboccando strade che si sono già viste battute dai canonisti; ma questi, tutti presi dalle elucubrazioni astratte, non si erano data la pena di chiedersi se le loro teorie non rischiassero di cancellare il contenuto normativo di quel *ius naturae*, che era pur sempre un sistema di leggi (46). Il civilista invece, tecnicamente forse più scaltrito, nota subito il pericolo. Se l'istinto naturale è un *motus*, la giustizia una *voluntas* — egli ragiona —, si tratta in entrambi i casi di fatti, mentre è ben noto che il diritto naturale è un *ius*: non si va forse lontano dal vero ritenendo che proprio il potere normativo di questo sistema costituisca qui il nucleo della problematica (47).

riporta anche la *Summa Institutionum* di Bruxelles (BRUXELLES 131-34, fo. 48ra) ripresa con poche varianti dalla *Summa* di AZZONE (I, *de iure nat. gent. et civ.*, nr. 1): la maggiore difformità tra le due *summae* si riscontra nel passo che nel ms. di Bruxelles suona: «...Et hoc est quod dicitur primi motus non sint in nostra potestate, secundi vero sunt, et ideo si res procedat in oblectamentum mortale est, idest in delectatione veniale est tantum contrahere peccatum...». Più vicina al pensiero espresso nelle edizioni dell'opera azzoniana è la spiegazione offerta da una glossa siglata az. in due codici vaticani (gl. *coniunctio* in *Dig.* 1, 1, 1, 2, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *huius studii*: «licita scilicet. Quid de illicita, cum ad hanc eodem modo quo ad licitam inducatur (= inducamur) et eadem voluntate? Respondeo: idem, nec obstat quod illicitum committatur, quia primus motus ius naturale dicitur et impunitus, sed propter oblectamentum sequens contrahitur tamen mortale peccatum...»: VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3ra e *Vat. lat.* 2512, fo. 3rb).

(45) *Dig.* 1, 1, 10 pr. ripreso in *Inst.* 1, 1 pr.

(46) E se un Uguccio sembra pensarvi, egli trae logicamente le somme della astratta elaborazione canonistica, concludendo con un coraggio di cui si rivela consapevole: «...unde, si audacia detur verbo, secure dico quod hoc *ius improprie dicitur naturale*, scilicet quia ad ea quae in eo continentur naturale ius scilicet ratio impellit, et *ad ea ex ratione quis tenetur*...»: ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. V, p. 109.

(47) Cfr. AZONIS *Summa Institutionum*, I, *de iure nat. gent. et civ.*, nr. 1: «Ius autem naturale pluribus modis dicitur. Primus est ut dicatur a natura animali *motus* quodam instinctu naturae proveniens... Et est illud notandum, quia *qua ratione iustitia est voluntas* etc., habito respectu ad rationalia tantum, *eadem dicitur ius naturale motus*, ut dixi, habito respectu ad omnem creaturam rationalem et irrationalem. Dicunt autem quidam, quod *neque voluntas, neque motus ius naturale vel gentium dici possunt, quia facti sunt*. Voluntas tamen vel motus sunt instrumenta, per quae ius naturale vel iustitia aperiunt vel ostendunt suum effectum, in anima enim sunt virtutes et iura...» (pressoché identica la lezione del

Unico modo per offrirne una soluzione dogmaticamente valida era quello di dare una certa individualità propria ai momenti tanto diversi in cui il diritto naturale si manifestava, e ch'erano in fondo il riflesso del suo trascorrere dal mondo animale a quello umano (48). Se i glossatori colsero la differenza sostanziale delle sue qualificazioni *secundum motum sensualitatis* in un primo tempo, *secundum momentum rationis* in un secondo (49), si finì poi col trarre conseguenze radicali da

ms. di Bruxelles, fo. 48ra). Qualche decennio dopo, Jacques de Révigny, in un discorso tuttavia non troppo preciso, osserva come spesso il *ius naturale primaevum* non comporti vere disposizioni normative — «...nihil statuit...», egli dice — ma si contenti di prevedere qualcosa come lecita, di permetterla, di non proibirla: ed è il *ius gentium* che, riprendendo gli spunti offerti dal diritto naturale, crea vere e proprie norme. L'esempio sul tappeto era quello della naturale libertà umana, e non si comprende bene come il *ius gentium*, responsabile della introduzione della servitù, potesse qui ripercorrere il processo descritto da Jacques: «...iure naturale primaevo non statuitur, sed per instinctum naturale iure introductum gentes bene aliquid instituerunt, quod ius gentium appellatur...» (Cfr. il *Comm. in Inst.* 1, 2, 2, *de iure nat. gent. et civ.*, § *ius autem*, nr. 1: edito sotto il nome di Bartolo negli *opera omnia* di questo, l'attribuzione al Révigny è stata ristabilita dal Meijers, com'è noto).

Il problema rimarrà vivo: Iacopo da Belviso, trattando della *portio legitima* dovuta *ex instinctu naturae*, obietterà a una siffatta concezione proprio che «...instinctus naturae non disponit, sed ad disponendum inducit...» (IACOBI DE BELVISO *Super IX Coll. Authenticorum*, in *Auth. de heredibus et falcidia*, § *occupatis nobis* [*Coll.* I, tit. 1, *nov.* 1 pr.], vers. *opponitur octavo*). Non è un caso, evidentemente, che la scienza più tarda concentrasse il problema sulla sola categoria del *ius naturale primaevum* o sull'*instinctus*: è comunque importante che quel problema fosse tale da sollevare discussioni.

(48) L'ignoto autore della Glossa di Casamari è esplicito nel ricondurre il problema del potere normativo del diritto naturale proprio a questo suo passar da un mondo a un altro. Alle parole *ius naturale* di *Inst.* 1, 2 pr. egli appone questa glossa: «quantum ad nos; licet nos et bruta animalia hoc ius commune habeamus, tantum (=tamen) non illis est, sed nobis est ius» (ed. ALBERTI, *Le glosse di Casamari alle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1937, p. 9).

(49) La distinzione è affacciata dalla *Summa* di Bruxelles (loc. cit.: dopo aver rilevato la convergenza del diritto naturale con quello delle genti, poi con la Bibbia e col Vangelo, osserva: «...et hec due appellationes admittuntur [prima] secundum momentum rationis, secunda secundum motum sensualitatis...); essa è ripetuta in forma scorretta dalle edizioni della *Summa* azzoniana (che aggiunge una terza accezione, quella del diritto naturale come *ius aequissimum*, per poi difendere una conclusione opposta a quella del ms. di Bruxelles ed ovviamente errata: «...Prima autem definitio data est secundum motum sensualitatis, aliae autem assignatae sunt secundum motum rationis...»).

questa osservazione. Ne derivò quel tentativo, cui si accennerà più oltre, di distinguere un *ius naturale primaevum* e uno *secundarium*.

8. Ma parlare di capacità normativa significava per il giurista condurre il discorso sull'*auctoritas* — ossia sulla fonte della norma — che era sempre il metro a cui quella capacità andava commisurata. E qui si innestava una questione che non è di natura soltanto filologica, come a prima vista potrebbe apparire.

A proposito della nota affermazione ulpiana che «*ius naturale est quod natura omnia animalia docuit*», era divenuto presto di prammatica chiedersi se il termine *natura* andasse inteso all'ablativo o al nominativo, e quindi il pronome *quod* al nominativo o all'accusativo (50). Non si trattava di un quesito di secondaria importanza: che la 'natura' fosse il soggetto da cui scaturiva il diritto naturale, o ne fosse unicamente il tramite della manifestazione, era un problema che andava al di là da meri interessi grammaticali. I glossatori, a onor del vero, non scesero in campo a difendere con calore le opposte soluzioni, ed è — come si ha modo di intuire — perché essi avevano in definitiva una certa preferenza per la lezione in verità più logica, ossia che la natura fosse proprio la fonte da cui scaturiva il sistema di norme (51). Su tale preferenza pesava probabilmente quell'identificazione tra

(50) PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, ca. pr.: «...Ius naturale est quod natura etc. Et sic hoc nomen 'quod' erit accusativi casus, et hoc nomen 'natura' erit nominativi casus. Vel dic quod nomen hoc 'quod' sit casus nominativi, ut sic dicat 'quod docuit omnia animalia natura', id est per instinctum naturae. Natura, id est Deus, quia facit omnia nasci...». Polemiche vere e proprie tra i glossatori non sorgono: AZZONE (*ibid.*, nr. 1) ripete quasi testualmente le parole del Piacentino (è notevole che su questo punto la *Summa* di Bruxelles invece taccia: di AZZONE cfr. anche la gl. *natura* in *Dig.* 1, 1, 1, 2, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *huius studii*, VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3ra e *Vat. lat.* 2512, fo. 3ra: «idest Deus, et itaque [nomen 'quod'] erit accusativi casus. Vel dic nominativi et natura sit ablativi, az.»); ACCURSIO riferisce sinteticamente la medesima doppia esegesi (gl. *ius naturale est quod natura*, *ibid.*, e gl. *quod natura* in *Dig.* 1, 1, 1, 3 *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*).

(51) È probabile che tale fosse l'insegnamento addirittura d'Irnerio. Una glossa anonima a *Inst.* 1, 2 pr., contenuta in un manoscritto di Monaco e ispirata a una glossa irneriana, spiega infatti: «est enim in omnibus natura prodita divino iudicio qua docemur cuncta hec agere sine doctrina; *quod ergo illa natura docet, ius dicitur naturale a natura docente illud*» (ed. TORELLI, *Glosse preaccursiane alle*

la natura e Dio stesso (*natura id est Deus*) che si è già vista bene accolta dalla scuola canonistica, ed è insegnata con pari convinzione da entrambi i massimi esponenti delle due avverse correnti civilistiche: il Piacentino e Azzone. La glossa ordinaria, poi, la consacrerà, ripetendola anzi con insistenza singolare (52).

Non è certo possibile supporre che la proposizione lasci intravedere idee panteistiche, certo del tutto aliene dal pensiero medievale (53). Piuttosto essa si rifaceva a quella formula isidoriana che, impostando per la prima volta l'equazione *secundum naturam id est secundum Deum* (54), aveva assolto alla funzione di riempire il concetto astratto del diritto naturale di una sostanza cristiana, ricollegandolo alla fonte stessa di ogni principio di giustizia, alla volontà di Dio. È l'esigenza, d'altronde, che già il *Fragmentum Pragense* (55), com'è

Istituzioni - Nota prima: glosse d'Irmerio, in Studi Besta, IV, p. 256 sg., ora in Scritti di storia del dir. italiano, Milano, 1959, p. 72). Ove si tende proprio a far del diritto naturale, allontanato il tramite della doctrina, la diretta conseguenza dell'insegnamento impartito dalla 'natura'.

(52) Anche se, come ha rilevato il GUALAZZINI («*Natura, idest Deus*», in *Studia Gratiana*, III, p. 414), l'identificazione di Dio e natura nella glossa in *Inst.* 1, 2 pr. è parsa postaccursiana al Torelli nella sua edizione. In realtà essa si trova ripetuta troppo di frequente negli apparati ordinari (cfr. ad es. gl. *rerum natura* in *Inst.* 2, 1, 11, *de rerum divisione*, § *singulorum*; gl. *rerum natura*, *ibid.*, § 37 *in pecudum*; gl. *quod natura* in *Dig.* 1, 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*) perché sia lecito pensare ogni volta a un'interpolazione, e d'altra parte, dato che la formula circolava nella scuola canonistica, era corrente in quella civilistica (cfr. per es. l'antica glossa interlineare torinese che traduce la parola *natura* di *Inst.* 1, 2 pr. con «divina voluntas», ed. PATETTA, *Nota sopra alcuni mss.*, cit., gl. 16, p. 93), ed è contenuta negli insegnamenti del Piacentino e di Azzone più sopra ricordati (cfr. i passi cit. a nota 50), è indubbio ch'essa confluisce nel patrimonio accursiano (cfr. d'altronde CALASSO, *Il Diritto Comune come fatto spirituale*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, LXXXV, 1948, ora in *Introduzione al Diritto Comune*, Milano, 1951, p. 169).

(53) La proposizione, che a giudizio del GUALAZZINI («*Natura, idest Deus*», cit., p. 413) sarebbe sconcertante per chi vi volesse intravedere motivi panteistici, in realtà esprimerebbe soltanto «...che il diritto naturale sta al diritto positivo proprio come Iddio al creato...» (p. 423); e mostrerebbe «...che i nostri glossatori ogni qual volta sfioravano argomenti attinenti al diritto naturale pensassero più al Vangelo che al Digesto, più a Cristo che a Giustiniano...» (p. 424). Il problema è stato ripreso più recentemente dal FASSÒ, *Dio e la natura*, cit., pp. 3-10; per quanto riguarda le fonti canonistiche esso era stato posto sul tappeto dall'ULLMANN, *Medieval Papalism*, cit., p. 40 e ripreso dal COMPOSTA, *Il diritto naturale*, cit., p. 157 sgg.

(54) ISIDORI *Etym.*, X, 7.

(55) «...Aequitas nihil aliud est quam Deus...», suona il notissimo insegnamento (ed. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 216) che altro non è se non un passo

risaputo, aveva soddisfatta, portando a convergere la volontà divina e quel concetto di *aequitas* che nel diritto naturale spesso confluiva (56). Non era infatti Dio la stessa *natura naturans*, come insegnava la filosofia scolastica e il giurista ripeteva (57)?

A onor del vero le raffinatezze critiche della scuola francese, innovatrice del vecchio metodo della glossa, susciteranno più tardi qualche voce contraria alla proposizione pur così bene accolta per l'innanzi. «...Sed dic — avvertirà per esempio Jacques de Révigny — quod hic non est intentio legis, quod dictum sit de Deo nostro, sed exponatur et sit dicendum *natura naturata*...» (58). Con ciò

dell'*Exordium Institutionum* di MARTINO (cfr. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, cit., p. 53), edito dal PALMIERI a mo' di glossa al titolo *de iust. et iure* della *Summa Vindobonensis* nella *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 272.

(56) L'ampio sfondo storico di questo fenomeno è disegnato nelle pagine del CALASSO, *Il Diritto Comune come fatto spirituale*, cit., pp. 167, 169 e *Il negozio*, cit., p. 221.

(57) Quando Odofredo — dopo aver posto il solito quesito se il termine *natura* del frammento ulpiano andasse inteso al nominativo o all'ablativo — concludeva «...ius naturale est quod natura, id est Deus, quia Deus est *natura naturans* et docuit omnia animalia...», egli spazzava via ogni pericolo di eterodosse concezioni panteistiche (cfr. ODOFREDI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*, nr. 12 post pr.). «...Deus qui est *natura naturans*...», ripete IACOPO D'ARENA (*Comm.* in *Dig.* 1, 1, *de iust. et iure*, rubr., nr. 1).

(58) Cfr. la *Lectura* delle Istituzioni che va sotto il nome di Bartolo, nel commento in *Inst.* 1, 2 pr., *de iure nat. gent. et civ.*, § *ius naturale*, nr. 1 in pr. Il suo ragionamento prosegue in modo ferreo e assai suggestivo (nr. 2): accogliendo l'equazione tra natura e Dio, ne risulterebbe che il matrimonio è di diritto divino e stabilito in Paradiso, e potrebbe venir ricondotto al *ius naturale* — in sostanza — solo confondendo questo col divino: «...a iure naturali descendit maris et foeminae coniugatio, et sic matrimonium est divinum, si accipis naturam id est Deum, sicut glossa: unde verum est quod est de iure naturali, quia Deus coniunxit hominem et foeminam in Paradiso...». Si cadrebbe, cioè, nelle concezioni canonistiche: ma i postulati teologico-filosofici di queste non condizionano il pensiero del Révigny, interprete fedele delle *leges*: «Sed si accipias naturam ut dictum est, dices quod matrimonium est de iure naturali *occasione naturae*: nam multi propter motum naturalem moventur ad matrimonium contrahendum...». Gli si potrebbe far solo l'obiezione — ch'egli non pensa di proporsi — che date le premesse occorrerebbe ricondurre anche il concubinato al diritto naturale. Ma se tale obiezione doveva ottenere gran risalto presso i canonisti — com'è ovvio e già si è potuto intravedere — essa non appariva forse altrettanto grave al civilista che, secondo l'insegnamento romano, ricollegava più o meno direttamente al diritto naturale anche l'*instinctus* degli animali, delle *ferae bestiae*.

la posizione della glossa veniva rovesciata, e riaffioravano le tendenze a limitare l'influsso della religione sul diritto: tendenze che ci sono ormai ben note.

Era una posizione che aveva oltretutto il merito di allontanare i voli della fantasia, esaltando l'aderenza alle fonti giustinianee: il Belleperche l'aveva ribadita, ripudiando il lungo elenco di accezioni diverse dato dalla glossa, e affermando: «...dico ius naturale non accipitur nisi uno modo: ius naturale dicitur illud quod natura omnia animalia docuit...» (59).

9. Si riproponeva, così, all'attenzione l'aspetto immanente del sistema naturale, che la formula romana sottolineava. D'altronde la stessa glossa non lo aveva trovato incompatibile con la derivazione divina in cui credeva tanto fermentemente e l'aveva accolto, oltretutto, perché vi si rispecchiava l'accezione del termine *natura* che nel linguaggio del *Corpus Iuris* appare prevalente; accezione tramandata dal mondo romano classico ove — com'è ben noto — quella parola indicava soprattutto i fenomeni o le qualità d'uomini e cose che fossero retti da semplici leggi fisiche (60). E poi, sul piano empirico dei fatti, il glossatore poteva meglio portare a compimento quella saldatura del diritto naturale con l'equità dalla quale, non per nulla, si è iniziato l'esame dei vari atteggiamenti del sistema nel pensiero civilistico.

Occorreva, però, che i fenomeni empirici designati col termine *natura* non rimanessero confinati nel solo ambito fisico, perché altrimenti se ne sarebbe offuscata la capacità di trasformarsi in un *ius*. Si è visto come, di fronte alla prospettata riduzione del diritto naturale a un *motus*, ossia a un puro *factum*, il glossatore avesse

(59) PETRI de BELLAPERTICA *Comm. in Inst. 1, 2 de iure nat. gent. et civ.*, nr. 3. L'obiezione relativa al collegamento del concubinato col diritto naturale, su cui sorvola il Révigny, si trova invece prospettata dal Belleperche, che la risolve con acume. Vago è il legame che congiunge al diritto naturale il matrimonio: quest'ultimo ottiene il suo aspetto definito nella convivenza civile, specificandosi per il tramite del *ius gentium*, che con il naturale ha vari punti di contatto: «...secundum quod est in illa forma repositum, sic quod certis verbis contrahatur et in forma ecclesiae erit de iure gentium...». Il motivo non è tutto originale: le sue radici in talune problematiche della glossa si scorderanno meglio in seguito.

(60) «...Quandoque ponitur pro cursu vel essentia rerum, ut cum dicitur hoc per rerum naturam probari non potest, vel inveniri non potest...», scrive esplicitamente PASCIOVERO glossando la formula ulpiana (*Dig. 1, 1, 3, VATICANO, Vat. lat. 2689, fo. 120ra*).

avuto modo di preoccuparsi: ma è probabile che la soluzione del problema gli si affacciasse inconsapevolmente.

Egli pensò, dunque, di esprimere il legame tra i mondi della natura fisica e del *ius naturale* mediante il vincolo logico della causalità: da questo angolo d'osservazione, il diffondersi della *causa naturalis* acquista un significato storico pregnante.

Essa trionfò nel campo delle obbligazioni, ove il suo ufficio di tramite tra i due poli, trascendente e immanente, entro i quali la *natura* avrebbe rischiato di agitarsi senza requie, è stato recentemente illustrato dal Calasso (61). Ma, per l'ampiezza stessa del compito teorico assegnatole, fu necessario introdurla in ogni settore del diritto: e ora indicò l'effettivo possesso di una cosa, ricollegandosi con la ben nota figura della *possessio naturalis*, ora invece il legame di sangue tra padre e figlio, trafigurando un dato biologico in un valore giuridico concreto, capace di contrapporsi come *causa successionis* all'astrattezza, per esempio, d'una *factio legis Corneliae* (62).

In effetti la sua utilizzazione nei campi più vari potrebbe venir documentata con esempi innumerevoli.

10. Il processo per cui la *causa naturalis* riuscì ad accostare l'aspetto empirico e la sostanza giuridica del *ius naturae* fu stimolato anche da un altro spunto.

Se nei primi tempi della scuola l'insegnamento più completo in tema di *causa naturalis* nelle obbligazioni è offerto dalla *Summa Trecensis*, non stupisce che vi si trovi anche la più efficace descrizione degli effetti attribuiti a quella figura (63). La *Summa* di Rogerio ripete naturalmente le identiche teorie, ma con una piccola variante terminologica: ossia l'uso dell'espressione *aequitas* — anziché *causa* — *naturalis* (64). La variante derivava da un procedimento del tutto normale: si sa

(61) CALASSO, *Il negozio giur.*, cit., pp. 220 sgg., 248 sg.

(62) Il ricorso alla *causa naturalis* per spiegare quest'ultima situazione sarà fatto dal Piacentino in tema di postliminio: cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, VIII, 54 *de postliminio et redemptis ab hostibus*, in fi.

(63) *Summa Trecensis*, IV, 32 *de non numerata pecunia*, § 2, ed. cit., p. 107: «...civilis enim causa ita demum efficax est ad aliquem obligandum, si causa naturalis vel praecedat [vel insit] vel subsequatur...». E allude al caso della *numeratio* avvenuta in un primo tempo e della *stipulatio* o del chirografo in un secondo, a quello della simultaneità dei due atti, e infine all'ipotesi della *numeratio* venuta a corroborare una stipulazione o uno scritto.

(64) ROGERII *Summa Codicis*, IV, 35 *de non numerata pecunia*, § 1, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 118.

che fino dai primordi della scuola il concetto di *aequitas* tendeva spesso a sovrapporsi a quello di *causa*, e non soltanto nei riferimenti di questa alla teoria del negozio, bensì in tutte le sue multiformi applicazioni. Lo scambio dei due termini è cosa non solo frequente ma, quel che è più, addirittura inconsapevole. Viene tuttavia spontaneo di rilevare come il contatto tra *causa naturalis* e *aequitas* fosse facilitato in questo caso anche dalle comuni radici poste nell'ambiente empirico dei 'fatti' umani: e il pensiero torna all'immagine dell'*aequitas rudis*, così cara a tutti i glossatori, la quale appunto risiedeva nei singoli rapporti della vita d'ogni giorno. L'accostamento alla causa ebbe ad agire molto sullo stesso svolgersi del concetto di equità, ed ebbe certo un peso determinante sul convergere della vecchia distinzione tra *aequitas rudis* e *scripta* (o *constituta*) con quella tra *aequitas naturalis* e *civilis*. Un tale processo, col passar del tempo, doveva risultare con naturalezza dalle premesse logiche illustrate sin qui: la testimonianza della dottrina più tarda ce lo mostra come un motivo scontato e acquisito al patrimonio comune (65).

Il mondo della *iustitia primitiva* o *prima aequitas*, che è quello del diritto naturale, poteva così trarre anche da questi suggestivi spunti il mezzo per congiungersi alla *iustitia positiva*: che i giuristi designavano col nome di *ius civile*.

11. È un fenomeno ch'è ben rappresentato dalla correlazione funzionale stabilita tra le cause *naturalis* e *civilis*: vi si può accennare sia perché la prima vi palesa il suo compito più tecnico, sia per completare l'abbozzo che di essa si è tentato. Basterà comunque ricordare, nel solo campo dei rapporti obbligatori ch'è rivelatore, il momento culminante di quella correlazione: ossia il caso d'un dissidio tra i due termini. Lo scontro tra la *causa civilis* e la *naturalis*, proprio della patologia del diritto, produceva il sorgere di due istituti che costituivano il rimedio col quale si placava quel contrasto: erano la *soluti retentio* e la *condictio indebiti*.

È vero che l'*indebitum* poteva scaturire anche da una sostanziale concordia delle due cause, civile e naturale, allorché entrambe facessero difetto: in senso

(65) Si veda per esempio, tra i trattatisti quattrocenteschi che al problema della legge e della sua interpretazione hanno dedicato specifici lavori, BARTOLOMEO CIPOLLA, *De interpretatione legis extensiva*, rubr. 6 *quae fuerit causa introducendae extensionis*, nrr. 23 e 24.

stretto «...indebitum vero est quod omnino non debetur, id est neque naturali ratione neque civili nec etiam praetorio iure debeatur...» constata la *Summa Trecensis* (66) e ripetono Rogerio (67) e il Piacentino (68).

Ma questa era una definizione da cui l'*indebitum* usciva delineato nei suoi aspetti — diremmo — più pacifici.

In realtà, com'è evidente, la vera problematica aveva modo di svilupparsi unicamente ove il negozio risultasse mancante di una causa sola, ora civile ora naturale, e così le due figure entrassero in un rapporto dialettico, e ciascuna avesse agio di misurare nei confronti dell'altra la propria forza e il proprio valore. La soluzione del contrasto è nota: per usare le parole della *Summa Trecensis*, «...sin autem natura tantum debetur, licet deficiente iure civili petitio nulla detur, tamen *retineri* potest. Illud vero quod civiliter debetur et naturaliter indebitum est, licet solutum sit, *repeti* potest, veluti si spe numerationis aliquis per stipulationem promisit, vel *circographo* se obligavit et numeratione non secuta errore solvit...» (69).

L'antico insegnamento romano, all'atto pratico, è rimasto immutato, ma scorre ormai sui binari della teoria delle due cause: la *naturalis* da sola riesce a mantenere in piedi un'obbligazione, appunto, naturale che giustifica la *soluti retentio*, la *civilis* da sola non giunge a sostenere il vincolo e lascia aperta la via alla *repetitio*. È dunque sulla *causa naturalis* che s'impenna il vero problema teorico dell'obbligazione: «...civilis quidem causa ita demum efficax est ad aliquem obligandum si causa naturalis

(66) *Summa Trecensis*, IV, 3 *de conditione indebiti*, § 3, ed. FITTING, cit., p. 74.

(67) ROGERII *Summa Codicis*, IV, 5 *de conditione indebiti*, § 2, ed. PALMIERI, cit., p. 102: «...Indebitum dicitur *utroque iure*, id est quod neque debetur iure naturali vel iure civili...».

(68) PLACENTINI *Summa Codicis*, IV, 5 *de conditione indebiti*, ca. pr. Mentre la *Summa Trecensis* e quella di Rogerio avevano posto quasi in sott'ordine le categorie dell'indebito solo civile o solo naturale, col Piacentino ormai esse si sistemano sullo stesso piano di quello *utroque iure*, quasi la definizione dell'indebito riguardasse in modo eguale ognuno dei tre casi prospettati.

(69) *Summa Trecensis*, loc. ult. cit. Rogerio, esponendo di nuovo la medesima teoria, la ravviva introducendo l'ipotesi di un'obbligazione alla quale venga aggiunto un *pactum de non petendo*: avviene allora un nuovo scontro tra l'*aequitas pacti* e l'*aequitas naturalis* dell'obbligazione, e quest'ultima cede: «...credidi pecuniam et numeravi, et postea pepigi ne peterem. Naturalis obligatio ipso iure tollitur, et durat civilis, quia vinculum aequitatis, quo sustinebatur civilis, aequitate pacti dissolvitur...» (ROGERII *Summa Codicis*, loc. ult. cit.).

vel praecedat vel insit vel subsequatur...» (70). Sono gli albori di quelle concezioni contenutistiche del negozio che tendono a relegare nell'ombra il potere della forma, rappresentata appunto dalla *causa civilis*.

Da tutte queste premesse occorre tirar le somme della definizione dell'*indebitum*.

Tolte di mezzo le ultime incertezze, Azzone lo collegherà al solo difetto di causa civile: «...indebitam pecuniam intellige civiliter, non naturaliter: si ergo naturale debitum solvatur sive in vita sive etiam in morte non poterit repeti...» (71). Attraverso la figura dell'indebitum la causa naturale troverà così il modo di riproporre all'attenzione il proprio compito di *implere substantiam obligationis* (72).

È il compito che il *ius naturae*, cristallizzazione d'un'equità tolta dal mondo empirico dei *facta*, svolge nei confronti dei sistemi positivi: e qui diventa necessario abbandonare il disegno del diritto naturale per mettere a fuoco, piuttosto, i suoi rapporti col diritto civile e delle genti.

12. Ulpiano, sfiorando superficialmente uno dei problemi più alti della teoria generale, si era limitato a dire che «...ius civile est quod neque in totum a iure naturali vel gentium recedit nec per omnia ei servit...» (73): la formula, vaghissima,

(70) *Summa Trecensis*, IV, 32 *de non numerata pecunia*, § 2, ed. FITTING, cit., p. 106. Né meno vigorosa appare la terminologia di Rogerio: «...nam aequum visum fuit obligationem civilem elidi cum ipsa destituta sit aequitate naturalis obligationis...» (ROGERII *Summa Codicis*, IV, 35 *de non numerata pecunia*, § 1, ed. PALMIERI, cit., p. 118).

(71) AZONIS *Lectura Codicis in Cod.* 1, 18, 10, *de iuris et facti ignorantia*, l. *cum quis*, nr. 27. Naturalmente, il punto centrale della problematica, fonte delle maggiori complicazioni, stava nella diversa incidenza dell'*ignorantia iuris* e dell'*ignorantia facti* sul concetto d'indebitum e sul meccanismo della *repetitio*. La questione è grossa e non la si può affrontare: a titolo d'informazione, il miglior quadro tracciato dai glossatori è contenuto in una *distinctio* di Ugolino (VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 127vb e *Pal. lat.* 656, fo. 187vb).

(72) Le parole sono del Piacentino che, analizzando il processo per cui una «...obligatio quae fuerat tantum civilis efficitur naturalis...», giudicherà ch'esso, appunto, «...obligationis substantiam implet...»: cfr. PLACENTINI *De varietate actionum*, II, 19 *de literarum obligatione*, in pr., ed. WAHRMUND, *Quellen*, cit., IV, fasc. 3, § 47, p. 67. Su tutto il problema cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 220 sg.

(73) *Dig.* 1, 1, 6 ripreso dalle *Inst.* 1, 2, 1.

non faceva che proporre un problema, certo senza darne alcuna soluzione. Ma sin da epoca antichissima i glossatori si fermarono sul frammento ulpiano, intuendo quale germe capace di grandi sviluppi vi fosse contenuto (74); d'altronde il proseguimento del passo ne dava un'idea quando chiariva: «...cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi ius proprium id est civile efficitur...». L'uso del termine *ius commune* non trasse in inganno il giurista, il quale lo interpretò correttamente come sinonimo del diritto naturale e delle genti, sicché egli colse nella fonte di Ulpiano la trama, seppur molto rozza, dei rapporti tra quei due sistemi e il civile.

Narra Odofredo, in un passo celebre, che Irnerio avrebbe scritto una glossa interlineare «...elegantissimis verbis...» al frammento ulpiano. E avrebbe spiegato: «...additur vel detrahitur iuri communi tum nova materia, ut tutela; tum forma, ut servitus; tum aequitas, ut matrimonium; tum iniquitas, ut dominium...» (75).

(74) Tanto che talvolta si volle elevare la formulazione ulpiana al rango d'una definizione del *ius civile*: così fece, per esempio, già l'antica *Glossa Coloniensis* (gl. *dividitur* in *Inst.* 1, 2, 1, ed. CONRAT-COHN, *La glossa di Colonia alle Istituzioni*, in *Arch. giur.*, XXXIV, 1885, p. 108. Anche FITTING, *Die Institutionenglossen des Gualcausus*, Berlin, 1891, p. 92).

(75) Si tratta del passo ov'è data notizia dei successivi trasferimenti della scuola di diritto da Roma a Ravenna e poi a Bologna: ODOFREDI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 6, *de iust. et iure*, l. *ius civile est*, nr. 1 ca. me. Cfr. anche SAVIGNY, *Gesch. des röm. Rechts im M.A.*, IV, p. 458, trad. it. BOLLATI, III, p. 371. Nei manoscritti che sono serviti al Besta per la sua edizione di glosse irneriane v'è solo uno spunto che ricorda la notizia offerta da Odofredo: ma si tratta d'un accenno che non completa la visione attribuita a Irnerio dal suo lontano successore. La gl. *detrahitur* alla l. *ius civile*, cit., direbbe infatti soltanto: «tum materia in tutela, tum forma» (ed. BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II, Torino, 1896, p. 3). Nella lezione «tum materia ut tutela, tum forma ut servitus», con sigla y anteposta o posposta, la glossa riappare spesso nell'interlinea o nel margine di *Dig.* 1, 1, 6 (cfr. ad es. VATICANO, *Vat. lat.* 1405, fo. 1rb; *Vat. lat.* 2512, fo. 2va); talvolta è incorporata, senza sigla, in più estese glosse d'altri autori alla medesima fonte (cfr. ad es. la glossa azzoniana in VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3rb). Nella *lectura* di Giovanni, anch'essa ferma ai due soli esempi della tutela e della servitù, l'insegnamento è attribuito a Bulgaro: «...Itaque quasi [dicat] quia ius civile dicitur quod non per omnia servit iuri naturali vel gentium, per quod notatur quod aliquid ei addat. Item quod non in totum ab eis recedit, per [quod] notatur quod aliquid detrahat. Merito cum aliquid addimus vel detrahimus iuri communi, idest naturali vel gentium, ius civile efficitur. Inquit os aureum: tum materia ut tutela, tum forma ut servitus, quasi dicat: ius civile quibusdam dedit materiam idest substantiam, ut tutele, quia eam de novo invenit; quibusdam dedit formam, ut servituti, quia abstulit potestatem vite et necis, et sic imposuit ei formam, quasi quandam qualitatem. Vel dicas formam,

La glossa irneriana, nella forma — probabilmente più complessa di quella originale — datale da Odofredo e dalla tradizione del Duecento, rimase in sostanza il caposaldo di tutta l'elaborazione civilistica (76), continuando a

ut servitus [quia invenit quandam formam, idest quandam maneriem servitutis], ut cum quis patiatur se venundari etc. (cfr. *Inst.* 1, 3, 4, e *Dig.* 1, 5, 5, 1). Sed prima expositio melior, quia concordabit bene cum littera: addimus vel detrahimus: nam in tutela addit, in servitute vero detrahit» (NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 26r, integrato con ROMA, *Bibl. Naz.* 1369 — già *Sessor.* 43 — fo. 68va: le espressioni tra parentesi quadre sono contenute solo nel ms. romano). A integrazione dell'insegnamento irneriano, una parte della scuola adotta i casi del matrimonio e della servitù come esempi di *forma addita* e, rispettivamente, *detracta* al diritto naturale: così la gl. *matrimonium* in *Inst.* 1, 2 pr. del manoscritto torinese studiato dall'ALBERTI (*Ricerche su alcune glosse alle Istituzioni e sulla 'Summa Institutionum' pseudoirneriana*, Milano, 1935, pp. 32 e 115: «suscepta legitima forma quibusdam solemnitatibus additis a iure civili, quia quotiens aliquid addimus iuri communi ut in nuptiis, vel detrahimus ut in servitute») e la glossa di Martino edita dal Palmieri in calce al medesimo luogo della *Summa Vindobonensis* (in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 274: «qui datur quibusdam solemnitatibus additis; quia quotiens iuri communi aliquid coniungimus vel addimus, ut predictae coniugationi, vel detrahimus, ut in servitute potestatem necis, ius proprium civile efficitur»); cfr. infine l'apparato accursiano.

Si può osservare, per concludere, che nel Duecento la tradizione della teoria irneriana appare definitivamente articolata nella quadripartizione descritta da Odofredo: lo conferma JACQUES de RÉVIGNY nella sua *Lectura* del frammento ulpiano (ove la teoria è riportata testualmente con espressa attribuzione a Gar[nerius]: LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 4vab e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 4rb).

(76) Che anche ACCURSIO l'avesse ben presente risulta non solo dalla trattazione condotta sulla falsariga irneriana, ma anche dall'espresso richiamo al caposcuola che emerge improvvisamente, pur in materia appena un po' diversa, alla fine del discorso: cfr. la gl. *iuri communi* in l. *ius civile*, cit. Essa offre un quadro particolarmente nitido della situazione dottrinale sull'argomento e può essere utile averla presente. Il termine *iure communi* suggerisce, dunque, questa interpretazione: «id est iuri naturali, quod semper est bonum et aequum, vel gentium, de quo modo dixerat, quae sunt communia primum omnibus animalibus, secundum omnibus hominibus, ut supra, eod., l. I in fi. (*Dig.* 1, 1, 4). Cum ergo addatur et detrahatur utrique eorum, exigo quatuor exempla. Detrahitur ergo iuri naturali in usucapione, quae est contra ius naturale et est de iure civili, ut *Inst.* de usucapionibus, in princ. (*Inst.* 2, 6 pr.)... Additur autem iuri naturali in forma, ut in matrimonio, quod iure naturali inventum fuit, tamen a civili iure formam accepit, tam per sponsalia praecedentia, quam per consensum sequentem de praesenti, ut infra, de sponsalibus, l. I (*Dig.* 23, 1, 1) et de regulis iuris, l. nuptias (*Dig.* 50, 17, 30) et in auth. de nuptiis, § nuptias, coll. IV (*Nov.* 22, cap. 3, *Coll.* 4, tit. 1). Praeterea iurigentium additur materia, quia cum iurigentium nihil esset de tutela cogitatum, inventa est materia et forma a iure civili, ut *Inst.* de tutelis, in princ. (*Inst.* 1, 13, 1). Detrahitur iurigentium in potestate

rappresentare lo schema di una vera metamorfosi d'istituti naturali in istituti civili (77).

Sia o non riconducibile proprio all'insegnamento d'Irnerio, il momento più critico della teoria è l'ipotesi che il diritto civile abbia talvolta il compito di aggiungere una *iniquitas* a quel sistema naturale che è invece il simbolo dell'equità: e tale punto occorre esaminare.

13. Il giurista non si nascondeva che il diritto civile non si rivela sempre equo, quando lo si misura al metro della giustizia astratta: ma del problema vastissimo che scaturiva dalla sua consapevolezza di tale realtà si parlerà più oltre, e qui lo si può solo ricordare nei limiti della questione dei rapporti con il *ius naturae*.

Irnerio, a quanto racconta Odofredo, avrebbe trovato un esempio di tale iniquità nella figura del *dominium*, sulla cui valutazione negativa pesava il mito della primordiale comunione dei beni, rammentata dalle fonti romane e decantata dalla tradizione patristica. L'esempio scelto da Irnerio non piacque molto ai glossatori successivi, forse perché esso apparve loro poco chiaro quando

dominorum restricta, ut Inst. de his qui sunt sui vel alieni iuris, § pen. (*Inst.* 1, 8, 2). Sed nonne in totum servit addendo, et in totum deservit detrahendo in casibus supradictis? Responde secundum Irnerium: non detrahitur iuri communi in sua corporis universitate, sed in casibus specialibus bene; ergo dicit 'aliquid'; unde fere totum corpus iuris est ius civile, cum ibi vel in forma, vel in materia iuri communi sit additum vel detractum». Quest'ultima notazione è dettata dal buon senso e serve a tranquillizzare il giurista mostrandogli che il suo campo d'azione è soprattutto quello del *ius civile*: in norme di *ius civile* consiste quasi tutto il *Corpus iuris* perché è raro ch'esso non aggiunga o detragga qualche cosa al diritto di natura, se non nella 'materia', almeno nella 'forma'.

Particolarmente chiara e completa nell'esposizione, e viva negli esempi, questa glossa trova una rapida sintesi in un'altra, apposta alle parole *ius civile* delle *Inst.* 1, 2, 1, *de iure nat. gent. et civ.*, § *ius autem civile*: ove il meccanismo dell'*additio* o della *detractio* dal diritto naturale costituisce addirittura il criterio d'una delle tante definizioni assegnate alla polivalente immagine del diritto civile.

(77) Oltre a uno degli spunti della *Lectura* di Giovanni trascritta poco sopra, e all'ultima, suggestiva notazione della glossa accursiana ult. cit., si può ricordare a distanza di pochi decenni la formula, anch'essa attraente, di GUIDO da SUZZARA: «...Item notatur ex lege: ius civile dicitur detractio vel adiectio que fit ad ius naturale et ad ius gentium, et ita ius naturale et gentium ex addictione et detractioe nomen mutat ut dicatur ius civile...» (nella glossa al consueto *Dig.* 1, 1, 6 del ms. PARIS, lat. 4489, fo. 3va).

si cominciò a mettere in rilievo che la proprietà derivava dal *ius gentium*, e si discusse fino a che punto questo potesse derogare al diritto naturale. Ci si rivolse allora all'istituto dell'usucapione: esso scaturiva indubbiamente dal solo diritto civile e contraddiceva alla regola posta da Pomponio che a nessuno è lecito arricchirsi a detrimento di altri (78). È l'esempio che, tra gli altri, preferirà Accursio.

Nella *Materia ad Pandectas*, che va sotto il nome di Giovanni Bassiano, si immagina che un ipotetico allievo abbia un moto di fastidio per il verificarsi di tante *contrarietates* nel diritto, e soprattutto tra leggi civili e leggi naturali. Il maestro allora, per tranquillizzarlo, cerca di additargli la via per attutire quei contrasti, e si rifà proprio al caso dell'usucapione. È ben vero che l'arricchirsi ledendo un diritto altrui è contrario all'equità naturale, ma in realtà occorre anche tenere presente che l'usucapione è nata perché «...*ex civili aequitate* inductum est ne dominia rerum essent in incerto...» (79). L'obiettivo d'un tale ragionamento è chiaro: contrapponendo un'equità civile a un'equità naturale si tentava di togliere di mezzo quell'etichetta dell'*iniquitas* che, imposta così brutalmente a un istituto, doveva sembrare urtante, specie a un allievo non ancora erudito di tutte le sottigliezze della scienza. E infatti egli si rincuora: v'è sempre una *ratio*, quindi un'*aequitas*, che lascia accogliere di buon grado anche le apparenti contraddizioni fra i principî civili e quelli naturali (80).

Eppure, già il configurare un'*aequitas mere civilis* costava qualche sforzo; quando una glossa antica, forse di Iacopo, l'ammette a malin-

(78) *Dig.* 50, 17, 206 (Pomponio): «iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem». La regola è ripetuta, con varianti senza importanza, in *Dig.* 12, 6, 14.

(79) Il passo, entro il quale è compreso il frammento che qui interessa, porta la sigla di Giovanni Bassiano nelle edizioni a stampa: cfr. *Prooemium Materiae ad Pandectas*, nrr. 7 e 8.

(80) Malgrado le interpretazioni tutt'altro che univoche, le numerose eccezioni e la sottile problematica che ne derivava, rimaneva insegnamento istituzionale la riducibilità del diritto all'*ars boni et aequi* della definizione di Celso: «ex hac diffinitio collige quod si quid verum est de iure naturali vel civili, id bonum vel iustum est, quia diffinitio generis cuiuslibet sue speciei convenit», ne deduceva AZZONE (gl. *boni et aequi* in *Dig.* 1, 1, 1, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3ra e *Vat. lat.* 2512, fo. 3ra).

cuore (81), tradisce il gusto per l'interpretazione del *ius civile* in termini di *rigor*, con l'abbandono dell'*aequitatis benignitas* al *ius naturae* (82).

Ma nella scuola di Giovanni si chiarì perché all'*iniquitas* dell'usucapione andasse utilmente sostituita un'*aequitas civilis*: fu il richiesto intervento d'una giusta causa a fornire al contempo una spiegazione logica e una giustificazione etica (83).

(81) È tra le glosse che il Pescatore attribuì a Imerio interpretando, con argomenti talvolta suggestivi, la sigla I. come propria di costui: cfr. la gl. *in factum actionem* in *Cod.* 1, 2, 21, 1, *de sacrosanctis ecclesiis*, l. *sancimus*, § *sin autem*, ed. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888, p. 89. La norma di Giustiniano prevedeva che fosse concessa una *condictio* o un'*actio in rem* o un'*actio in factum* allo scopo di perseguire il possesso di vasi, vesti o altri oggetti sacri alienati in deroga all'espressa proibizione, anche se fossero stati fusi con altri o fossero andati comunque dispersi. L'immagine dell'*actio in factum* suggeriva a Iacopo questo ragionamento: «ad pretia consequenda si dispersa sit res. Vel forsitan in omni casu in factum, si de iuris subtilitate dicat aliquis in rem non competere. *Nam licet ius civile sit, aequitas tamen non deest*».

(82) Così, dove Modestino (*Dig.* 1, 3, 25) aveva invocato la *iuris ratio* e l'*aequitatis benignitas* per condannare gli eccessi di severità nell'interpretazione della legge, due glosse vacariane avevano spiegato: *iuris ratio*, «scilicet civilis», *aequitatis*, «scilicet naturalis» (cfr. *Liber pauperum*, I, 8 *de legibus et const.*, gl. in *Dig.* 1, 3, 25, ed. DE ZULUETA, cit., p. 14). Non è qui certo l'originalità della spiegazione che ferma l'interesse, ma piuttosto la naturalezza con la quale gli antichi glossatori traducevano il fondamentale binomio *ius-aequitas* in termini di diritto civile e naturale.

(83) In margine alle parole *bonum et aequum* di *Dig.* 1, 1, 11, *de iust. et iure*, l. *ius*, ci si imbatte in una glossa estremamente importante che in due manoscritti vaticani ricorre con la sigla di Azzone, in un manoscritto parigino è riportata all'insegnamento di Giovanni (*secundum Iob*) ed è testualmente inserita da Accursio nell'apparato ordinario. Non sembra opportuno porre un problema di attribuzione: dovette trattarsi di una dottrina proposta, più che semplicemente avallata, dal Bassiano, cristallizzatasi subito in un glossa che gli allievi diffusero. Essa segna la prima apparizione di un principio ch'ebbe per secoli sviluppi considerevoli: la si trascrive quasi tutta secondo il più corretto ms. *Vat. lat.* 1408, fo. 3va (V¹), riportando tra parentesi solo le maggiori varianti del *Vat. lat.* 2512, fo. 3va (V²) e del parigino *lat.* 4461, fo. 1va (P); si lascia al lettore il confronto con le edizioni dell'apparato ordinario, arricchite di tre citazioni: «Si semper bonum est quod est de iure naturali, quomodo ergo dici potest vel servitutum vel usucapionem de bono publico (P: primo) introductam, cum hec (P: vel) iuri naturali sint contraria et dica[n]t[ur] non esse bona? Si enim bonum est aliquid esse, ergo malum est ipsum non esse. Respondeo: bonum est de iure naturali omnes esse liberos, item domino rem suam non auferri nulla causa extrinsecus inspecta: sic dicimus bonum est te non amittere cappam. Si autem intellectum referas ad causas supervenientes, melius^a est rei publice (rei publice: V² P om.) servitutum esse quam non esse: sic enim omnes capti ab hostibus perirent, et melius est rei publice eos vivere

È un motivo sul quale occorrerà tornare spesso e a lungo.

14. Ma per lo più il contatto tra i due diritti avveniva in forme più pacifiche che non nel caso dell'usucapione.

Si prenda ad esempio la figura del matrimonio: sempre secondo le notizie date da Odofredo, Irnerio avrebbe ritenuto che l'istituto civile aggiungesse un'*aequitas* al diritto naturale (84). L'idea piacque, si sviluppò e finì coll'inserirsi in una costruzione più precisa, in parte già osservata in certi dibattiti dei primi canonisti (85): «...et sic nota — scrive infatti Accursio — quod matrimonium

servos quam mori ingenuos^a (^{a-a} P: melius servitute esse servos quam mori ingenuos). Item, si inspicias necessitates quas quos incurreret nisi usucapiones essent, melius est eas tollerari: aliter enim nec probari posset dominium fere, et lites essent infinite. Et bonum est quidem te non perdere cappam, et bonum est te perdere antequam occidaris a latrone. az. (P: secundum iob)». È interessante osservare che l'insegnamento è annunciato da Giovanni nella *Lectura* in *Dig.* 1, 1, 1, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*: «...Item de bono et equo notandum est quia sicut (sicut: R om. et add.: sunt quedam que per se inspecta sunt bona sive equa, utputa ut parentibus et patrie pareamus et sunt) quedam (R add.: que) per se inspecta sunt iniqua, tamen habito respectu ad aliud equa sunt, ut ecce: nonne iniquum videtur ut dominus per triennium cadat a dominio rei sue? Et tamen id est equum et bonum alio inspecto, scilicet ne rerum dominia sint in incerto, ut ff. de usucapionibus, l. I (*Dig.* 41, 3, 1) et ar. si[mili] C. de carboniano edicto, l. ult. in fine (*Cod.* 6, 17, 2)...» (ROMA, *Bibl. Naz.* 1369 — già *Sessor.* 43 — fo. 68va (R) e NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 26r della seconda numerazione).

(84) Di nuovo sorgono dubbi sull'esattezza della citazione fatta da Odofredo. La scuola più antica sembra infatti preferire la teoria che il *ius civile* aggiunga anche qui una *forma* al *ius naturae*, come testimoniano un paio di glosse di MARTINO (gl. interl. *quam nos matrimonium appellamus* in *Dig.* 1, 1, 1, 3, VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3ra: «imposita ei *forma* a iure civili. M.»; anche la gl. edita dal PALMIERI in calce alla *Summa Vindobonensis*, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 274), talune glosse anonime (cfr. ad es. quelle torinesi e bambergensi edite dall'ALBERTI, *Ricerche su alcune glosse*, cit., pp. 32 e 115, la glossa interlineare al cit. frammento del Digesto nel ms. VATICANO, *Vat. lat.* 1405, fo. 1ra: «est in permissione, imposita [ei?] *forma* a iure civili») e altre più tarde siglate (cfr. il loc. cit. del *Vat. lat.* 1408: «de iure civili, scilicet propter sollempnitates additas, ut infra, eodem, *ius civile* (*Dig.* 1, 1, 6). az.»).

(85) E anche di antichi teologi: si ricordi l'episodio caratteristico della polemica corsa tra Simone di Tournai e il *magister* Martino: l'uno pretendeva che fornicazione e matrimonio discendessero entrambi dal diritto naturale, l'altro lo negava. Ma su un punto essi, che riprendevano qui testualmente idee del canonista Simone di Bisignano, si trovavano d'accordo: ossia che la differenza tra le due figure andasse ricercata in ciò che la fornicazione «...privata est debita *forma solemnitatis*, que dicitur

quo ad originem est de iure naturali [scilicet Deo], ut sic dicitur. De iure gentium etiam dici potest, quia ab eo receptum. De iure civili etiam dici potest, quia formam ei adiunxit et sollempnitatem...» (86).

Come però spesso accadeva, la glossa ordinaria non diceva nulla di nuovo, e già il Torelli ha fatto notare come svariati manoscritti la riportino ad Azzone, al Piacentino, a Irnerio stesso e a Cipriano: e ha concluso che quest'ultimo costituì la fonte della glossa ordinaria (87).

Assai suggestiva era la visione che rappresentava, attorno all'istituto del matrimonio, il contemporaneo apporto dei tre sistemi del diritto, e si può mettere in rilievo come il compito del *ius civile* fosse configurato nell'aggiunta di una

matrimonium...», forma che deriva dal diritto positivo e riveste l'atto — per usare dell'immagine che il teologo Martino getta all'incontro del suo avversario — «...ornatu civili...» (cfr. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., p. 28 sgg.). Non dissimile, d'altronde, è la posizione dei decretisti: Simone di Bisignano, che la descrive assai bene, ritiene che l'istituto del matrimonio «...inventione est iuris naturalis, confirmatione est iuris civilis, transsumptione est iuris canonici...» (cfr. il passo di Simone nell'ed. LOTTIN, cit., Append. II, p. 107). Cfr. anche GIOVANNI da FAENZA, nella glossa edita dallo SCHULTE, *Gesch. der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, I, Stuttgart, 1875, p. 97 in nota. L'osservazione che il matrimonio si contraesse secondo il diritto canonico è corrente anche presso i civilisti (cfr. PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, VIII, 1895, p. 140).

(86) Gl. *matrimonium (appellamus)* in *Inst.* 1, 2 pr., *de iure nat. gent. et civ.*, in pr.

(87) In realtà, pur contenendo il medesimo insegnamento, la glossa di Cipriano giunge a profondità teoriche maggiori; si può dire, anzi, ch'essa costituisca il miglior documento che si abbia del pensiero dei glossatori in questo tema. Se ne giudichi: «ius in genere acceptum continet tres species, scilicet ius naturale, gentium et civile». È superfluo sottolineare l'importanza di tale lucida impostazione, che esprime nel ferreo rapporto logico tra *genus* e *species* la sostanziale unità del diritto, pur diviso nei tre grandi sistemi. Ma Cipriano continua: «si ergo ista tria iura sunt, coeque species, unum et idem individuum non deberet subici illis tribus: sed coniugatio maris et feminae omnibus subicitur; recte enim dicitur coniugatio maris et feminae est iuris naturalis et iuris gentium et civilis; idem dici potest et de liberorum educatione. Respondeo: unum et idem individuum diversis speciebus diverso modo subici non est absurdum; coniugatio autem ista alio modo subicitur iuri naturali, alio iuri gentium, alio iuri civili: iuri naturali quia originem ab eo trahit, iuri gentium quia et eo iure recepta est; item civile ius ideo de ea predicatur quia quedam forma ab eo est inducta et ab eo recipitur. Cy». Cfr. TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse d'Irnerio*, cit., p. 243, ora in *Scritti*, cit., p. 56 sgg.

‘forma’ ai dettami del diritto naturale, il che significava attribuire a un rapporto di fatto la veste e il meccanismo d’un istituto giuridico. La teoria avrà larghi echi, fino alla revisione critica operatane dai primi commentatori (88).

15. Le glosse di Cipriano e di Accursio ora ricordate disegnano un vero processo di distillazione degli istituti positivi attraverso un certo numero di stadi che toccano l’uno dopo l’altro i vari ordinamenti: quello di natura anzitutto, poi quello delle genti, fino al civile che è il traguardo ultimo. Ma, osservando un simile processo, il problema che sin qui ha riguardato le due tappe estreme,

(88) Lo spunto per tale revisione critica era stato già offerto ai primordi della scuola. Il processo di trasfigurazione della «*maris atque feminae coniunctio*» in un istituto giuridico, operato mediante l’apporto dell’ordinamento civile a quello naturale, non aveva infatti impedito al giurista d’intendere quella *coniunctio*, anziché nel bruto senso fisico, in un significato spirituale. Già una glossa che reca la sigla d’Irnerio spiega la parola *coniunctio* di *Dig.* 1, 1, 3 osservando: «a natura enim permittitur ut iungantur et consentiantur» (nei mss. utilizzati dal Besta per la sua edizione si legge però «...iungantur et scientur»); accanto a questa, un’altra glossa siglata da Martino ribadisce: «quod est in promissione» (VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3ra).

Se il motivo non è condotto a conseguenze importanti durante l’età dei glossatori, al sorgere del commento JACQUES de RÉVIGNY ne fa uno strumento di critica della tesi irneriana, ch’egli si rappresenta nella forma datale da Odofredo: «...hoc non placet doctoribus, quia matrimonium non est de iure naturali, ^a non enim competit omnibus animantibus ^a (^{a-a} L: om.); coniunctio corporum bene est de iure naturali, sed coniunctio illa ^b non est ^b (^{b-b} N: om.) matrimonium, sed coniunctio animorum facit matrimonium, quod est de iure gentium (N: civili), unde consensus, non concubitus matrimonium facit, infra, de regulis iuris, l. nuptias (*Dig.* 50, 17, 30) et ff. de condicionibus et demonstrationibus, l. cui fuerit (*Dig.* 35, 1, 15), ^c et sic addit ius civile iurigentium, non iuri naturali, equitatem, scilicet matrimonium ^c (^{c-c} L: om.)»: cfr. NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 4rb (N), LEIDEN, *D’Ablaing* 2, fo. 4va (L). A questo punto diventava necessario accomunare i canonisti e la più antica scuola civilistica nella condanna della tesi che il matrimonio derivasse dal diritto di natura; veniva così superato l’aspetto religioso e consacrata una visione moderna dell’istituto (cfr. soprattutto IACOBI BUTRIGARII *Comm. in Dig.* 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius naturale*, nr. 2: «...nunquid matrimonium est de iure naturali? Canonistae dicunt quod sic, et quod fuit factum in Paradiso. Ego puto quod sit de iure naturali appropriato hominibus tantum, et expone textum ibi: ‘atque feminae coniunctio’, scilicet actualis, quinimo scilicet consensualis, ut sic faciat relationem ad genus humanum non autem ad individuum, nam matrimonium non cadit in brutis, quia caret consensu»).

si sposta necessariamente su quella intermedia, che costituisce il tramite per cui le altre vengono in contatto.

La spinta a ogni elaborazione veniva dal celebre passo di Gaio che ricollegava il diritto delle genti ai dettami che la «...*naturalis ratio* inter omnes homines constituit...» (89). Era un frammento assai pericoloso perché rischiava di dissolvere la distinzione fra le categorie del *ius gentium* e del *ius naturale*: ed è possibile che proprio al passo gaiano la scienza medievale vada debitrice delle sue incertezze (90), figlie, d'altronde, di quelle ch'ebbe anche l'epoca romana.

Veniva tuttavia in soccorso al glossatore il solito frammento di Ulpiano (91), che spiegava appunto come, di fronte al diritto di natura proprio di tutti gli animali, il diritto delle genti si volgesse invece ai soli uomini. Lo spunto — per lo più escluso dai presupposti filosofici delle prime impostazioni canonistiche (92), malgrado la tradizione isidoriana (93); in séguito accolto dalla Chiesa e consacrato da

(89) *Dig.* 1, 1, 9 ripreso nelle *Inst.* 1, 2, 1.

(90) L'imbarazzo del glossatore era ancora accresciuto dal ricorrere dell'espressione *naturalis ratio*, nella compilazione giustiniana, con significati non univoci. Valgano pochi esempi antichi: la definizione della libertà come «*naturalis facultas eius quod cuique facere libet*» (*Inst.* 1, 3, 1 e *Dig.* 1, 5, 4) sollecita in taluno l'esigenza di separare la *naturalis ratio* dal diritto naturale («*naturalis facultas alia procedens a naturali iure, alia a naturali ratione*», ed. PATETTA, *Nota sopra alcuni mss.*, cit., gl. 2, p. 64), nella Glossa di Casamari invece conduce a conclusioni affatto opposte («*naturalis facultas, id est procedens a naturali iure, id est a naturali ratione*», ed. ALBERTI, Milano, 1937, p. 13). La stessa Glossa di Casamari, udendo che la *res nullius* «occupanti conceditur» (*Inst.* 2, 1, 12), è tratta ad esclamare: «*sed est gentili ratione*» (ed. ALBERTI, cit., p. 51); mentre un anonimo vaticano, incontrando lo stesso insegnamento nel Digesto (*Dig.* 41, 1, 3), preferisce trascurare di fermarsi sul significato della *naturalis ratio* per sottolinearne invece la recezione nell'ordinamento positivo («*scilicet iure civili recepta*», VATICANO, *Ross.* 586, fo. 45ra, nell'interlinea). Talvolta si finirà addirittura, nei casi più dubbi, col parlare «...de quadam ratione naturali quae est in medio inter *ius gentium* et *naturale*...» (BUTRIGARII *Comm.* in *Dig.* 2, 14, 1, *de pactis*, l. *huius edicti*, nr. 1).

(91) *Dig.* 1, 1, 1, 3 e 4 ripetuto nelle *Inst.* 1, 2, pr. e 2.

(92) Nella dialettica tra diritto divino-naturale e *mores humani*, il *ius gentium* si atteggia come una particolare modulazione di questi ultimi: per un rapido quadro del problema si può ancora ricorrere ai CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, Edinburgh, II, 1909, p. 114 sgg., trad. it. COTTA, *Il pensiero politico medievale*, I, Bari, 1956, p. 426 sgg.

(93) ISIDORI *Etym.*, V, 6.

Tommaso (94) — fu subito sfruttato dai civilisti come opportuno criterio chiarificatore: non sufficiente tuttavia a placare l'assillo che il passo gaiano eccitava, favorendo la convergenza dei diritti naturale e delle genti. Anche l'esposizione di Ulpiano, infatti, non escludeva che i due sistemi si sovrapponevano nella parte comune agli uomini e agli animali.

Sicché un'antica tradizione dovette ammettere che in parecchi casi i due ordinamenti apparivano confusi (95).

16. È ovvio, comunque, che una tale conclusione conservava un valore soltanto parziale: ad accendere nuove problematiche bastava la constatazione dei frequenti contrasti tra quei due sistemi. Contrastanti tanto più meritevoli di studio in quanto

(94) Cfr. S. THOMAE *Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 95, art. 4 e II^a II^{ae}, q. 57, art. 3. La concezione, d'altronde, d'un diritto comune a tutti gli animali contrapposto a un *ius gentium* proprio dei soli uomini doveva essere ormai corrente nel pensiero della Chiesa, se la si vede ripresa nello stesso periodo anche da scrittori filosofico-politici, come Egidio Romano (cfr. MCLWAIN, *The Growth of Political Thought in the West*, New York, 1932, p. 342, trad. it. FERRARA, *Il pensiero politico occidentale*, Venezia, 1959, p. 418).

(95) Dopo la cauta ammissione d'IRNERIO (gl. *commune sit in Dig.* 1, 1, 1, 4, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *ius gentium*, ed. BESTA, cit., p. 2: «secundo loco, originaliter fit ius gentium, quedam enim sunt in eo [...] naturalia»), la tradizione si coglie nell'insistenza con cui singole glosse rilevano, a proposito di testi differenti, le occasioni di mescolanza dei due sistemi (cfr. ad es. ALBERTI, *Ricerche su alcune glosse*, cit., p. 37); le enunciazioni di carattere generale si succedono poi dal tempo di ROGERIO (*Quaestiones super Institutis*, II *de iure nat. gent. et civ.*, § 1, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, cit., p. 275: «...Dicitur etiam ab humana natura ius naturale illud quod omnium dumtaxat hominum commune est, in qua significatione ius gentium naturale vocatur...») a quello del BASSIANO (*Lectura Institutionum*, gl. *sed naturalia in Inst.* 1, 2, 11, *de iure nat. gent. et civ.*, § *sed naturalia*, LEIDEN, *D'Ablaing* 3, fo. 3rb della nuova numeraz.: «...naturale ius ut prediximus duobus modis dicitur; sed hic accipitur pro iure gentium, vel accipitur illud quod est commune omnium animalium...»); all'inizio del tit., fo. 3ra, aveva già spiegato il termine *natura* nell'accezione di *motus* istintivo e in quella di «...naturalis ratio que vocatur gentium...»); vengono riprese dalla *Summa Institutionum* di Bruxelles (*eod. tit.*, BRUXELLES, 131-34, fo. 48ra: «...ut dicatur naturale ius quod est communi omnium industria statutum, et ita ius gentium potest dici ius naturale, ut infra, Inst. de rerum divisione, § singularum — *Inst.* 2, 1, 11 —...»), le cui espressioni appaiono rifuse nella *Summa azzoniana* (*eod.*, nr. 2), e consacrate infine da ACCURSIO (gl. *ius gentium in Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi*; gl. *ius naturale in Inst.* 1, 2 pr. e gl. *sed naturalia in Inst.* 1, 2, 11 cit.).

rappresentavano un conflitto tra realtà entrambe *naturales*: non era infatti una *naturalis ratio* l'ispiratrice del *ius gentium*?

I dibattiti più costruttivi cominciarono col prendere in esame l'istituto della servitù. Un frammento di Fiorentino, oltre quello noto di Ulpiano (96), ne insegnava la derivazione dal *ius gentium*; ma poi le stesse fonti, insieme con qualche altra, avvertivano per converso che dal *ius naturae* tutti erano fatti liberi. A sentire i fratelli Carlyle, Irnerio avrebbe evitato la contraddizione logica contenuta in quelle fonti, riportando semplicemente la servitù al diritto civile. Non aveva egli infatti, secondo la testimonianza di Odofredo sopra ricordata, raffigurato il dominio come un'iniquità aggiunta dal diritto civile ai sistemi superiori? E la schiavitù non rientra forse nell'istituto della proprietà come in un suo *genus*?

Ma, tutto compreso, sembra più conveniente ritenere che Irnerio avesse una visione più complessa di quella che i Carlyle gli attribuiscono: ed eccolo infatti in altra glossa affaccendato a porsi il problema della schiavitù proprio nei termini di un contrasto fra il diritto delle genti e il naturale (97), seguendo d'altronde con fedeltà le orme di Fiorentino. Non che, per il glossatore, sapere che un istituto derivava da un sistema significasse escluderne la provenienza anche da un altro in certi casi: anzi, proprio la figura del *dominium*, che era *de*

(96) *Dig.* 1, 5, 4, 1 (Fiorentino) e *Dig.* 1,1,4 (Ulpiano). È questo il punto in cui l'antitesi tra diritto naturale e delle genti assumeva le proporzioni più preoccupanti: cfr. da ultimo BIONDI, *Appunti intorno allo stato servile nel Corpus iuris civilis e nel Decreto di Graziano*, in *Studia Gratiana*, VII, p. 470 sgg.

(97) *Dig.* 1, 5, 4, 1, insegnava infatti che la «...servitus est constitutio *iuris gentium*, qua quis dominio alieno *contra naturam* subiicitur...». E la glossa irneriana *contra naturam* si affrettava a rilevare lo spunto: «aliud ius alii contrarium, uti ius gentium iuri naturali...» (ed. BESTA, cit., p. 8). Un'altra glossa d'Irnerio, pubblicata in forma inintelligibile dal BESTA (p. 3), e nella sua lezione esatta dal ROTA (*Il diritto naturale come insieme di norme regolatrici della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica*, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, XXV, 1948, p. 157) ribadisce l'impostazione fondata sul distacco tra diritto naturale e delle genti anche nel caso della manomissione, che in sostanza conduce il secondo a confermare il primo. Riferendosi a quell'istituto, Irnerio infatti glossa le parole *quae res a iure gentium* di *Dig.* 1, 1, 4, osservando: «hoc est: ius ab initio dispositum confirmat. Quamdiu quis liber est, liber effici non potest, sed amissa iure gentium libertas dari ei potest». È un pensiero, dunque, diverso da quello che i CARLYLE attribuiscono al caposcuola (cfr. *Mediaeval Political Theory*, II, cit., p. 34, trad. it. cit., p. 347).

iure gentium, in virtù di qualche modo di acquisto cadeva nel diritto civile: lo testimoniava anche un passo di Marciano (98). Ma il fenomeno sarà soprattutto studiato dagli ultramontani.

I glossatori, invece, si preoccuparono essenzialmente di comporre quella *contrarietas* tra i due sistemi giuridici universali, che la figura della servitù sembrava suscitare. Per ritornare a Irnerio, egli aveva già trovato il modo di tranquillizzarsi alquanto col rilevare che il contrasto poteva, sì, verificarsi in astratto al di fuori dal *Corpus Iuris*, ma già non esisteva più entro l'ordinamento positivo. Una legge posteriore può modificarne una anteriore, e quanto rimane della vecchia si congiunge con la nuova così da formare un'unità che è tutta armonica: la *lex Falcidia* aveva disposto che i legati non superassero i tre quarti dell'eredità, e si era innestata con naturalezza sull'antico diritto del testatore di manifestare la propria volontà senza alcun limite (99).

Ma non era questo il solo angolo visuale da cui si considerava la schiavitù e si cercava di risolverne la contraddizione con la legge di natura: riporta Azzone che un indirizzo dottrinale, rifacendosi al solito brano di Fiorentino, aveva sottilizzato così: essere libero significa far ciò che si vuole, nei limiti però degli impedimenti configurati o dalla legge o da una qualsiasi *vis de facto*, sicché anche il servo è libero in teoria, ma *de iure* il suo volere è ostacolato dalla legge, *de facto* dai comandi del padrone: egli insomma è in possesso di una libertà primordiale di cui gli è negato solo l'esercizio. Lo stesso Irnerio avrebbe ragionato in questo modo, e in verità la cosa è ben possibile (100). Tanto più che una glossa interlineare edita dal Torelli, che potrebbe essere parte di un'originaria glossa irneriana o avvicinarvisi di molto,

(98) *Dig.* 1, 5, 5, 1.

(99) Gl. *contra naturam*, cit., pp. 8 e 9 dell'ed. BESTA: «aliud ius alii contrarium, uti ius gentium iuri naturali, lex falcidia legi antique; sed quod remanet ex priori una cum posteriori in unum quasi corpus coniungitur: hoc in corpore enim nihil reperitur contrarium». L'esposizione riappare testualmente in una glossa azzoniana (VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 7rb e *Vat. lat.* 2512, fo. 7ra).

(100) Cfr., per l'interpretazione esatta del passo azzoniano e della trasformazione subita nell'apparato ordinario, i chiarimenti del PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio*, cit., p. 132 sg., e soprattutto l'ampia trattazione del TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse d'Irnerio*, cit., in *Studi Besta*, IV, p. 245 sgg., ora in *Scritti*, cit., p. 60 sgg.

pone proprio le basi della celebre posizione dottrinale volta a delineare la servitù come un momentaneo affievolirsi della libertà primordiale, anziché come un suo effettivo estinguersi: e spiega sottilmente che la manomissione è «...*detectio* libertatis; quamdiu enim aliquis in servitute est, libertas est *inumbata tegmine servitutis*, sed per manumissionem detegitur...» (101). La singolare opinione piacque a Martino (102), ma non è affatto escluso che anche Bulgaro la seguisse: ne verrebbe giustificata la diffusione che ai primordi della scuola fu considerevole, e cominciò a declinare solo ai tempi del Piacentino e di Giovanni (103).

(101) Cfr. TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse d'Irnerio*, cit., p. 252, ora in *Scritti*, cit., p. 66 sg.

(102) Cfr. la sua glossa alla rubrica *de manumissionibus* del Digesto: «...et libertas que naturaliter tibi ineatur (= inest), postea ex iure gentium inumbata, detegitur sive inter vivos, sive ultima voluntate hoc faciam. M.» (ed. SAVIGNY, *Gesch.*, cit., IV, p. 484, trad. it., cit., III, p. 390). L'attribuzione di tale teoria a Martino trova conferma. Lo stesso SAVIGNY riporta (*Gesch.*, cit., IV, p. 124 sg. e trad. cit., II, pp. 73 e 74) che il *Liber de obsidione Anconae* del BONCOMPAGNI si rivolge a Ugolino Gosia, discendente di Martino, per fare l'elogio di quest'ultimo: «...vester avus Martinus Gossia... cuius opinio erat libertatem non posse ab aliquo exhiberi, sed detegi a quodam velamine servitutis...». Tanto era divenuta famosa l'opinione del maestro su quest'argomento!

(103) Le glosse che contengono tale insegnamento sono frequentissime e vengono apposte alla parola *datio* sia di *Inst.* 1, 5 pr., sia di *Dig.* 1, 1, 4 pr. Ne appaiono almeno 3 formulazioni principali. Nella più completa v'è il tentativo d'un chiarimento: «vel *detectio*, quia antiquitus solebant omnes liberi nasci» (VATICANO, *Pal. lat.* 769, fo. 2vb, cfr. PATETTA, *Nota sopra alcuni mss.*, cit., gl. 13, p. 95). Più schematica la seconda: «non est diffinitio, sed est *detectio libertatis*» (cfr. PATETTA, op. cit., p. 86) e ridotta alla parola «*detectio*» la terza (cfr. per es. PARIS, *lat.* 4461, fo. 1vb e *lat.* 4458 A, fo. 1va, oltre il torinese studiato dall'ALBERTI, *Ricerche*, cit., p. 51, il monacense e il viennese dal TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse d'Irnerio*, in *Studi Besta*, IV, p. 251 sg., ora in *Scritti*, cit., p. 66 sg., e ID., *Glosse preaccursiane... glosse di Bulgaro*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XV, 1942, p. 10, ora in *Scritti*, cit., p. 104 sg.). Nel ms. viennese la glossa presenta la sigla di Bulgaro seguita però da un segno d'interpunzione inconsueto (b;), che ha sollevato i dubbi del Torelli. Ma i suoi scrupoli sono forse eccessivi, perché la tesi è sostenuta da vari allievi di Bulgaro, che sembrano così confermarne la derivazione dall'insegnamento del maestro: ROGERIO, di cui si parlerà più a lungo tra poco, l'ignoto autore della *Summa Vindobonensis* (I, 4 *de iure personarum*, § 1 in fi., ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 276: «...licet servi iure naturali [libertatem] dicantur habere, iure tamen gentium vel civili *obfuscatam*, seu *viribus enervatam* esse non dubitamus...») e forse, solo in parte, anche il BASSIANO. Talune incertezze di quest'ultimo, però, consigliano di dedicargli un breve discorso. Nella *Lectura Digestorum* (gl. *datio* in *Dig.* 1, 1, 4, *de iust. et iure*, l. *manumisiones*, ROMA, *Bibl. Naz.* 1369 — già *Sessor*. 43 — fo. 68va e NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 26r della nuova numeraz.) l'esposizione non è del tutto chiara, soprattutto per l'ambiguità

Il significato storico della teoria è abbastanza evidente: essa tende a ridimensionare l'istituto della servitù e a salvaguardare il principio di diritto naturale che ogni uomo è libero. Bulgaro vi ricollegherà la capacità del servo

della critica al Piacentino, che per di più sfiora appena il punto che qui maggiormente interessa: «idest detectio. Sed Placentinus dicit vere datio, nam hodie de omni iure servi nascuntur servi, et non liberi, eo argumento quia dicit lex 'liberi nascebantur', tria genera hominum esse ceperunt. Istud est falsum, quia iure gentium non sunt inducta nisi duo, servi et liberi. Responsio: immo eo iure factum est ut essent tria, licet non invenerit nisi duo. Vel subtilius: iure gentium tria ^a genera hominum esse ceperunt ^a (a-a Branc.: om.), quia ante non dicebantur homines liberi, sed sic vocabantur: 'homines'. Postea, introductis servis, dicti sunt homines liberi respectu servorum: et sic per ius gentium inducta sunt tria». Ancora più dubbia la posizione assunta nella *Lectura Institutionum* (gl. *quod manumissio est datio libertatis* in *Inst.* 1, 5 pr., *de libertis*, LEIDEN, *D'Ablaing* 3, fo. 3vb della nuova numeraz.): «idest detectio, *secundum quosdam*. Placentinus vere dicit quod nulla libertas est servis, quare datio vere dici potest...». In altro passo della stessa opera (in *Inst.* 1, 2, 11, *de iure nat. gent. et civ.*, § *sed naturalia*, nel ms. ult. cit., fo. 3rb della nuova numeraz.), pare invece che Giovanni voglia evitare la deroga al diritto naturale operata dalla servitù immaginando che la *substantia libertatis* non possa mai venir cancellata totalmente: impostazione che si adeguerebbe bene a quella difesa dalla più antica scuola: «...Nonne enim servitutes sunt contrarie iuri naturali, que hodie prevalent? Sic ergo videtur quod ius naturale non permaneat firmum et immutabile. Responsio: dicitur quia substantia libertatis in se non variatur, licet restringatur ut non sit in tot substantiis quot primo...».

Altrettanto equivoco è l'atteggiamento dei seguaci del Bassiano. Da una parte AZZONE glossa la parola *datio* di *Dig.* 1,1,4 spiegando: «idest detectio libertatis, detegit enim libertatem in eo. Civilis enim ratio naturalia iura corrumpere non potest, ut infra, de capite minutis, l. eas obligationes (*Dig.* 4, 5, 8). az.» (VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3rb e *Vat. lat.* 2512, fo. 3rb, ripresa da ACCURSIO, *ibid.*); dall'altra invece, insegna che: «...Est autem manumissio datio libertatis, idest detectio, ut dicunt quidam, quia libertas, quae est de iure naturali, non potuit auferri, licet fuerit offuscata per ius civile vel gentium... Vel dic vere dat libertatem... iura enim naturalia dicuntur immutabilia, quia nec possunt ex toto abrogari vel auferri, sed tamen potest eis derogari, vel detrahi in specie...» (*Summa Institutionum*, I, *de iure nat. gent. et civ.*, nr. 6). A complicare ulteriormente le cose ACCURSIO (gl. *datio* in *Inst.* 1, 5 pr., *de libertinis*) conferma l'accordo di Azzone e del Piacentino, ai quali si aggiunge in talune edizioni anche Giovanni. Dato ch'è difficile credere, quindi, sia a una corruzione del testo accursiano, sia a un'erronea attribuzione di quelli inediti, potrebbe pensarsi a una respiscenza di Azzone nell'apparato al Digesto, o, com'è più probabile, a un'incertezza derivante da un generale declino della teoria: che pur riemergere periodicamente anche più tardi.

I suoi primi avversari dichiarati, comunque, appartengono già alle più antiche generazioni di maestri.

Se le *Questiones de iuris subtilitatibus* non pare la vedano di buon occhio (ed. FITTING, cit., V *de iure personarum*, § 6, p. 60, ed. ZANETTI, cit., VI *eod.*, § 6, p. 27 sg.: «A. Servitus libertati contraria

di vincolarsi con obbligazione naturale, instaurando una tradizione teorica anch'essa destinata a qualche successo: «iure quidem naturali, quo liber est, naturaliter obligatur» (104).

dicitur, sed in eadem persona, id est Stichum, concurrunt utrumque. I. Iuris substantia est in precepto. Nec est idem ius quod Stichum liberum esse et servum esse precipiat, sed aliud et aliud, id est naturale et civile», sarà il Piacentino ad assumere una posizione nettamente ostile nei suoi confronti: «...inquiet omnes liberi licet non omnes vocentur liberi; inquiet quidem omnes [libertatem] habent licet debilitatam, vel naturalem libertatem, sed non eius utilitatem... *hoc ego non probo...*». E poco oltre preferirà infatti aderire agli aspetti più crudi della definizione che Fiorentino aveva data della servitù: «...servitus est constitutio iurisdictionum qua quis... dominio alieno subicitur *contra naturam*, quippe inspecta natura omnes sunt aequales, sed iurisdictionum fiunt inaequales...» (PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 3 de *iure personarum*, ca. pr.). Come si vedrà meglio fra poco, è la prima voce conosciuta che abbia il coraggio di configurare, senza mezze misure, uno scontro deciso tra il diritto delle genti e quello naturale: ma è probabile che già si fosse verificato qualche precedente (cfr. la testimonianza di Rogerio a nota 105).

(104) BULGARI gl. in *Dig.* 50, 17, 22, ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris...*, Bonn, 1856, p. 22; anche in *Dig.* 50, 17, 32, ed. cit., p. 31. L'obbligazione del servo si veniva però complicando nel sistema dei rapporti col proprietario. Bulgaro, a quanto sembra, non si contentò della genericità del principio che gli si è visto enunciare: ne chiari la portata polemizzando con Iacopo, secondo narra una *Lectura* inedita (di Alberico o di Giovanni?): «Queritur an semper verum sit dominum naturaliter obligari contrahendo cum servo proprio. Responsio: Bulgarus putat referre utrum servus habeat peculium vel non. Si peculium habeat et dominus contrahat cum eo, naturalis obligatio que inter eos nata est acquiritur peculio, et per peculium acquiritur ipsi domino: ergo idem est creditor et debitor, quod, quia iuris ratio non patitur propter impossibilitatem, in hoc casu naturaliter dominus non obligatur. Si vero non haberet peculium, tunc dominus naturaliter obligaretur servo, quia iure naturali inspecto liber est. Sed Iacobus non admittit hanc distinctionem, immo dicit quia sive habeat peculium, sive non, obligatur, sed distinguit utrum servus contrahat cum domino vel cum extraneo. Si cum domino contrahit, naturalem obligationem sibi acquirit semper; si cum extraneo, puta quia ex nudo pacto aliquid sibi promissum fuerit, tunc acquirit domino naturalem obligationem» (*Lectura* in *Dig.* 12, 6, 64, de *condictione indebiti*, l. *si quod domino*, NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 31ra della seconda numeraz.). Ulteriori restrizioni del principio che il servo si obbliga «eo iure quo liber est» Bulgaro pone a proposito di singole fattispecie: il Torelli ha pubblicato una glossa, ov'è portato un altro esempio di deroga a quel principio: il caso della novazione nulla, che estingue la prima obbligazione se conclusa da uomo libero e non se effettuata da un servo (TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse di Bulgaro*, cit., in *Riv. di storia del dir. italiano*, XV, 1942, p. 60, ora in *Scritti*, cit., p. 154 sg.).

17. La molla che spingeva tutta questa ardua elaborazione, prendendo l'avvio dai quesiti etici e sociali che il problema della servitù poneva, stava dunque nell'esigenza di minimizzare l'entità dei contrasti tra *ius gentium* e *ius naturale*. Rogerio lo rivela: è escluso che quest'ultimo sistema possa venir modificato — qualcuno afferma ben il contrario, egli riferisce, ma è un'opinione tanto vana che non vale neppure la pena di discuterla —; tutt'al più se ne può trascurare l'osservanza, quasi i soggetti lo mettano da parte, in solitudine (105). L'espedito di immaginare un 'esilio' della norma, quando apparisse rischioso di concederne la vera e propria deroga, era certo curioso, ma aveva incontrato il gusto di Rogerio (106).

Tali motivi riscossero un certo favore nella scuola, ma non furono i soli a tenere il campo.

A seguire la testimonianza del passo di Azzone già incontrato, un'altra corrente scolastica avrebbe voluto distinguere tra libertà e libertà, la diversità dei tipi avrebbe però dovuto scaturire anch'essa dalla contrapposizione dei vari sistemi (107). Ma il maestro taglia corto: nelle stesse espressioni di Fiorentino è implicita la risposta al difficile quesito, e nelle sue parole si possono veder disegnati i limiti della originaria *libertas naturalis*. Il giurista romano aveva detto che la libertà trovava i

(105) ROGERII *Quaestiones super Institutis*, II *de iure nat. gent. et civ.*, § 4, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators*, cit., p. 277. A una domanda di Rogerio così risponde la Giurisprudenza: «... licet enim contra ius naturale quidam iure gentium fiant servi, non tamen ideo dicendum est ius naturalem mutatum fore, sed sentiendum est certe, per ius gentium quod supervenit postea ab eius esse recessum observatione... Quare (licet quidam secus dicant, quorum sententiam, quoniam procul dubio inanis est, omittam — a quei *quidam* si aggiungerà poi il Piacentino! —) *semper probavi quod gentium ius nec mutet nec tollat naturale, sed ipsum a subiectis contemni et in desuetudinem solitudinemque abire* et sic ab eius observantia subditos facit recedere...». Non diversamente «... per vitia corruptosque mores virtutes seu legem divinam [nemo] dixerit sublatam...». L'immagine è certo suggestiva ed efficace!

(106) Egli lo utilizzò senza varianti — ad esempio — per risolvere il problema della *consuetudo contra legem*, che poneva, in fondo, analoghe difficoltà: cfr. CALASSO, *I glossatori e la teoria della sovranità*³, Milano, 1957, p. 94 sg.

(107) AZONIS *Summa Institutionum*, I, *de iure personarum*, nr. 3: «... alii dicunt in definitione addendum quod legitur infra, eodem, scilicet 'ex qua liberi vocantur' (cfr. *Inst.* 1, 3, 1), licet enim servi sint liberi, non tamen liberi vocantur ex ea libertate...».

suoi confini nella *vis* e nel *ius*? Ecco che il primo termine rappresenta il *ius gentium* — introdotto sotto la spinta delle necessità pratiche degli uomini —, il secondo invece il *ius civile* (108).

(108) Azzone si ispirava qui alla definizione del *ius gentium* contenuta nelle *Inst.* 1, 2, 2. Ma poi la combinava con il passo di Fiorentino, intendeva l'una e l'altro a modo suo, e costruiva così una visione alquanto originale (non so, tuttavia, se tale interpretazione non fosse più antica: preazzoneiane potrebbero essere le glosse interlineari *nisi quod vi*: «idest iure gentium», e *aut iure*: «idest iure civili» in *Inst.* 1, 3, 1 del ms. VATICANO, *Pal. lat.* 771, fo. 3v). Occorre infine notare, per concludere sulla problematica sollevata da Fiorentino, che il suo raffigurare la libertà come una *facultas naturalis*, soggetta tuttavia a limiti specifici (ossia agli ostacoli posti *vi aut iure*: cfr. *Dig.* 1, 5, 4 pr.), aveva esercitato una fortissima suggestione sulla scuola medievale, che aveva presto cercato di enucleare la soluzione dell'antinomia tra libertà naturale e servitù. Azzone (loc. ult. cit.) riporta che già Irnerio faceva leva su quell'insegnamento romano per disegnare la teoria che si è vista largamente accolta dalla prima scuola, cioè che i servi non fossero spogliati dell'umana *libertas naturalis*. «...Est autem libertas naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur...». E Azzone prosegue: «...secundum hanc definitionem videtur quod servi sint liberi, nam et ipsi liberam habent facultatem nisi vi aut iure prohibeantur, et hoc Guarnerius admisit...». Mettendo a raffronto la testimonianza di Azzone con una glossa viennese siglata da Irnerio ed edita dal TORELLI (*Glosse preaccursiane... glosse d'Irnerio*, cit., p. 247, ora in *Scritti*, cit., p. 62), si riscontra che in effetti il caposcuola spinse molto innanzi l'utilizzazione dell'insegnamento di Fiorentino. E immaginò che la sfera d'efficacia della libertà si sviluppasse lungo due direttrici, l'una *de facto*, l'altra *de iure*, sicché diveniva logico che in una *vis* e — rispettivamente — in un *ius* consistessero i suoi limiti: «Hec facultas naturalis duplex est, nam et nobis *posse* prestat, quod in facto consistit, et *licentiam*, que de iure procedit. Cui facultati dupliciter resistitur: in eo quod facti est facto, idest vi; in eo quod iuris est iure; et diffinitur hic libertas naturalis que et in servis est, vel dici potest quod diffinitur hic libertas civilis contraria servituti. Y». L'impostazione si ritrova quasi testualmente in svariate glosse anonime (cfr. per es. quella del VATICANO, *Vat. lat.* 8782, fo. 50ra: «libertas facti et iuris est; quatinus est facti resistitur ei alio facto, similiter quatinus est iuris resistitur ei alio iure», e quella torinese edita dall'ALBERTI, *Ricerche*, cit., p. 118); ricorre inoltre nella *Summa Vindobonensis* (I, 4 *de iure personarum*, § 1 in fi., ed. PALMIERI, cit., p. 276), la quale tuttavia crede di dover precisare che non occorre giungere a una distinzione tra vari tipi di libertà, questa rimanendo una categoria unica che, a seconda dello *status* dei soggetti che ne godono, assume atteggiamenti diversi: «...non enim hic distinguimus libertates, sed magis personas quae fruuntur libertate...». Una qualche eco della glossa irneriana si ode forse anche nell'opera di ROGERIO (*Quaestiones super Institutis*, III *de iure personarum*, § 2, ed. KANTOROWICZ, cit., p. 279), nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* (*de iure personarum*, § 5, ed. FITTING, cit., V, p. 60, ed. ZANETTI, cit., VI, p. 27) e assai più nitidamente in un passo del PIACENTINO (*Summa Institutionum*, I, 3 *de iure personarum*, ca. pr.: «...sicut enim duplex est libertas... et de iure et de facto, ita tali libertati dupliciter resistitur:

Che l'interpretazione della fonte latina fosse in effetti sottile è fuor di dubbio: ma essa lasciava sempre trasparire il disagio che l'idea di una modifica di una legge naturale da parte di altra norma non poteva fare a meno di alimentare.

Il Piacentino, cui non piacciono le mezze misure, scuote via senz'altro tutta questa bardatura di espedienti, creata a nascondere il vero stato delle cose: la cruda realtà, che è inutile cercare di attutire mediante sottigliezze, è che il diritto delle genti può contrapporsi con violenza al diritto naturale; può anche modificarlo tanto a fondo da cancellare del tutto quella figura ideale della libertà innata, che era piaciuta a qualche giurista e a qualche filosofo romano ed era stata ripresa con tanta baldanza dai glossatori medievali (109).

et contrario facto, ut si velis ire prohibearis, et contrario iure, ut si velit illicite nubere repellatur...», Accolte queste premesse, Piacentino poi si scaglia contro le conseguenze che ne erano state tratte con l'ammettere la libertà naturale dei servi, e, riportando egli le parole medesime della *Summa Vindobonensis*, non va escluso che questa fosse l'obiettivo principale delle sue critiche). Comunque, l'insegnamento irneriano, cioè la tesi che la libertà si sviluppasse sia *de iure*, sia *de facto*, sembra andasse affievolendosi nella tarda glossa: se GIOVANNI ancora vi aderisce (*Lectura Institutionum*, gl. *nisi quod vi prohibetur* in *Inst.* 1, 3, 1, *de iure personarum*, § *et libertas*: «at in servis illa facultas faciendi quod licet omnibus, nisi quod prohibetur, scilicet omnibus, vi vel iure: nam servi multa prohibentur facere, alii possunt. Sed alias expositiones in summa Placentini require»: LEIDEN, *D'Ablaing* 3, fo. 3^{va} della nuova numeraz.), Azzone, come si è visto, interpreta diversamente i termini *vis* e *ius* del passo di Fiorentino: essi non riguardano l'uno la situazione di fatto, l'altro quella di diritto, ma rappresentano il primo il *ius gentium*, il secondo il *ius civile* (AZONIS loc. ult. cit.). E questa nuova concezione piacerà ad ACCURSIO (gl. *libertas* in *Dig.* 1, 5, 4 pr., *de statu hominum*, l. *libertas*).

(109) PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, post pr.: «...ius gentile est quo utuntur soli homines: suntque haec iura prodita alias propter utilitatem, ut iura commerciorum, alias propter necessitatem, ut iura bellorum... Iura quoque gentium sunt secundum virtutes, quae sunt iuri naturali contrariae et adeo contrariae ut, meo iudicio, libertatem perimant, nam et imperator ait 'homines ab initio liberi nascebantur', ac si aperte diceret 'hodie non nascuntur'. Nec obloquitur quod liber homo captus libertatem amittit: quia licet libertas cuiusdam hominis pereat, libertas tamen in genere perseverat, etiamsi quidam asserant libertatem in servis fore naturali iure...». Ed è tanto convinto di questa sua impostazione che non esita a farla strumento di un attacco a Bulgaro: questi, parafrasando una regola di Pomponio (*Dig.* 50, 17, 8), aveva avvertito che, classificandosi gli *iura cognationis* tra i *quasi naturalia*, essi non soffrono deroghe da parte del *ius civile*. Ma il Piacentino gli oppone: «...sed et usucapio rem naturalem id est dominium absumit. Nam et servitus, quae ius

Se il realismo del Piacentino era destinato a incontrare il favore degli ultramontani (110), fu però un altro motivo, impostato dalla scuola di Giovanni, ad aprire la strada alla soluzione più matura. Si tolse al solito passo di Fiorentino il suggerimento che la servitù non intaccasse la sostanza *bona et aequa* del diritto naturale: se era costume uccidere i prigionieri di guerra, ecco che gli imperatori, proprio ispirati da principi di magnanimità, hanno preferito che si vendessero i *captivi* come servi, per evitarne l'eccidio. E la deroga a un *bonum*, che è la libertà, venne giustificata sulla scorta di un *melius*, che è l'intenzione di salvare la vita ai prigionieri (111).

I commentatori si impadroniranno dello spunto, e ancora una volta troveranno nella causa giusta, simbolo di equità, la soluzione — sul piano etico oltre che giuridico — d'ogni contrasto tra le leggi positive e le idealità dei sistemi superiori.

gentium est, libertatem meo iudicio non solum obumbrat, sed tollit» (si legge, a proposito del passo di Pomponio, nelle aggiunte piacentiniane al commento di Bulgaro al tit. *de regulis iuris*, ed. BECKHAUS, cit., p. 9).

(110) Ebbe l'adesione del RÉVIGNY. Nella *Lectura in Dig. 1, 1,4, de iust. et iure, l. manumissiones* (LEIDEN (L), *D'Abblaing* 2, fo. 4va e NAPOLI (N), *Branc.* III. A. 6, fo. 4ra), dopo aver ricordato la vecchia tesi che la manomissione sia soltanto una *detectio libertatis*, la respinge: «...hoc non placet: dico quod servus nascitur, nec est verum quod ibi sit libertas obfuscata, immo sublata penitus (L: ponitur) et quod nascitur servus probatur ff. (L om.: ff.) de natalibus restituendis, l. II (*Dig.* 40, 11, 2), ^a in Inst. de iure personarum, § servitus autem ^a (*Inst.* 1, 3, 2; ^{a-a} N: om.)...». Nella *Lectura in Dig. 1, 5, 4, de statu hominum, l. libertas*, il Révigny ribadisce: «...Dico quod falsum est quod servus habeat aliquam libertatem, unde hic diffinitur libertas quam habent homines liberi...» (LEIDEN, cit., fo. 10rab, NAPOLI, cit., fo. 7vb). Si noti che l'avversa teoria incontrò invece sostenitori nel primo commento italiano (cfr. ad es. BUTRIGARII *Comm.* in l. *manumissiones*, cit., nr. 2 e in l. *libertas*, cit., in pr.).

(111) Cfr. i passi riportati più sopra, a nota 83. La giustificazione teorica, posta dal dilemma tra il massacro dei prigionieri e la loro riduzione in schiavitù, pervenne certo al giurista medievale attraverso Fiorentino: ma era un motivo che già l'antichità vide diffuso, e il Medio Evo conobbe anche per il tramite della tradizione patristica: lo si trovava infatti svolto da S. AGOSTINO (*De civitate Dei*, 19, 15). La scuola giuridica l'accoglie quasi unanimemente, ma vi fu pur qualche voce — quella di Bartolo tra le altre — che lo ritenne inadeguato al progresso della civiltà cristiana (cfr. ERMINI, *I trattati della guerra e della pace di Giovanni da Legnano*, in *Studi e Mem. per la storia dell'Un. di Bologna*, VIII, 1924, p. 97).

18. Sempre nello studio dei rapporti tra il *ius gentium* e gli altri ordinamenti, fonte di nuove incertezze era quel passo di Ermogeniano (112) che pure obbediva a intenti chiarificatori: dava un elenco d'istituti derivanti dal diritto delle genti, tra i quali facevano spicco le obbligazioni e la proprietà.

Cominciamo dalle obbligazioni, prendendo come punto di partenza la tematica accursiana: da questa infatti mossero le elaborazioni più significative, per avventura tutte posteriori.

Usava domandarsi, dunque, «...de qua obligatione dicit hic quod est de iure gentium, cum duae tantum sint obligationes, scilicet civilis et naturalis...». Dopo un attimo d'incertezza la glossa risolve la questione nel modo più semplicistico: «...sed dic de naturali quia obligatio iuris gentium dicitur naturalis...». Il che significava non soltanto fraintendere il passo di Ermogeniano, ma poteva condurre a conclusioni singolari, come quella di attribuire al servo una personalità *iuris gentium*, così da giustificare la capacità di contrarre obbligazioni naturali. Ed è appunto il risultato cui pervenne Accursio (113).

(112) *Dig.* 1, 1, 5.

(113) Gl. *obligationes* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure gentium*. L'ultima conclusione, che riguarda appunto la personalità *iuris gentium* del servo, è il frutto d'un ragionamento suggestivo e porta proprio in luce la necessaria combinazione, almeno sul piano dei rapporti umani, tra diritto di natura e delle genti: «...aliud est naturale quo ad animalia omnia, aliud quo ad omnes homines, et hoc etiam potest dici gentium, quod in idem recidit. Cum ergo dico obligationem naturalem, non intelligo de iure naturali omnium animantium, quia alia animalia non obligantur, sed de iure gentium...». Non è dubbio che la fonte di Accursio sia la glossa azzoniana *dominia* apposta allo stesso luogo (VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3rb integrato col *Vat. lat.* 2512, fo. 2va): «...sed queritur de qua obligatione loquatur: illud indubitanter verum est quod non loquitur de civili, illa enim, ut ex ipso nomine apparet, civilis est. De naturali ergo videtur loqui, cum nulla alia inveniat. Sed queritur: obligatio iuris gentium dicitur naturalis, ut infra, de conditione indebiti, si id quod (*Dig.* 12, 6, 64) et infra, *Inst.* de fideiusoribus, § 1 (*Inst.* 3, 20, 1). Respondeo: nomen naturalis ponitur pro iuregentium, ut infra, *Inst.* de rerum divisione, § singulorum (*Inst.* 2, 1, 11). Nec enim naturalis dici potest, idest omnium animantium, ut ponitur supra, eodem, l. I, § ius (*Dig.* 1, 1, 3), quia irrationalia non obligantur. Potest tamen dici quedam obligatio naturalis, idest instinctu nature proveniens, ut in alendis liberis et procreandis, et ut benefacias tibi benefacienti, que non inhihet repetitionem soluti per errorem, ut infra, de conditione indebiti, l. si non, § libertus (*Dig.* 12, 6, 26, 12). Sic, ubi invenias servum obligari de iure naturali, expone: idest cum ipse sit liber de iure naturali, aptus est ut obligetur naturaliter, idest de iure gentium, az.»

La debolezza della tesi aprì la strada all'analisi minuta.

Riecheggiando l'antica distinzione, già chiara nell'insegnamento del Bassiano (114), tra il diritto di natura ispirato dall'*instinctus* e quello che proveniva dalla *ratio naturalis* e convergeva col *ius gentium*, si finì col derivare da ciascuno una categoria di obbligazioni: le *naturales primaevae* — l'esempio, 'quod benefacienti benefaciamus', è tratto naturalmente da *Cod.* 1, 39, 1 — si contrappongono così alle *naturales iure gentium*, fondate sul mero consenso e non corroborate dal diritto civile, secondo gli schemi usuali (115). Ora, proprio il principio consensuale, che i glossatori avevan reso una *causa naturalis* dell'obbligazione e ancorato così al *ius naturae* (116), costituiva qui l'elemento catalizzatore

(114) Cfr. più sopra nota 44. Del tempo dei glossatori, si può ricordare un tentativo molto interessante — ma che non ebbe séguito — di comporre il dissidio: in una glossa anonima il vincolo naturale appare ridotto a una pura qualità dell'obbligazione, che può manifestarsi anche qualora questa origini dal diritto civile. Era una tesi che precorreva secoli: «Idem natura, per hoc preceptum: 'nemo cum alieno detrimento locupletari debet' (cfr. *Dig.* 12, 6, 14 e 50, 17, 206), quod tractum est ex hoc naturali iure: 'quod tibi non vis alii ne facias', dictat ut ius civile obliget pupillum. Non enim civiliter poterat eum obligare, cura eos tantum civiliter obliget qui suam condicionem meliorem vel deteriozem patiendo facere possunt. Sic servum ius civile, non naturalis (= naturale) obligat, quia in iudicio consistere non potest. Sed naturaliter obligat naturam (= natura) per hoc preceptum: 'quod tibi vis alii facias'. Iustitia fugiunt tribuente suum ius cuique (sic), ut civili iure obligetur, propterea naturaliter. Sic glosa, quia non debet dici aliquem obligatum obligatio[n]e naturali, idest a natura introducta est. Sed naturaliter vel a iure gentium, vel a iure civili» (la glossa è posta in margine a *Dig.* 26, 7, 58, *de administratione tutorum*, l. *qui negotiationem* nel VATICANO, *Vat. lat.* 1407, fo. 7va).

(115) PETRI de BELLAPERTICA *Repetitio* in *Dig.* 46, 1, 1, *de fideiussoribus*, l. *omni obligationi*, specie nrr. 3 e 6.

(116) Le indagini della scuola italiana del Duecento conducono al vasto quadro tracciato da DINO del MUGELLO nell'opera, contenuta in un codice vaticano, che potrebbe essere la sua *Lectura Digesti veteris* o parte di essa, e non va confusa con le *Additiones* già note al SAVIGNY (*Gesch.*, cit., V, p. 453, trad. it., cit., II, p. 462). Val la pena di riportare i punti salienti del lungo passo: lo schema dei principî di natura da cui sgorga l'obbligazione pone quello consensuale al centro del campo dei contratti. L'*inventio* dei criteri primi da parte del diritto naturale e l'*inventio inventionis* da parte del *ius gentium*, ossia la traduzione di quei criteri primi in termini di istituti giuridici, rappresenta poi la trama dei rapporti tra i due sistemi: «Nota quod obligatio fundatur in V causis que sumunt originem ex iure naturali primitivo. Prima causa est et ratio, quod quilibet possit rem propriam ordinare... Secundo (= secunda) quod quilibet servet obligationem primo consensu firmatam... tertia causa est que nascitur ut quilibet recuperet rem suam, non (= nisi?) alius habeat iustam causam retinendi, et ex hoc

della problematica. Realtà soltanto umana, discendeva ovviamente da quel settore del diritto naturale che non riguardava gli animali (117): ma non se ne insegnava forse la sovrapposizione al *ius gentium*? Chiamarlo *ius naturale se-*

nascitur naturalis... quarta causa ut pro beneficio accepto serviamus... quinta ratio est, ut pro delicto qui penam accipiat... delinquens enim naturaliter obligatur... Ergo obligatio naturalis habet inventionem a iure naturali primitivo, sed inventio est inventa de iure gentium, unde ius gentium precepit servare ius naturale; sed civile (= civilis) approbationem accepit a iure civili, Inst. de actionibus, § de constituta (Inst. 4, 6, 9)...» (Lectura in Dig. 1, 1, 4, de iust. et iure, l. manumissiones, VATICANO, Ott. lat. 1307, fo. 151va).

(117) La necessità d'una divisione del diritto naturale in due settori, a seconda che riguardasse l'uomo o gli animali, e il risalto dato, nel primo di quei due settori, al principio consensuale delle obbligazioni emergevano come componenti della problematica — e con evidenza tutta speciale — nel caso dell'obbligazione servile. Qui il punto che suscitava i più aperti contrasti dottrinali, palesando anzi l'impossibilità di una soluzione soddisfacente, era solo il quesito se il *ius gentium* e quella parte del diritto naturale che si rivolge all'uomo fossero tutt'uno: un punto che, come si è visto, aveva condotto la glossa a conclusioni inaccettabili.

In realtà le contraddizioni erano *in re ipsa*: qui le fonti romane non riuscivano ad adeguarsi al bello schema astratto dei rapporti tra i sistemi, cui la scuola aveva dato un valore universale e si ostinava a negare la valvola di sicurezza dell'eccezione: sicché anche i commentatori si dibatterono nell'equivoco.

L'obbligazione del servo — scrive all'inizio del Trecento il Bottrigari — non dovrebbe sorgere: «...non iure naturali, quia eo iure nullus obligatur, quia sic obligarentur animalia; non iure gentium, quia eo iure est servus, ut supra, l. proxima (Dig. 1, 1, 4); non civili quia pro nullo habetur...». La soluzione, allora, è che il servo «...obligatur de iure naturali quod competit hominibus tantum, non tamen iure gentium...»: e infatti «...aliquando ius naturale sumitur pro instinctu naturae, et tunc ius gentium, quod est ei species opposita, comprehendit omnia quae solum hominibus competunt, etiam si dicantur naturalia... sed aliquando sumitur ius naturale pro iis quae competunt hominibus tantum, et tamen est species opposita iuri gentium, et ita sumitur supra, eodem, l. I, § privatum (Dig. 1, 1, 1, 2) et infra, de pactis, l. I (Dig. 2, 14, 1)...» (BUTRIGARII Comm. in Dig. 1, 1, 5, de iust. et iure, l. ex hoc iure). Ma nello stesso giro d'anni un'additio di RANIERO da FORLÌ (al *casus* dell'apparato ordinario in Dig. 1, 1, 6, de iust. et iure, l. ius civile, VATICANO, Vat. lat. 1411, fo. 4ra) difende una posizione diversa: «dic quod ius gentium induxit servitutem, ut supra, eodem, l. manumissiones (Dig. 1, 1, 4). Tamen bene reputavit servum esse hominem, quia poterat consentire, et ideo voluit quod servus propter consensum obligaretur et eo iure debet servus naturaliter obligari, ut infra, de conditione indebiti, l. id quod (Dig. 12, 6, 64), nam ius gentium naturale dici potest, ut Inst. de rerum divisione, § singulorum (Inst. 2, 1, 11). Sed postea supervenit ius civile et reputavit servum quendam asinum esse et sic pro nihilo habendum, et secundum hoc ius civile servus non

cundarium — come si usò più tardi — non mutava la sostanza delle cose: ch'erano riportate al punto di partenza.

Cino — e la teoria piacque tanto a Bartolo da fargli dire che le opinioni del maestro «...procedunt de mente iuris...» — tentò l'analisi del *ius gentium* riprendendo uno spunto che da tempo avevano sviluppato i canonisti: ve n'è una parte collegata alla *ratio naturalis*, un'altra agli usi veri e propri degli uomini (118). Chiamare il primo tipo *quasi naturale* (119) significava però giocare con le parole, spostando il valore di una categoria già da tempo in uso, e imperniata dalla prima glossa sull'istituto della cognazione. Parlar poi di *ius gentium primaevum* e *secundarium*, come si fece più tardi (120), lasciava le cose, ovviamente, come stavano.

In realtà il discorso di Ermogeniano sulle obbligazioni mal si adattava ai punti di vista medievali e, la dialettica fra *ius gentium* e *ius naturale* restava qui senza sintesi.

19. Il secondo punto proposto all'attenzione del glossatore dalla fonte romana era la derivazione del *dominium* dal *ius gentium*, ed era un altro tema ove gli ostacoli teorici abbondavano.

obligatur, ut infra, de regulis iuris, l. quod attinet (*Dig.* 50, 17, 42)...». Si tratta, in fondo, di una riesumazione della tesi accursiana.

Il sostanziale motivo di dissenso, così ben rappresentato da questi due squarci dottrinali del primo commento, si perpetua: nell'obbligazione serve l'incertezza sui rapporti tra i due sistemi universali appare insuperabile.

(118) Cfr. BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure, l. ex hoc iure*, nr. 10. Ma Bartolo sembra altrove piuttosto aderente all'interpretazione della glossa, e assegna anch'egli le obbligazioni naturali al *ius gentium*: «...is naturaliter tenetur qui de iure gentium tenetur...», spiegherà commentando *Cod.* 1, 18, 10, *de iuris et facti ignorantia, l. cum quis ignorans*, nr. 9 (tale commento appare per lo più spostato in fondo al titolo).

(119) E a dire il vero il principio 'nefas est hominem homini insidiari' — tolto di peso da un passo di Fiorentino (*Dig.* 1, 1, 3), malgrado le diverse allegazioni — non sembrerebbe da innestare tanto sul «...communi iure gentium quod dicitur quasi naturale...», quanto piuttosto sul diritto naturale *tout court*. Ma cfr. la *quaestio* 'Rector civitatis', disputata intorno al 1321 da Cino a Siena, ch'è la prima della raccolta curata dal MONTI, *Cino da Pistoia - Le quaestiones e i consilia*, Milano, 1942, p. 70.

(120) Così ANGELO GAMBIGLIONI: cfr. il *Comm.* in *Inst.* 4, 7, 4 c, *quod cum eo qui in aliena est potestate, § cum autem*, nr. 1.

Ci si chiedeva fra l'altro — e la glossa accursiana raccolse il quesito (121) — come fosse possibile ricondurre al *ius gentium* la distinzione fra le proprietà quando già il diritto divino la presuppone, imponendo, ad esempio, di non commettere furto e di non desiderare le cose altrui. A rendere la questione ancora più intricata interveniva il diritto naturale e questo, col massimo spregio per gli altri ordinamenti, anziché produrre una divisione dei domini, richiedeva al contrario che la proprietà delle cose fosse comune a tutti: «natura enim nihil privatum», aveva spiegato Irnerio commentando proprio il passo di Ermogeniano (122). La questione venne poi vieppiù complicandosi dal momento in cui il giurista pretese di costruire forme

(121) Gl. *dominia, distincta* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure*: «Imo et secundum ius naturale sunt distincta, quia secundum ius divinum aliquid erat proprium. Dicitur enim: 'furtum non facies'. Item: 'non concupisces rem proximi tui'. Item: 'non retinebis mercedem mercenarii tui usque ad mane'. Item: 'non appareas in conspectu Dei tui vacuus'. Et si dicatur 'omnia sunt communia iure naturali' expone: idest communicanda. Sed respondeo: etiam tunc, quando haec praecepta divina dabantur Moysi a Deo, erat ius gentium, et secundum illud dicebatur aliquid meum. Nam cum essent gentes iam coniunctae, erat ius gentium, ut *Inst. de rerum divisione*, § *singulorum* (*Inst.* 2, 1, 11). Vel dic dominia distincta, scilicet directa ab utilibus, et econtra. Item nonne etiam iure civili dominia distinguuntur, ut per usucapionem? Responde sic, ut *Inst. de usu et habitatione*, § *fi.* (*Inst.* 2, 5, 6). Item per arrogationem. Item per sententias. Item per testamenta». La prima parte della glossa, fino alle parole «et secundum illud dicebatur aliquid meum», fa parte — con varianti di poco conto — dell'apparato azzoniano (cfr. VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3rb e *Vat. lat.* 2512, fo. 2va). Una glossa, che porta la sigla di Ugolino, ripete testualmente fino a «non appareas in conspectu Domini tui vacuus», poi deriva l'antica «...communis possessio de iure naturali... ex communione quadam...» (PARIS, *lat.* 4461, fo. 1vb). Divenuta questa *quaedam communio* il punto centrale dell'impostazione, stupisce che Ugolino si contenti di definirla con un rinvio al Decreto (c. 7, D. 1): ma è un procedimento che rivela quanta parte avessero le sollecitazioni religiose in questo tema (cfr. la nota sg.).

(122) Cfr. gl. *distincta* in l. *ex hoc iure*, cit., ed. BESTA, cit., p. 3. È facile immaginare quale alimento dessero le concezioni religiose medievali a questo spunto romano. Nei primi tempi della glossa, i civilisti non esitarono nemmeno a far proprie certe idee sviluppate poi dai soli canonisti, come quella della proprietà naturale di Dio su tutti i beni. «Omnia, naturali iure inspecto, Dei sunt — dice una glossa di Bulgaro — non solum quo ad materiam, verum etiam quantum ad formam, quia et ius fuit materia ex qua condidit, et ipse eidem preiacenti, singula creando, formam dedit...» (ed. TORELLI, *Glosse preaccursiane... glosse di Bulgaro*, cit., p. 19, ora in *Scritti*, cit., p. 113). Un'eco se ne ode nella glossa che il PALMIERI ha pubblicata in calce alla *Summa Vindobonensis* (II, *de rerum divisione*, ed. cit., p. 295, nota a).

diverse di proprietà a seconda dei modi d'acquisto: per cui parve ovvia la contrapposizione di una proprietà civile ad altra *ex iure gentium*, come già si è potuto intravedere. Infine, quasi per rendere l'intrico di difficoltà un ginepraio inestricabile, dal tempo di Rogerio era scesa in campo una nuova figura, quella di una proprietà 'naturale', sorta per risolvere taluni problemi tecnici: ad esempio il nascere, sotto certe condizioni, di una *rei vindicatio* utile in capo a chi proprietario non era, come accadeva nel caso del *dominus tabulae pictae* (123), e anche — dirà la scuola assai più spesso — nel caso della moglie e del suo diritto sulla dote: ma per quanta suggestione possa avere, non ci si può soffermare su un argomento tangenziale che è troppo vasto e porterebbe lontano (124).

Si può solo notare che tale rappresentazione di una proprietà acquistata per diritto di natura non fu molto ben vista. Fu il Piacentino, comunque, a riportare le cose su un terreno più ortodosso: il *dominium* deriva solo dal diritto civile o delle genti, non certo da un ordinamento che pretende al contrario la comunione dei beni (125). Ma allora come poteva il diritto divino-naturale riferirsi tanto spesso al 'mio' e al 'tuo'? Si ritorna così al quesito che si è visto assillare il pensiero di Accursio.

Questi aveva proposto due soluzioni: la prima, che il *ius gentium* fosse addirittura anteriore al *ius divinum*, esistendo già quando Mosè diede la legge all'uomo. La seconda, che il *ius gentium* si fosse contentato di separare i *dominia utilia* da quelli *directa*: era stato questo un insegnamento, indubbiamente originale, ma certo forzato, che sembra risalisse ad Azzone (126).

(123) ROGERII *Summa Codicis*, III, 21 *de rei vindicatione*, § 2, ed. PALMIERI, cit., p. 90: «...Si autem dominus sit iure naturali tantum, cum alius sit dominus iure gentium vel civili, habet utilem, ut dicitur de eo qui pinxit tabulam: nam dominus tabulae remanet dominus iure naturali, is qui pinxit est dominus iure gentium...».

(124) Cfr. LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigenthum*, Leipzig, 1883, p. 142 sgg.

(125) PLACENTINI *Summa Institutionum*, II, 1 *de rerum divisione*, post pr.: «...adquiruntur omnia rerum dominia non iure naturali, quo omnia sunt communia, sed iure civili et gentium...».

(126) AZONIS *Summa Institutionum*, I, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, nr. 10: «...Item ex hoc iure gentium... dominia distincta, scilicet directa ab utilibus, et e converso. Non dico quod dominia sint inventa de iure gentium de novo, quia et veteri Testamento aliquid erat meum, aliquid tuum...».

Nei primi tempi della scuola di Orléans le posizioni accursiane non sembrano intaccate (127); agli inizi del commento italiano appare riesumata la teoria che prima del *ius gentium* le proprietà non fossero comuni *quantum ad dominium*, ma solo *quantum ad usum* (128) — motivo svolto sin dalla prima decretistica (129) —, oppure fossero già autorizzate, e il diritto delle genti avesse avuto il compito di distribuirle: le avesse cioè «...distincte data, non permissa tantum...».

Il vero interesse della scuola, dalla seconda metà del Duecento, è però un altro. L'interprete preferisce ormai raffrontare l'azione del diritto delle genti con quella del civile, il cui contributo alla specificazione della proprietà — per usucapione, per arrogazione, per testamento, per sentenza — era stato tuttavia già ricordato, seppur fuggevolmente, dalla glossa (130).

Che i giuristi più 'moderni' avessero continuato a ritenere la distinzione dei domini frutto, al contempo, del *ius gentium* e del *civile* ci è testimoniato da Cino: e quanto per la glossa era stato una mera constatazione appare ora convertito in problematica. Il punto centrale di questa si pone nell'analisi dei compiti che, circa la divisione delle proprietà, ciascuno dei due sistemi deve adempiere (131):

(127) Cfr. IACOBI de RAVANIS *Lectura Institutionum* (attr. a Bartolo) in *Inst.* 1, 2, 1, *de iure nat. gent. et civ.*, § *ius autem*, nr. 4 in fi.

(128) CYNII *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure*, nr. 5 post pr.: «...dicendum est ergo quod nec ante ius gentium erant communia quantum ad dominium, sed quantum ad usum non...».

(129) Chiara, ad es., è la *Summa Monacensis*: «...eorum que acquiruntur quedam sunt propria quantum ad dominium, quedam quantum ad usum. *Ius naturale tantum excludit dominium, sed non usum.* Deus enim nobis concessit usum, sibi retinens dominium; unde sumus quasi domini, servus enim quasi dominus est peculii quantum ad usum...» (ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. III, p. 108, r. 29 sgg.).

(130) «Dominia plerunque distinguntur iure gentium, sed quandoque iure civili, ut per usucapionem, ut infra, *Inst. de usu et habitatione*, § ult. (*Inst.* 2, 5, 6). Item per sententias et testamenta et per arrogationem... az.» (AZONIS gl. *dominia* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure*, VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 3rb e *Vat. lat.* 2512, fo. 2va). L'insegnamento confluisce nell'apparato di ACCURSIO, gl. *dominia* in fine.

(131) Cfr. l'impostazione di Martino Sillimano (secondo la notizia data da Raniero di Forlì nella glossa trascritta alla nota sg.), o quella del Bottrigari. Qui si ode forse qualche eco della teoria di Pietro: va ricondotta al *ius gentium* la «...separatio dominiorum, scilicet, quod aliquid sit meum et aliquid tuum...», mentre l'«...ambulatio dominiorum de uno in alium fuit tam iuris gentium, ut contractus, iurisdictionis et similium, quam iuris civilis, ut per usucapionem et testamenta...» (BUTRIGARII *Comm.*

già col Belleperche l'indagine — superate le posizioni più incerte — giunge a risultati rigorosi.

Insomma — questi ragiona — a quanto pare Ermogeniano dice che la proprietà deriva dal *ius gentium*, e possiamo concederglielo; quello che può discendere sia dal diritto delle genti sia dal diritto civile è solo il modo di acquisto; e su di questo occorre impennare il discorso. Ma taluni rispondevano che era proprio il modo di acquisto a definire la proprietà, sicché, a seguire le teorie di Pietro, a un dominio *ex iure gentium*, detto anche naturale, doveva contrapporsi un *dominium iuris civilis* (132).

Qui si instaurava un circolo vizioso, e il problema tornava al punto di partenza. Le molte soluzioni proposte e a volta a volta ripudiate mostrano, come già quelle avanzate a proposito delle obbligazioni, che proprio sui massimi problemi i rapporti tra i vari ordinamenti concentrici non venivano descritti in modo adeguato dalle fonti romane.

20. I vari aspetti del diritto naturale e i suoi rapporti con gli altri sistemi, esaminati negli istituti che sollevavano i quesiti più pungenti, hanno condotto sinora a seguire impostazioni fornite di un valore esclusivamente teoretico. Viene

in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure*, nr. 3). Fu una dottrina di cui la scienza del tempo riconobbe l'importanza (cfr. ALBERICO da ROSATE alla medesima fonte, nr. 5).

(132) Si veda l'importante *additio* di RANIERO da FORLÌ alla l. *ex hoc iure*, cit. (VATICANO, *Vat. lat.* 1411, fo. 3vb): «dic in fine huius glose quod Martinus Syllimanus dicit quod de iure gentium distincta sunt, ius enim civile non distinguit sed super dominio distincto disponit, et istud etiam tenet Bar. de Pratis (Petrus de Pratis?). Sed Petrus dicit, et melius, quod dominia sunt de iure gentium, sed modi acquirendi dominia quidam enim sunt de iure gentium et quidam de iure civili, de quibus modis dicitur infra, de acquirendo rerum dominio, l. I, II et III (*Dig.* 41, 1, 1 - 2 - 3). Sed opponitur quod quidam sunt de iure civili, ut infra, de rei vendicatione, l. in rem, in principio (*Dig.* 6, 1, 23 pr.). Solutio: ibi loquitur de modo acquirendi dominia, nam, ut dixi, quidam modi sunt de iure gentium et quidam de iure civili. Ille enim qui querit dominium dicitur dominus eo iure quo querit, nam si querit per modum iuris gentium est dominus de iure gentium, si per modum iuris civilis est dominus de iure civili, scilicet, confirmatione et acquisitione, sed de iure gentium est dominus inventione, nam ius gentium invenit dominium, sed ius civile invenit quosdam modos acquirendi dominium inventum a iure gentium: et hoc placet et est ipsa veritas. Ray.».

Gli echi di questi dibattiti si odono in CINO, loc. ult. cit., nr. 5 per totum, in ALBERICO da ROSATE (loc. ult. cit.), ecc.

ora spontaneo di chiedersi, per concludere, quanta parte di tali premesse dottrinali fosse destinata dai giuristi — almeno da quelli più recenti — a operare concretamente nella vita. L'atteggiarsi dell'ordinamento naturale a forza etica ne postulava infatti l'azione pratica, e non sempre — si è visto — essa poteva verificarsi per il normale tramite dei sistemi positivi, sebbene, in astratto, il dato di coscienza lo esigesse (133).

Non si va forse lontano dal vero individuando nella pressione di motivi morali e religiosi la forza che condusse lo stesso civilista (134) ad estendere l'efficacia del sistema naturale oltre la cerchia degli ideali astratti, a escogitarne notevoli applicazioni nello stesso foro giudiziale. Sul tardi, Bartolo offrirà esempi oltremodo suggestivi: lo si udrà asserire che il giudice può fare a meno di quella *conclusio* che è una *solemnitas mere civilis* e, quando abbia formata la propria convinzione, può «...sine aliqua conclusione... *sententiare de iure naturali...*» (135). A

(133) I visionari ch'erano più preoccupati, studiando la vita del diritto, di rappresentarsela in pacifica aderenza alle proprie convinzioni religiose, che non di sondarne il difficile meccanismo tecnico, potevano ben semplificare la configurazione dei rapporti tra i diritti positivo e naturale subordinando senz'altro quello a questo: «...regula est ista, quod ius positivum ad ius naturale reductur et cum ipso concordet, et intelligendo per ius naturale Deum diligere, honeste vivere, unicuique quod suum est tribuere...» (RAYMUNDI LULLI *Ars iuris, de regulis iuris*, ed. SAVIGNY, *Gesch.*, cit., V, p. 642, trad. it. cit., III, p. 482). È vero che su tale rappresentazione del diritto di natura pesavano sia taluni motivi canonistici, sia ovvi intendimenti di semplificazione schematica: ma, pur animato dalla norma etica come da una forza interna, il diritto naturale per il civilista era lungi dal risolversi nell'insieme dei principî primi del mondo religioso!

(134) Quanto al canonista, si vedrà più oltre come la strada gli fosse più agevole.

(135) BARTOLI *Tractatus super const. ad reprimendum*, § *et figura*, nr. 18: «...Item an requiratur conclusio in causa: respondeo non, ut dicto cap. saepe dicitur. Haec est enim solemnitas mere civilis, statim enim cum liquet iudici de causa, sine aliqua alia conclusione potest sententiare de iure naturali...».

È un sintomo del valore assegnato a quella *naturalis aequitas* che non si contenta di rappresentare il fondo d'ogni fenomeno giuridico, ma in casi limite afferma la propria capacità normativa e la fa agire senza intermediari sull'attività del giudice, accantonando addirittura posizioni del diritto civile. Taluni aspetti tecnici del fenomeno sono stati anzi descritti dai giuristi; se Bartolo osserva che a Perugia [...in civitate ista...], egli scrive] e in talune città della Toscana gli statuti prevedevano che non si potesse opporre l'*exceptio doli o metus* contro negozi fatti *per vim*, ma confluiti in regolari *instrumenta*, e se il giurista concede tuttavia la *repetitio* (BARTOLI *Comm. in Cod. 2, 19*[20], 2, *de his quae vi metusve causa*

enucleare il contenuto ultimo del pensiero di Bartolo, occorre riconoscere ch'esso non andava oltre l'affermazione d'una prevalenza della decisione sostanziale del giudice sulle formalità che il diritto civile proponeva, ma era oltremodo ardito mettere in tanto risalto il potere normativo del diritto naturale, quasi a discapito di quello del *ius civile*. E non stupisce che a scaricare in parte Bartolo della responsabilità di una simile dottrina contribuisse una norma canonica, la Clementina *saepe* (136), pilastro della teoria del procedimento sommario (137).

Ancora Bartolo, affaccendandosi intorno al principio che una donazione è revocabile per indegnità o ingratitudine del donatario, consiglierà tuttavia al giudice di non applicare meccanicamente tale regola, se non altro perché deve essere fatto lecito al donante di gratificare anche un indegno: e se la precisazione appare ovvia, il ragionamento addotto a giustificarla è assai più interessante. Se il «...iudex secundum regulas iuris civilis non arbitraretur ei largiendum, sed secundum naturalem aequitatem declaratam per ius divinum, maioris perfectionis

[*quod metus causa*], l. *cum te non solum*, nr. 11), particolarmente interessante è la giustificazione teorica che Baldo assegna alla conclusione del maestro: «...et nota ex hoc dicto Bartoli, quod licet statutum tollat exceptiones habentes in se aequitatem naturalem, tamen solvens potest repetere, non quia tutus exceptione, sed quia tutus naturali aequitate, quod est menti tenendum...» (BALDI *Comm.* in l. *cum te non solum*, cit., nr. 14). Il fatto che il ragionamento vertesse sulla materia statutaria facilita senza dubbio le conclusioni, che restano tuttavia significative soprattutto ricordando come gli statuti fossero ormai entrati a far parte del *ius civile*.

(136) Cfr. c. 2, Clem., V, 11.

(137) Non è inconsueto che Giovanni da Legnano riprenda il pensiero di Bartolo nel suo noto trattato: comunque in un'opera di fattura canonistica l'insegnamento colpisce molto meno. Cfr. IOANNES de LIGNANO, *Super clementina saepe*, § *tertio decimo*, ed. WAHRMUND, *Quellen*, cit., IV, fasc. 6, p. 6. Su tale insegnamento, d'altra parte, Giovanni da Legnano insiste anche nella sua *Lectura* della Clementina *saepe*, e in forma molto chiara: «...Et per hoc solvitur questio qua queritur, si potestati alicuius civitatis datur arbitrium, an propter hoc possit facere iniustitiam, et auferre uni et tribuere alteri. Et dic quod non, quia hoc est contra naturalem equitatem. Sed bene potest committere sollempnia iuris positivi. Sic si detur potestas procedendi de facto, dic quod tunc procedere poterit via regia, ut l. prima, ff. de origine iuris (*Dig.* 1, 2, 1), ut intelligatur exclusa omnis sollempnitas iuris positivi. Non autem habet potestatem ledendi, vel iniustitiam faciendi, quia hoc est contra naturalem equitatem...» (CAGLIARI, *Bibl. universitaria* 2, fo. 147rab).

est retribuere ei qui offendit quam alteri, nam ille, in cuius libera voluntate committitur, potest eligere indignum...» (138): e anche qui risulta evidente l'influsso di quei motivi etico-religiosi così bene delineati dalle concezioni canonistiche in tema di diritto naturale.

In realtà neppure il civilista aveva mai inteso separare le sue *leges* da quest'ultimo sistema, cui le vedeva anzi intimamente collegate; come d'altronde non intese mai separarle nemmeno dal diritto divino. Baldo, definendo uno spunto di Giovanni d'Andrea, non si lascerà forse sfuggire l'affermazione che «...lex civilis est pars legis divinae...» (139)? Tornano alla mente tutti i motivi che sin dall'epoca dei glossatori avevano finito col costituire un presupposto della *forma mentis* del giurista. Non erano le stesse *leges* «divinitus per ora principum promulgatae»? Non era forse la *lex* una *sanctio sancta*? E i giuristi nello studiarla non erano indotti a paragonarsi ai sacerdoti (140)?

21. Erano tutte convinzioni assimilate con tale pienezza che già un Accursio poteva fraintendere l'espressione «iuris religiosissimus», con cui Giustiniano voleva solo designare chi fosse ossequiente al diritto, e glossava con parole

(138) BARTOLI *Tractatus super const. ad reprimendum*, § *videbitur*, nr. 7. E infatti, se la donazione è avvenuta «...per verba significantia liberam voluntatem, tunc potest facere omnia contra regulas iuris civilis, servatis regulis iuris gentium...».

(139) BALDI *Prooemium super feudis*, nrr. 5 e 6. Proprio in un luogo destinato a contenere notizie e principî generali, com'è il caso d'ogni prologo, egli esalta quelle consuetudini che (nr. 5) «...non solum in foro contradictorio causarum observandae sunt, sed etiam in foro conscientiae, nisi essent in periculum animarum...»: e conclude con la giustificazione (nr. 6): «...quia lex civilis est pars legis divinae...».

(140) Un episodio: Guido da Suzzara potrà concludere: «et ex illo textu est notandum quod iniuria facta doctori punitur ac si esset facta sacerdoti...» (GUIDONIS de SUZARIA gl. *sacerdotes* in *Dig.* 1, 1, 1, 1, *de iust. et iure*, l. *iuri operam*, § *cuius*, PARIS, lat. 4489, fo. 3ra). Cfr., per l'illustrazione di questi motivi, CALASSO, *Il Diritto Comune come fatto spirituale*, in *Riv. it. per le sc. giur.*, LXXXV, 1948, ora in *Introduzione al Diritto Comune*, Milano, 1951, soprattutto p. 175 sgg. Approfondimenti molto suggestivi degli aspetti sacrali del fenomeno giuridico còlti, oltre che nel momento dottrinale, anche in quello giudiziale e legislativo, sono stati compiuti ultimamente da E. H. KANTOROWICZ (*Mysteries of State. An Absolutist Concept and its Late Mediaeval Origins*, in *The Harvard Theological Review*, XLVIII, 1955, specie pp. 71-74 e *The King's Two Bodies*, Princeton-New Jersey, 1957, specialmente p. 107 sgg.).

rivelatrici: «nota quem fieri *religiosum per leges, nam ipsae sunt sacrae...*» (141). È d'altronde ben noto come sin dai primordi della scuola, nel mettere a raffronto l'autorità delle leggi e dello Stato e quella dei precetti di Dio e del vangelo, gli stessi civilisti assegnassero talvolta un peso maggiore a questi ultimi (142). E, per dare a convinzioni solo apparentemente generiche il modo di essere applicate nella pratica, si giungerà ad affermare il potere normativo diretto del *ius divinum*, come lo si era fatto per il diritto di natura, e da Accursio al Belviso, e oltre, si continuerà a insegnare che: «... *divinae auctoritates in causis pro legibus allegari possunt...*» (143). Pei canonisti la via da percorrere era più agevole. La convergenza, ricordata da Graziano, del diritto naturale col divino facilitava l'applicazione di entrambi e ne faceva il normale strumento giuridico con cui la Chiesa operava *in spiritualibus* (144); anzi questo diritto divino-naturale si venne ac-

(141) Gl. *religiosissimus* in Const. *imperatoriam maiestatem* [Proem. Inst.].

(142) «Non potest dolo carere qui imperio magistratus non paruit», aveva proclamato Giavoleno, e della sua affermazione i giustinianeî avevano fatto una *regula iuris* (Dig. 50, 17, 199). Bulgaro vi si era soffermato soltanto per configurare qualche esempio; il Piacentino si era fatto invece portavoce d'un'esigenza comune nel precisare: «non dolo caret, inquam, nisi pareat in his que non sunt Deo et evangelio et nature contraria» (ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris*, cit., p. 124). È certo un esempio significativo, perché investe addirittura la definizione dei rapporti tra il suddito e lo Stato: ma il caso delle usure, che i glossatori discussero accademicamente ma di cui riconobbero l'illiceità sancita *iure novo*, o quello del numero di testi richiesti nella compilazione degli atti d'ultima volontà, che alcuni ridussero a due o tre in omaggio a un noto insegnamento evangelico, sono episodi che vanno ugualmente ricordati.

(143) Gl. *eloquiorum* in Auth. *ut iudices sine quoquo suffragio*, § *cogitatio*, Coll. II, tit. 2 (Nov. 8 pr., nr. 1 ca. fi.): «Nota argumentum quod possunt divinae auctoritates in causis allegari tamquam leges...». In IACOPO DA BELVISO (*Super IX Coll. Auth.*, alla stessa legge, § *omnes nobis*, vers. *nota duodecimo*), in ANDREA D'ISERNIA (*Prooemium super usibus feudorum*, nr. 46), poi nei più tardi civilisti, da Baldo a Giason del Maino, la regola ricorre negli identici termini; né può certo stupire di saperla propugnata da tutta la scuola canonistica, da Giovanni d'Andrea al Panormita.

(144) Singolare è un'interpretazione del celebre c. *duo sunt* (c. 10, D. XCVI), che conteneva la distinzione gelasiana tra il regno e il sacerdozio. È, questa, una distinzione che Stefano Tornacense respinge nella sostanza («...sed idem est...»), ammettendo solo una diversità dei mezzi usati dall'uno e dall'altro per espletare un'identica funzione: «...sacerdotium *per ius naturale, id est divinum*, mundum regere et regnum *per mores, id est per ius gentium et civile, idem facere...*» (STEPHANI TORNACENSIS *Summa*, gl. *et moribus*, ed. SCHULTE, cit., p. 8). Ripresa da UGUCCIO (cfr. ULLMANN, *Medieval Papalism*, cit., p. 142, nota 3), la concezione è bene esposta in un *casus* di BENENCASA D'AREZZO (cfr. STICKLER,

costando vieppiù — com'è ben noto (145) — al *ius canonicum*: e qui lo stesso problema della sua attuazione concreta finiva col cadere. «Lex naturalis a lege ecclesiastica usquequaque recipitur. In lege enim naturali nihil praecipitur, nisi divinae voluntati consentaneum, nihil prohibetur, nisi eidem contrarium...». Date queste premesse, era ovvia la conclusione «...quod lex naturae in lege *mutetur* Ecclesiae...» (146): tanto che a taluno non parve assurda l'ipotesi che la legge canonica non fosse *ius humanum* (147)! Si è giunti qui al punto da cui s'è preso l'avvio. Il concorso di sistemi giuridici diversi, ordinati in gerarchia e tutti vòlti a regolare la stessa materia — cioè la vita umana — era una delle prime esigenze del giurista. A tener separato un sistema dall'altro, questi avrebbe creduto di togliere a ciascuno gran parte della sua efficacia, e avrebbe temuto di rompere quell'unità della vita umana che è al contempo religiosa e civile, anzi di infrangere quella *lex aeterna*, che voleva appunto ogni realtà inserita nell'ordine dell'universo.

Sacerdotium e Regnum nei decretisti e primi decretalisti. Considerazioni metodologiche di ricerca e testi, in Salesianum, XV, 1953, p. 602).

(145) L'ULLMANN (*Medieval Papalism*, cit., p. 42), osservando che una larga corrente canonistica ha fatto del diritto canonico una sottospecie del divino-naturale, ha pensato a un'identificazione di sostanza. Ha reagito il KUTTNER (*Problems concerning the History of Canon Law*, in *Speculum*, XXX, 1955, p. 548, trad. it. in *Annali di storia del diritto*, I, 1957, p. 151, nota 30), pel quale la circostanza che il termine *ius divinum* vada talora riferito al diritto canonico non significa certo che si proclami l'identità dell'uno e dell'altro. Non può essere infatti revocato in dubbio che, quando il glossatore canonista parlava di un sistema, egli non evocava l'immagine dell'altro, i due concetti restando sempre diversi. Ma, se non asseriva l'identità di quelle categorie viste s t a t i c a m e n t e, egli rappresentava tuttavia il fenomeno d i n a m i c o d'un loro convergere, che giunge a stabilire un contatto in certi punti. È quindi un processo storico, più che una realtà logica, che può qui cogliersi.

(146) È l'insegnamento dell'antica *Rhetorica ecclesiastica* edita dal WAHRMUND, *Quellen*, cit., I, fasc. 4, p. 18 sg.

(147) ANTONIO da BUDRIO (*Comm. in c. 1, X, II, 7 de iuramento calumniae, c. inhaerentes*, nr. 11) riportando tale ipotesi — che in verità la scuola canonistica aveva generalmente respinta — vorrebbe farla risalire addirittura all'Ostiense, il cui pensiero tuttavia non sembra affatto tanto audace. È comunque sintomatico che un giurista d'epoca avanzata e della fama di Antonio non trovi inutile portare in discussione una teoria che non si confinava — come rivela il tono del discorso — tra le argomentazioni astratte proposte solo a scopi dialettici, destinate cioè unicamente a venir smantellate per meglio chiarire la proposizione avversa.

Il che non significa che il giurista non restasse sempre consapevole della diversità dei piani sui quali ognuno dei sistemi agiva. Diversità di piani che gli si faceva chiara soprattutto quand'egli guardava alla fonte cui ciascun ordinamento doveva ricondursi. Erano *auctoritates* differenti che reggevano il diritto divino, il naturale, il civile (148): *auctoritates* che non escludevano di porsi in polemica, l'una di fronte all'altra, come fatalmente doveva talvolta accadere in séguito al «...concursum multiplicem possibilem — per usare le parole di Antonio da Budrio — multiplicis legis ex diversa auctoritate circa idem dispositum...» (149). E ciò poteva verificarsi con speciale intensità in uno dei momenti più drammatici della vita del diritto: la formazione della norma positiva.

Ma qui si abborda un altro argomento che è preferibile trattare a parte.

(148) «Duplex est iuris utilitas, terna est auctoritas — scrive il Piacentino —, natura, gens, civitas, sicque ius aliud naturale, aliud gentile, aliud civile...» (PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, in pr.): e il canovaccio del discorso, intessuto dei due elementi dell'*auctoritas* e dell'*utilitas iuris*, ricorda da vicino l'impostazione data al problema dei rapporti tra diritto pubblico e privato (cfr. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*², rist., Milano, 1953, p. 278 sgg.), quasi le due questioni palesassero una sostanziale analogia: in realtà, nell'un caso e nell'altro, il glossatore era consapevole di trovarsi al cospetto di partizioni che non infrangevano l'unità fondamentale del diritto.

(149) ANTONII de BUDRIO *Comm. in c. 13, X, IV, 17 qui filii sint legitimi, c. per venerabilem*, nr. 59.

CAPITOLO TERZO

Il problema delle deroghe al diritto divino, naturale e delle genti: l'esame della «iusta causa»

SOMMARIO: 1. La derogabilità del diritto naturale: le basi della problematica canonistica. — 2. L'apporto dell'esperienza dei teologi. — 3. Cenni sull'istituto della *dispensatio*. L'esame dell'*auctoritas* e quello della *causa* posti al centro dell'esposizione dai primi decretalisti. — 4. La derogabilità del diritto divino nel pensiero civilistico: l'ammissione della facoltà di *distinguere* la legge di Dio. — 5. «In ore duorum vel trium stat omne verbum». — 6. Pierre de Belleperche e la consacrazione della *iusta causa* come condizione per la validità dei rescritti contrari al *ius divinum*. — 7. I primi civilisti e la derogabilità del diritto naturale. — 8. Una glossa di Azzone e il riaffiorare del criterio della *iusta causa*. — 9. Successo della soluzione azzoniana nell'insegnamento di Orléans. — 10. Le modifiche al *ius gentium*. — 11. L'espropriazione: polemiche tra i primi glossatori. — 12. Il pronto intervento della *causa* nel problema. — 13. Accursio e Sinibaldo de' Fieschi. Il richiamo canonistico alla regola «sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus». — 14. L'insuccesso degli ultimi tentativi volti a preservare il principio dell'immutabilità del *ius gentium*. — 15. Conclusioni sui rapporti tra *iusta causa* ed esigenze legalitarie nell'espropriazione. — 16. La deroga al *ius civile*: spostamento dei punti di vista dal problema della *causa rescribendi* a quello della *voluntas rescribentis*.

1. Se l'interferenza reciproca dei vari sistemi di diritto, che dal divino e dal naturale vanno fino al *ius gentium* e al *ius civile*, rappresentava il terreno fecondo su cui veniva poggiato tutto il fenomeno giuridico; se tali interferenze complicavano e al contempo ravvivavano l'immagine dei singoli istituti, era ovvio che anche il problema della legge positiva finisse col determinarsi appunto in quello dei suoi rapporti con le varie sfere giuridiche di cui s'è detto. Rapporti che non potevano essere sempre pacifici: ma proprio nell'ipotesi di contrasti con un sistema o con l'altro si coglie il punto cruciale del fenomeno legislativo, un momento patologico che — come sempre nella patologia dei fatti umani — mette a nudo le forze vere che lo reggono e gli effettivi valori che vi agiscono.

Quesiti delicati si sono visti sorgere, in molte circostanze, in séguito al contrasto fra istituti positivi e i principî enunciati dai sistemi superiori: così la norma umana poneva gli interrogativi più assillanti quando contraddiceva quelle sfere giuridiche che erano ricongiunte a una *auctoritas* sostanzialmente divina, la quale si trovava quindi tanto più in alto della stessa *auctoritas* dell'imperatore.

I civilisti vi trovaron filo da torcere. Ma ancor prima di indirizzare all'esame del loro pensiero, il valore di una problematica che coinvolse i presupposti spirituali di tutto un mondo ed eccitò la particolare sensibilità dei canonisti consiglia di ricordare subito, anche se brevemente, la trama del pensiero di questi ultimi.

Il primo motivo di riflessione era offerto dalla massima romana e graziana che proclamava l'immutabilità del *ius naturae*. Se la visione canonistica di questo come manifestazione dell'ordine voluto da Dio nel mondo umano postulava, com'è ovvio, l'accoglimento della regola, si trattò di non fossilizzarla in una rigidità che l'astrasse dalla vita. E i canonisti procedettero per due strade: da una parte ribadendo una relativa flessibilità del sistema, dall'altra precisando il disegno teorico della *dispensatio* (1).

(1) È un fenomeno che di recente l'ULLMANN (*Medieval Papalism. The political Theories of the Medieval Canonists*, London, 1949, p. 50 sgg.) ha sostanzialmente voluto raffigurare in un contrasto tra il principio teorico dell'immutabilità del diritto naturale e quello della pienezza dei poteri del Papa, l'uno rafforzato dalla convergenza del diritto naturale e del divino, l'altro che culmina nei noti confronti con lo stesso potere di Dio: «...papa potest facere quicquid Deus potest...». È indubbiamente, ridotta ai suoi termini elementari, una vivace rappresentazione dei due poli attorno ai quali si è venuta elaborando dai canonisti la *dispensatio* papale. La questione, comunque, ha avuto una notevole risonanza nella storiografia, ma, toccandosi qui soprattutto problemi dell'antica dottrina canonistica, la si può ricordare soltanto di sfuggita. Oltre la vecchia opera del BRANDHÜBER VON ETSCHFELD (*Ueber Dispensation und Dispensationsrecht nach katholischem Kirchenrecht*, Leipzig, 1888), l'opera ben nota dello STIEGLER (*Dispensationswesen in ihren geschichtlichen Entwicklung*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, LXXVIII, 1897, pp. 3 sgg., 225 sgg., 529 sgg., LXXIX, 1898, pp. 91 sgg. e 649 sgg. confluita in *Dispensation, Dispensationswesen und Dispensationsrecht im Kirchenrecht geschichtlich dargestellt*, Mainz, 1901) e quella — però disorganica e superficiale nella breve parte dedicata ai giuristi — del BONUCCI (*La derogabilità del diritto naturale nella Scolastica*, Perugia, 1906), fondamentale appare tuttora il trattato del BRYs (*De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas*, Bruges-Wetteren, 1925). Si vedano anche RÖSSER, *Göttliches und menschliches, unveränderliches und veränderliches Kirchenrecht*, Paderborn, 1934; VAN HOVE, *De privilegiis - de dispensationibus*, in *Commentarium Lovaniense*

Una sollecitazione, non sempre manifesta, degli svolgimenti dottrinali si ebbe forse con la pressione esercitata sul precetto astratto 'adversus naturale ius nulla dispensatio' da un principio morale codificato da Graziano: cioè dalla regola che prevedeva l'obbligo di scegliere il minor male allorché «...duo mala ita urgeant ut alterum eorum necesse sit eligi» (2).

in *Codicem iuris canonici*, I, 5, Mechliniae-Romae, 1939 e recentemente BUISSON, *Potestas und Caritas. Die päpstliche Gewalt im Spätmittelalter*, Köln-Graz, 1958, specie p. 84 sgg. Analoga è l'impostazione dei filosofi e teologi: basti ricordare, tra le molte, le indagini del Gierke, dei Carlyle, del Grabmann e soprattutto, oltre quello del Bonucci, il disegno offerto dallo STOCKUMS, *Die Unveränderlichkeit des natürlichen Sittengesetzes in der scholastischen Ethik*, Freiburg i. Breisgau, 1911; cfr. anche le note del PASSERIN d'ENTRÈVES, *Il concetto del diritto naturale cristiano e la sua storia secondo E. Troeltsch*, in *Atti della Reale Acc. delle Scienze di Torino*, LXI, 1926, p. 672, del MAGGIORE, *Lex naturalis e ius naturale in S. Tommaso d'Aquino*, in *Arch. di filosofia*, III, 1933 e del DE GHELLINCK, *Le mouvement théologique du XII^e siècle²*, Bruges-Bruxelles-Paris, 1948, p. 488. Interessanti si rivelano anche le trattazioni dell'analoga problematica connessa con la figura del *privilegium*: se ne ricorderanno talune a nota 11. Infine, numerosi spunti intorno alla derogabilità del diritto naturale sono stati rilevati, in specie nelle definizioni decretistiche del potere pontificio, dagli studi sullo svolgersi delle teorie conciliari recentemente ravvivatisi (particolarmente interessanti i passi di opere scritte nella seconda metà del XII secolo e all'inizio del XIII editi dal TIERNEY, *Pope and Council. Some New Decretist Texts*, in *Mediaeval Studies*, XIX, 1957, p. 210 sgg. Cfr. anche, dello stesso TIERNEY, le *Foundations of the Conciliar Theory*, Cambridge, 1955, soprattutto p. 89 sgg.); testi d'una certa importanza per costruire uno sfondo alla problematica in esame sono stati inoltre pubblicati nel classico lavoro del Lottin, in quelli numerosi, su argomenti diversi, del Gillmann, dello Stickler e d'altri che verranno citati volta a volta.

(2) È il *dictum* che apre la D. XIII e prende evidentemente lo spunto dal canone seguente, tolto dal cap. II delle disposizioni prese nell'VIII concilio di Toledo. Si sorvoli pure sul problema se si tratti, nel caso configurato da Graziano, di una *dispensatio* nel significato tecnico della parola o non: il KUTTNER (*Kanonistische Schullehre*, Città del Vaticano, 1935, p. 261) ritiene — e a rigor di logica non si può certo dargli torto — che la terminologia non si addica alla circostanza descritta, perché la figura della *dispensatio* dovrebbe comprendere soltanto le concessioni eccezionali e graziose; il BRYS, *De dispensatione*, cit., p. 94, nota 5, aveva già preferito parlare di *excusatio* (cfr. anche COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II, p. 206).

Ma quanto interessa qui in special modo è di notare già in Graziano l'incrinarsi del principio astratto che contro il diritto naturale non si ammetta dispensa, incrinatura non certo importante in sé, ma prezioso appiglio per la successiva scuola.

2. A dire il vero il canonista poteva imboccare tale strada facendosi forte di esperienze che il pensiero della Chiesa aveva già potuto vivere in campi simili. E infatti la tradizione patristica non aveva trascurato di guardare con curiosità a quei passi del vecchio Testamento che mostravano Dio stesso autore di norme contrarie al diritto naturale, com'è il caso di Abramo che si vide imposto di immolare il figlio, delle donne di Israele incitate ad appropriarsi i gioielli delle donne egiziane, di Osea spinto a prendere in moglie una donna di malaffare e un'adultera: mentre l'omicidio, il furto, l'adulterio sono proibiti. La stessa poligamia dei patriarchi contrastava con la concezione cristiana del matrimonio e non poteva quindi venire accolta pacificamente; ma qui una tradizione che faceva capo ad Agostino e ad Ambrogio insegnava che quella poligamia si era resa necessaria per ripopolare il mondo dopo il diluvio, e per diffondere maggiormente il culto vero.

Il risultato cui giunse la scienza teologica ancora prima di Graziano fu sostanzialmente costituito dalla distinzione tra precetti immobili e mobili; talvolta il quadro venne complicandosi con un'ulteriore tripartizione di questi ultimi, fondata sulla maggiore o minore facilità della loro modifica: come appunto insegnava S. Bernardo proprio nel giro d'anni in cui il Decreto usciva (3).

Sulla stessa direttrice si svolsero le indagini canonistiche, che giunsero subito alla celebre partizione delle norme naturali in *praecepta*, *prohibitiones* e *demonstrationes*, categorie di cui le prime due soltanto venivano configurate come inderogabili (4):

(3) Oltre le brevi notazioni di molti (cfr. per es. STOCKUMS, *Die Unveränderlichkeit*, cit., pp. 31 sgg., 87 sgg.; DE GHELLINCK, *Le mouvement*, cit., p. 488, ecc.), specialmente per via del raffronto con le posizioni canonistiche si veda la trattazione del problema in LOTTIN, *Le droit naturel chez Saint Thomas d'Aquin et ses prédécesseurs*², Bruges, s.d. ma 1931, p. 31 sg. La distinzione tra l'*admonitio*, l'*indulgentia*, il *praeceptum* e la *prohibitio*, di cui parla il LE BRAS (*Les Ecritures dans le Décret de Gratien*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, LVIII, *Kan. Abt.*, XXVII, 1938, p. 54 sg.), è d'altra parte anch'essa rispecchiata nella suddivisione preferita dai primi decretisti: né potevano fare a meno d'incidere sulla posizione di questi ultimi i risultati raggiunti dai teologi, data soprattutto la recezione dei noti casi biblici nell'opera graziana (cfr. LE BRAS, *Les Ecritures*, cit., p. 59 sgg. e da ultimo BUISSON, *Potestas und Caritas*, cit., p. 49 sgg.).

(4) Dopo i cenni offerti dalla *Summa* di RUFINO (in c. 6, C. I, q. 7, ed. SINGER, Paderborn, 1902, p. 234), Simone da Bisignano prende lo spunto dalla *vexata quaestio* relativa alla contraddizione tra la proprietà individuale e la comunione dei beni richiesta invece dal diritto naturale: «... ius naturale derogationem vel dispensationem non patitur. Nullum ergo ius contra ipsum potuit habere originem. Nec

pur nelle numerose varianti terminologiche (5), essa raccolse un successo assai largo.

Si tralasci pure di analizzarne il passaggio nel pensiero teologico, perché, se la si vede ripresa addirittura da San Tommaso, è difficile dire fino a che punto agissero sul pensiero di questo i decretisti, che egli seguiva poco, o non piuttosto la tradizione teologica che sul tardi, con Guglielmo di Auxerre, aveva risuscitato la vecchia distinzione di Bernardo (6). Assai più interessante sarebbe notare come uno spunto

ergo illud secundum quod dicitur haec villa mea est, illa tua, hic servus meus, ille tuus... cum haec et huic similia contra iuris naturalis aequitatem esse hic dicat Isidorus. Unde hac ratione quidam moti asserunt quod omne ius praescriptionis iniquitatem continet, et ratione praescriptionis nullus a peccato defenditur, *quod tamen nobis videtur absurdum*. Unde sciendum est quod ius naturale in tribus consistit, scilicet *in mandatis, prohibitionibus et demonstrationibus*. In duobus prioribus dispensari ius naturale non potest, in tertio vero potest. Quod enim omnium communis possessio esset et inconcussa libertas, non *praecipiebat* ius naturale nec prohibebat, sed tantum *demonstrabat* bonum esse in hoc statu homines manere...»: ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. II, p. 107. Sempre dal classico spunto prende le mosse Uguccio, che ha chiaramente innanzi agli occhi il problema della proprietà privata e quello della servitù, quando afferma del diritto naturale: «Hoc ius consistit in tribus, scilicet in praeceptis, prohibitionibus et demonstrationibus: praecipit quod prodest, ut 'diliges dominum Deum tuum'; prohibet quod laedit, ut 'non furaberis'; demonstrat quod convenit et expedit, scilicet ut omnia esse (*sic*) communia et omnium unam esse libertatem, et repetere sua vel non repetere...»: ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. V, p. 110.

(5) Così una glossa di Giovanni da Faenza, riportata dallo SCHULTE (*Die Glossen zum Decret Gratians von ihren Anfängen bis auf die jüngsten Ausgaben*, Wien, 1872, p. 40), preferirà dire che «...ius naturale in tribus consistit, scilicet in *necessariis, impossibilibus et mediis*, id est in mandatis, interdictis et demonstrationibus...», ove alla nuova terminologia proposta fa riscontro tuttavia un esplicito atto di fede nella teoria ormai diffusa. La *Summa Monacensis* preferirà invece aggiungere, ai *praecepta* e alle *prohibitiones*, i *consilia* e le *permissiones*, ripudiando quel concetto di *demonstratio* che pur aveva nel linguaggio tecnico del giurista un significato puntuale (cfr. l'ed. LOTTIN, op. cit., Append. III, p. 107). Sono esempi che confermano, nella superficialità delle varianti d'ordine solo terminologico, l'intrinseca validità e la diffusione della teoria tradizionale.

(6) Colpisce tuttavia di riscontrare, nelle parole di Tommaso, ancor più che una somiglianza con il linguaggio dei teologi precedenti, un'aderenza veramente notevole alle impostazioni e alla stessa terminologia dei glossatori civilisti! Se ne giudichi: «...Respondeo dicendum quod lex naturalis potest intelligi mutari dupliciter. Uno modo per hoc *quod aliquid ei addatur*. Et sic nihil prohibet legem naturalem mutari: multa enim supra legem naturalem superaddita sunt, ad humanam vitam utilia, tam per legem divinam, quam etiam per leges humanas. Alio modo intelligitur mutatio legis naturalis per

sulla teorizzazione delle deroghe al diritto naturale possa essere pervenuto ai canonisti anche da qualche insegnamento dei primi glossatori del diritto civile.

Colpisce che la *Summa Coloniensis* affronti il problema allegando Bulgaro: «... sicut Bulgarus ait: ius naturae in generibus et speciebus suis immobile; [in] individuis non sic...» (7). Gli esempi addotti sono quelli cari a tutta la scuola: il primo riguarda la libertà originaria modificata in un secondo tempo dalla servitù, l'altro la comunione primigenia dei beni cancellata poi dalla proprietà individuale. Che Bulgaro fosse la fonte della *Summa* canonistica è ben possibile, ma Accursio pone l'insegnamento addirittura sulla bocca di Irnerio: «...non detrahitur iuri communi in sua corporis universitate, sed in casibus specialibus bene...» (8).

3. Posta la relatività del *dictum* graziano (9), attinto da Isidoro, che il diritto naturale «...nec variatur tempore, sed immobile permanet...» (10), la dottrina

modum subtractionis, ut scilicet aliquid desinat esse de lege naturali, quod prius fuit secundum legem naturalem...». E nella conclusione dell'articolo, ove riaffiorano i due grandi problemi della proprietà privata e della servitù: «...Et hoc modo communis omnium possessio, et omnium una libertas, dicitur esse de iure naturali: quia scilicet distinctio possessionum et servitus non sunt inductae a natura, sed per hominum rationem ad utilitatem humanae vitae; et sic etiam in hoc lex naturae non est mutata nisi per additionem» (*Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 94, art. 5). Pare di udire l'eco della glossa irneriana riportata da Odofredo! Questa, comunque, doveva aver avuto il suo peso sul linguaggio tenuto da taluni decretisti, che sembrano anch'essi annunciare il successivo discorso di Tommaso: la *Summa Coloniensis*, la cui impostazione maggiormente si accosta a quella del teologo, non nasconde affatto il suo debito verso l'insegnamento civilistico.

(7) Cfr. l'ed. LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., Append. I, p. 106.

(8) Gl. *iuri communi*, ca. fi., in *Dig.* 1, 1, 6, *de iust. et iure*, l. *ius civile*.

(9) È il *dictum* che apre la D. V, al § 1.

(10) Già Stefano Tornacense glossava il principio in modo da rovesciarne, ancor più che limitarne, il significato teorico — «id est ut prius erat naturale desinat esse naturale...» — e giustificava la sua proposizione con argomenti anch'essi rivelatori, sebbene a quei tempi dovessero apparire ormai comuni: «...nam divinum quidem ius in aliquibus secundum diversa tempora variatur...» (STEPHANI TORNACENSIS *Summa*, gl. *nec variatur* al *dictum* cit., ed. SCHULTE, Giessen, 1891, p. 14). Il suo pensiero si definisce meglio nella successiva gl. *comprehensum*, dilatandosi in una problematica singolarmente complessa: nell'antico Testamento vi sono *praecepta moralia* e *praecepta figuralia*, questi ultimi distinguendosi a loro volta nei *sacramentalia* e nei *cerimonialia*. I *moralia* sono «...quae mores informant...» e vanno osservati «sicut litera sonat...» da tutti e in ogni tempo: si tratta dei comandamenti

canonistica vedeva aperta la strada all'analisi delle norme derogatorie e dei loro limiti. E qui il problema si inseriva in quello più generale della *dispensatio* e, quindi, del *privilegium*, giacché i decretisti usavano abbinar le due figure (11). Senza dilungarsi, basterà cogliere i motivi di fondo animatori delle indagini.

fondamentali, come quelli che impongono l'amore per Dio e la reverenza verso padre e madre. I *figuralia*, invece, contengono disposizioni il cui significato intimo è diverso da quello esposto nella *littera*, «...quasi sub figura veritatem continens...»: così i *sacramentalia* che hanno finalità rituali o meglio «... quae sacramenti alicuius causa data sunt...». Sono norme di cui si può comunque giungere a comprendere la *ratio*; dei *cerimonialia*, al contrario, «...ad literam nulla ratio reddi potest...», perché essi hanno un significato traslato, mistico: «...non seres agrum diverso semine, nec arabis in bove et asino, non induis vestem ex lana et lino contextam...». La mutabilità dei *figuralia* — ché solo di questi è concessa la modifica — viene limitata dall'essenza stessa della loro definizione: possono cambiarsi «...secundum litterae superficiem, non secundum intelligentiae veritatem» (cfr. la *Summa*, loc. cit., p. 14 e 15).

Anche se non è la prima volta che tali distinzioni proprie del teologo entrano nei discorsi del giurista — GRAZIANO stesso aveva messi a fronte i *praecepta moralia* e i *mystica* (*dict. post c. 3, D. VI*: cfr. LE BRAS, *Les Ecritures*, cit., p. 57 sgg.; anche LOTTIN, *Le droit naturel*, cit., p. 12; BUISSON, *Potestas und Caritas*, cit., p. 56 e da ultimo GAGNÉR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Stockholm-Uppsala-Göteborg, 1960, p. 185 sgg.); RUFINO aveva inaugurato la contrapposizione dei *moralia*, soli immutabili, e dei *cerimonialia* (*Summa del dict. che apre la D.V.*, ed. SINGER, cit., p. 16) — con la massiccia immissione operata da Stefano la problematica assume una portata assai larga.

(11) È un fenomeno ben noto: cfr. STIEGLER, *Dispensation*, cit., I, pp. 361-69; LINDNER, *Die Lehre vom Privileg nach Gratian und den Glossatoren des Corpus Iuris Canonici*, Regensburg, 1917, p. 23; VAN HOVE, *De la notion du privilège*, in *Nouvelle revue théologique*, XLIX, 1922, pp. 9, 137 sgg.; DEL GIUDICE, *Privilegio, dispensa ed epicheia nel diritto canonico*, in *Annali Univ. Perugia*, VII-VIII, 1923-24, p. 8 sgg. dell'estr.; O' NEILL, *Papal Rescripts of Favor*, Washington, 1930, p. 29, PIANO MORTARI, *Ius singulare e privilegium nel pensiero dei glossatori*, in *Riv. it. per le scienze giur.*, XCII, 1957-58, p. 272, 308 sg., oltre il consueto BRYS, *De dispensatione*, cit., pp. 76, 101 sgg., 168 sgg.

Si può notare, per qualche analogia col pensiero civilistico, che mentre la definizione della *dispensatio* si modula sull'unico tema della *relaxatio rigoris* (tratto dai *dicta post c. 5, C. I, q. 7*; *post c. 1, D. XIV*: cfr. BRYS, p. 74 e p. 97 sgg.), che per ovvie ragioni conduce l'istituto a qualificarsi come manifestazione d'equità (BRYS, p. 83 sgg. «Dispensatio est aequitas contra iuris rigorem introducta», dirà Giovanni da Fintona secondo una notizia data da Guido da Baisio e rilevata dal GILLMANN, *Johannes von Phintona, ein vergessener Kanonist des 13. Jahrhunderts*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CXVI, 1936, p. 478), la definizione del *privilegium* si articola invece intorno a due etimologie: *privata lex*, che si rifà al Decreto (*c. 3, D. III* e *dict. post C. XXV, q. 1, pars II, § 2 in fi.*) ed è la meglio accolta (VAN HOVE, *De privilegiis in Commentarium Lov.*, cit., p. 4 e soprattutto LINDNER, pp. 8-17; verrà adottata addirittura nel tit. *de verb. signif.* del *Liber Extra*: *c. 25, X, V, 40*), e *privatio a lege*, ossia *a iure communi* (già nel Pocapaglia: cfr. VAN HOVE e LINDNER, loc. ult. cit.). La prima etimologia

Queste appaiono avvantaggiate, nei confronti delle analoghe tematiche civilistiche, da una tradizione normativa che offrì subito gli strumenti per le soluzioni più mature.

La dialettica tra *dispensatio* e *ius commune* nasceva sul terreno dell'equità (12); basti pensare che un *dictum* graziano lo trasponeva in quel binomio *exceptio-regula* sul cui significato storico ci si è già intesi (13). Radicati proprio a tale terreno, numerosi spunti del Decreto indicavano come talune circostanze concrete garantissero alla dispensa un potenziale equitativo idoneo a legittimar la deroga del diritto comune (14). Diveniva facile dedurne — e lo si fece sin dai primi tempi della

metteva a fuoco, nella qualità del destinatario, l'elemento soggettivo dell'istituto, l'altra, nei rapporti col *ius commune*, la sua particolarità obiettiva più appariscente.

Forse anche per la recezione di temi civilistici, numerosi motivi eccitano col passar del tempo indagini sempre più approfondite: la configurazione di privilegi anche *secundum ius* e le relazioni con la figura del *beneficium* (LINDNER, p. 19 sgg., VAN HOVE, *De la notion du privilège*, cit., p. 9), l'estensione della problematica ai rescritti, la distinzione tra quelli racchiusi nel *Corpus Iuris* e quelli estravaganti, l'esame della regolare formazione della *voluntas legislatoris*, la constatazione della sua *certa scientia* relativa alla situazione di fatto e a quella di diritto, i dibattiti intorno all'ipotesi di *preces* menzognere del postulante o intorno all'esigenza d'una clausola derogatoria speciale o generale. Se ne farà qualche cenno in altra sede.

(12) Ove cadeva automaticamente il pericolo ch'essa rappresentasse una forza disgregatrice dell'ordine giuridico: un ignoto decretista, sullo scorcio del secolo XII, dimostra addirittura «...quare dispensatio non sit contraria iuri communi, quia nihilominus iura communia in sua permanent auctoritate, licet eis aliquid casualiter derogetur...» (Cfr. GILLMANN, *Die Dekretglossen des Cod. Stuttgart. hist. f. 419*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CVII, 1927, p. 230)!

(13) *Dict.* post c. 12, D. LVI. Al significato del binomio nel pensiero civilistico si è accennato al § 6 del cap. precedente.

(14) Singolare è la consapevolezza di tale funzione della causa rivelata da certi squarci del pensiero filosofico: soprattutto un passo di Tommaso illustra con straordinario acume atteggiamenti teorici sui quali si insisterà, e che rappresentano la radice della configurazione civilistica della *causa legis*. Questa, dunque, risolve per Tommaso il proprio compito in un apporto etico sufficiente a sostituire la massa equitativa compresa nella norma derogata: «...Unde, quando mutatur lex, diminuitur vis constrictiva legis, in quantum tollitur consuetudo. Et ideo nunquam debet mutari lex humana, nisi ex aliqua parte tantum recompensetur communi saluti, quantum ex ista parte derogatur. Quod quidem contingit vel ex hoc quod aliqua maxima et evidentissima utilitas ex novo statuto provenit, vel ex eo quod est maxima necessitas, ex eo quod lex consueta aut manifestam iniquitatem continet, aut eius observatio est plurimum

scuola — che la sussistenza d'una *iusta causa* fosse requisito necessario e sufficiente per la validità delle *dispensationes* (15): ci si richiamò volta a volta all'urgenza di una *necessitas* o, più vagamente, di un'*utilitas*; si ricorse alla *pietas* del concedente o, in singoli casi, a giustificazioni ancora più particolari (16).

Ma lo stesso moltiplicarsi, col passar degli anni, delle cause ammesse a giustificare la dispensa rivela il progressivo aumento del potere attribuito alla *voluntas dispensatoris*, ossia al polo dialetticamente opposto a quello della causa. Se in altra fase dell'indagine ci si soffermerà più a lungo su di esso, qui è conveniente ricordare che il traguardo del crescente interesse per gli atteggiamenti subiettivi del fenomeno sarà costituito dalla regola che la *nuda voluntas* del papa — e soltanto del papa — anche in mancanza di una causa possa derogare a norme di diritto positivo: è questo il sistema ricondotto all'*auctoritas* del legislatore umano, che può quindi modificarlo a piacimento. Non è dubbio che il consolidarsi del potere pontificio, rispecchiato sul piano teorico dall'esaltazione della *plenitudo potestatis* papale, abbia qui una parte di rilievo: già Uguccio dimostra d'esserne cosciente (17).

nociva. Unde dicitur a iurisperito quod in rebus novis constituendis evidens debet esse utilitas, ut recedatur ab eo iure quod diu aequum visum est (*Dig.* 1, 4, 2)» (*Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 97, art. 2 resp.).

(15) Così già ROLANDO, *Summa* in C. XXV, q. 2 in fi., ed. THANER, Innsbruck, 1874, p. 108 sg. RUFINO (commentando il *dictum* che introduce il c. 6, C. I, q. 7, ed. SINGER, cit., p. 234) inserisce addirittura l'esigenza della causa a integrar la definizione stessa — che diverrà corrente — della *dispensatio*: «...Est itaque dispensatio, *iusta causa faciente*, ab eo cuius interest canonici rigoris casualis facta derogatio...».

(16) Sicardo enumera ben 16 cause idonee alla concessione e 7 al rifiuto della *dispensatio*, rigoristi come Uguccio e Giovanni di Faenza esigono una «magna causa, scilicet necessitatis et utilitatis communis», Alano nega che basti una *causa probabilis* mentre il Teutonico l'ammette: cfr. la descrizione di tutti questi movimenti di pensiero in BRYS, *De dispensatione*, cit., in specie pp. 83-96 e 116 sgg. Il BUISSON, *Potestas und Caritas*, cit., p. 54 sg., ricorda inoltre come, al di là dalle particolari contingenze di *necessitas* o di *utilitas*, la causa prima della dispensa risiede nella *caritas*, ossia in atteggiamenti di benevolenza o di misericordia.

(17) «In summa hoc est tenendum quod dominus Papa, qui habet plenam potestatem condendi, abrogandi, interpretandi canones, etsi quandoque dispensare non deberet, si tamen vult et dispensat, tenet...» (cfr. BRYS, *De dispensatione*, cit., p. 119 sg. e nota 3). E ancora: «...In omnibus dispensabilibus

Che poi il fenomeno fosse mitigato dalla riduzione, almeno iniziale, del concetto di *dispensatio* a quello più pacifico di *interpretatio* (18) è certo: se però il collegamento di quelle due figure a un'attività meramente giudiziale sembra conseguenza da desumersi (19), in realtà occorre una speciale cautela per non farsi fuorviare dalle parole. Non solo, infatti, nel quadro dei poteri del pontefice, come del monarca laico, la separazione tra le attività legislative e giurisdizionali è, in certi casi limite, difficilmente definibile, ma è inoltre facile vedere come la stessa *interpretatio* acquistasse di frequente un inconsueto significato normativo (20).

plenam potestatem habet apostolicus romanus interpretandi et dispensandi prout sapientissimo consilio suo decrevit...» (Brys, p. 139, nota 2); «sed nonne Papa potest dispensare cum bigamo usque ad diaconatum. Potest quidem... Dispensatio usque ad subdiaconatum vel presbiteratum aperte videtur esse contra regulam apostoli... dispensat tamen, et potest dispensare ultra, saltem de facto. Et ne videamus diminuire potentiam Pape, dicamus quod et de iure potest» (Brys, p. 133 sg.). Quanto alla descrizione della problematica cfr. l'ULLMANN, cit. *supra*, a nota 1. La capacità di dispensare *sine causa* non implicava però l'approvazione di un simile atto sul piano morale: i decretalisti gli ricongiungono in molti casi la sanzione del peccato (da ultimo BUISSON, *Potestas und Caritas*, cit., p. 86 sgg.).

La valutazione dell'aspetto subiettivo, e la conseguente emersione dell'elemento dell'*auctoritas*, conduceva poi a sottili dibattiti sulla diversa configurazione della *dispensatio* papale e di quella vescovile. Tralasciando la nota graduazione dei poteri — il papa è investito della *plenitudo potestatis*, i vescovi sono «vocati in partem sollicitudinis» — interessa qui rilevare come il compenso alla minor efficacia della *voluntas* subiettiva fosse cercato in un maggiore apporto della *causa* obiettiva; sicché la minore autorità dei vescovi esigeva, nel pensiero prevalente, che la loro dispensa fosse sempre munita di una causa qualificata (BUISSON, p. 92).

(18) Cfr. per tutti BRYs, *De dispensatione*, cit., p. 103.

(19) Già MCLWAIN, *Il pensiero politico occidentale dai Greci al tardo Medioevo*, trad. it. FERRARA, Venezia, 1959, p. 274.

(20) D'altronde, nella scuola decretistica, alla corrente che afferma la natura giurisdizionale della *dispensatio* e fa capo a Rufino, si oppongono esplicite asserzioni del suo collegamento con l'attività legislativa: oltre ai passi della *Summa Coloniensis* e di Pietro Blesense ricordati dal BRYs (*De dispensatione*, cit., p. 103), appare chiara una glossa di Sicardo edita dal LINDNER (*Die Lehre vom Privileg*, cit., p. 48: «...hi suis legibus derogare possunt, si sunt conditores legum...»), confermata poi da numerose testimonianze della prima decretalistica (cfr. per es. BERNARDO da PAVIA, *Summa*, V, 2, § 6, ed. LASPEYRES, Regensburg, 1860, p. 205: «...solus autem ille dispensare potest, qui et constituere potest...»). Cenni al problema anche in BRYs, p. 143.

Per tornare all'oggetto principale di quest'indagine, è ovvio che la dispensa da norme divino-naturali richiedesse dalla scienza l'attenzione maggiore (21). Se al tempo dei decretalisti la scuola aveva finito col ritenere concordemente che l'unico confine invalicabile fosse la *laesio fidei*, è interessante notare come, di fronte alle giustificazioni formali — suggestiva quella su cui si fonda la deroga all'autorità apostolica: «*Petrus [o Papa] est maior Paulo in administratione*» (22) —, il ricorso alla valutazione intrinseca della singola *dispensatio* acquistasse tuttavia un peso specifico sempre più considerevole: il che significava intensificare l'apporto della causa (23).

Innocenzo IV non solo ne accentuerà decisamente l'efficacia, ma, adottando un linguaggio molto vicino a quello dei legisti, rappresenterà la saldatura delle problematiche che — governate da analoghe esigenze teoriche — si agitavano e nella scuola del *ius canonicum* e in quella del *ius civile* (24).

(21) In questo tema fu anche attirata la questione della *dispensatio* che turbasse il *generale statum ecclesiae*; forse sulla scorta d'una norma di Leone Magno (c. 3, C. XXV, q. 1), correnti rigoristiche l'avevano condannata: ancora Giovanni Teutonico, sotto l'influsso dell'insegnamento di Uguccio (Brys, *De dispensatione*, cit., p. 133), doveva essersi mostrato riluttante ad ammetterla, se Bartolomeo da Brescia gli rinfaccia l'arretratezza di tale posizione: «...quicquid dicat Ioannes, quandoque dispensat Papa contra generalem statum ecclesiae, sicut fecit in Lateranensi concilio generali Innocentius...» (gl. *apostoli* in c. 6, C. XXV, q. 1). In effetti, proprio le norme del IV concilio lateranense, apparse dopo la stesura dell'apparato di Giovanni e prima delle aggiunte di Bartolomeo, avevano ampliato i poteri del pontefice in fatto di dispensa: sicché la glossa ricordata richiama un momento critico nella storia della Chiesa, segnato dal consolidamento dell'autorità papale e da riforme strutturali che non potevano fare a meno di acuire la problematica teorica: dopo le notazioni del Brys, soprattutto p. 196, cfr. da ultimi il Tierney, *Pope and Council*, cit., p. 200 sgg. (ove si completa il disegno già offerto nelle *Foundations of the Conciliar Theory*, cit., p. 50 sgg.) e Buisson, *Potestas und Caritas*, cit., specialmente p. 77 sg. Quanto poi al significato da assegnare al concetto di *status ecclesiae*, si vedano le precisazioni recentissime del Post, *Ratio publicae utilitatis, ratio status und «Staatsräson» (1100-1300)*, in *Die Welt als Geschichte*, XXI, 1961, p. 24 sgg.

(22) Goffredi Tranensis *Summa*, I, *de recriptis*, nr. 10. La formulazione era d'altronde corrente presso i decretalisti del tempo: cfr. Tierney, *Foundations*, cit., pp. 33 sgg., 89.

(23) Si diffonderà il detto che, in difetto d'una causa, la *dispensatio* si tramuta in *dissipatio*: la consueta cristallizzazione di un principio in una formula dalla singolare assonanza sarà al contempo sintomo e garanzia del suo successo.

(24) Innocentii IV *Comm.* in c. 7, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *quae in ecclesiarum*. Nello svolgersi del discorso d'Innocenzo si palesano ormai lontane le discussioni dei decretisti sull'essenza del diritto

4. Il peso dei motivi religiosi dava una vivacità particolare alla partecipazione canonistica al problema dei rapporti tra la legge positiva e i sistemi divino e naturale; ma gli stessi civilisti furono ben lungi dal disinteressarsene.

naturale, poggiate tutte su motivi astrusi d'ordine più filosofico-teologico che altro: i ragionamenti di Sinibaldo non lasciano invece posto a *excursus* extragiuridici e il peso degli insegnamenti civilistici resta evidente. Tutt'al più, può apparire semplicistica la sua implicita identificazione del *ius gentium* e del *naturale*. Presso i legisti, pur discutendosene per tanti versi i numerosi punti di contatto, si era in definitiva sempre tentato di salvare l'autonomia reciproca delle due figure; sicché l'esempio di rescritto *contra ius naturale* proposto da Innocenzo — quello di disposizione che togliesse la proprietà privata — sarebbe apparso inadeguato, perché l'espropriazione era considerata il caso tipico di deroga al *ius gentium*.

Pur date tali premesse che spostano leggermente l'oggetto delle affermazioni di Sinibaldo, queste conservano tuttavia la loro forza: il principio che il diritto civile non possa abrogare *in toto* il diritto di natura mantiene formalmente il proprio vigore, né viene intaccato dall'ormai vetusta teoria ch'esso possa comunque «...distinguere, detrahere, addere et adiuvere...» (nr. 4). Ma questi vecchi punti di vista già con la casistica dell'OSTIENSE (*Summa*, I, *de rescriptis*, nr. 11) — imperniata sulla distinzione del rescritto contrario al *ius divinum* in *destructivum, modificativum, provisivum, declarativum* — avevano mostrato nella stessa minuzia delle suddivisioni lo spegnersi d'ogni loro attualità: la strada che doveva aprire nuovi orizzonti si snodava in direzioni differenti: «...et dico non valere legem, vel rescriptum in praeiudicium naturalis iuris, nisi iusta causa interveniat...» (INNOCENTII loc. cit., nr. 3. Per quanto riguarda specificamente la deroga al diritto divino, si legge altrove ch'essa è accordata «...contra verba Evangelii, licet non contra mentem...»: l'impostazione è molto suggestiva e si collega facilmente con l'altra, tanto più che in quegli anni — come si vedrà più oltre — si stava preparando l'incontro tra i concetti di *causa* e di *mens*. Cfr. INNOCENTII gl. *durum* in c. 11, X, I, 9, *de renunciatione, c. post translationem*, nr. 6).

Come il ricorso all'esame della causa, nei rescritti contrari ai sistemi superiori, implicasse una vera e propria svolta nel modo di vedere l'intero fenomeno legislativo è cosa ovvia: una tale indagine investiva le radici più lontane della norma, ossia l'atto della sua creazione, e postulava la ricerca degli intendimenti del legislatore, inquadrati nelle circostanze che ne avevano eccitata l'espressione. Sicché alle elucubrazioni astratte si sostituivano indagini concrete, e la norma veniva a essere non solo ricollegata al pensiero del suo artefice, ma altresì ambientata nella vita del suo tempo: e il suo rapporto col diritto divino e naturale si trasformava, condizionato com'era da questi angoli visuali nuovi.

A distanza di qualche decennio Guglielmo Durante riprendeva in fondo la stessa impostazione. A questa egli alludeva infatti asserendo che il Papa «...in omnibus, *ratione duce*, dispensare potest...» (GULIELMI DURANTIS *Speculum*, I, part. 1, *de dispensationibus*, § *nunc*, nr. 1 in pr.): e si dilungava poi in un elenco di esempi ch'è assai più ricco — interessa notarlo — di quello fornito da BERNARDO di PARMA (gl. *supra ius dispensare* in c. 4, X, III, 8 *de concessione praebendae, c. proposuit*). Si può ancora osservare come lo *Speculator*, insegnando «...quod nisi papa ex iusta causa dispenset peccat, nec

Qui certo la questione si prospettava in termini un po' diversi. Anzitutto il diritto divino e il naturale restavano meglio differenziati; in secondo luogo è lecito ritenere che gli studiosi delle *leges* trovassero minori ostacoli nel configurare la possibilità di una deroga a quei sistemi.

La si venne ammettendo, tuttavia, solo col tempo: i primi glossatori sembrano piuttosto inclini a riaffermare il principio che il diritto divino non va intaccato dalle leggi umane. «...Nam quod divini iuris est humana censura non tollitur...», dirà una glossa molto antica con espressione elegante, e proprio in ossequio a tale regola si sentirà costretta a guardare una norma di Arcadio e Onorio alla luce di una interpretazione restrittiva, che assai probabilmente non avrebbe incontrato il gusto dei legislatori (25).

Il principio, formalmente, non verrà mai rinnegato; lo si fonderà soprattutto sulla massima che una norma di un inferiore non può infirmare quella di un superiore; massima che riporta sul tappeto quell'indagine formale dell'*auctoritas* da cui provengono le leggi, della quale già si sono viste talune applicazioni. «...Si rescriptum, vel privilegium contra ius Dei, apostolorum, evangelistarum, prophetarum indulgeatur, omnino respuitur: quia superioris leges tollere non

dispensatio prodest...» (loc. ult. cit., nr. 2), accennasse, sì, a un problema di invalidità della norma, ma continuasse peraltro a congiungere la necessità della causa, nella *dispensatio*, al foro della coscienza, come rivela il ricorso alla sanzione del peccato: del pensiero d'Innocenzo, invece, l'aspetto che più colpì i successori fu la condanna delle norme emanate *contra ius naturale* e *sine causa* non solo *in foro animae*, ma altresì *in foro iudiciali* (cfr. PETRI ANCHARANI *Comm.* in c. 8, X, III, 49 *de immunitate ecclesiarum*, c. *quia plerique*, nr. 15).

(25) [IACOBI?] gl. *non patitur* in *Cod.* 1, 3, 12, ed. PESCATORE, *Die Glossen des Irenius*, Greifswald, 1888, p. 92. La nota norma di Arcadio e Onorio, al fine di impedire evasioni fiscali, disponeva che i decurioni, i quali avessero abbracciato lo *status* religioso per fruire dei privilegi concessi ai chierici, fossero riportati alla primitiva condizione sociale «...velut manu mox iniecta...». E la glossa: «non ut clerici esse desinant, sed nihil eis clericatus prosit. Quid enim princeps revocare possit nisi quod et permittere? Nam quod divini iuris est humana censura non tollitur». Per quanto riguarda la problematica medievale sulle norme *contra ius*, cui si dedicheranno le pagine seguenti, si rinvia sin d'ora, e una volta per tutte, al NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, rist., Milano, 1952, p. 153 sgg.

potest...», ripeterà ancora Azzone (26). Ma ormai, al suo tempo, la forma dell'enunciazione, che sembra non ammettere repliche, non è più che un'apparenza,

(26) Fino a questo punto la fonte di Azzone è certo quella *Summa de rescriptis* del BASSIANO, le cui recensioni napoletana e vaticana sono divergenti. Più succinta è la prima (NAPOLI, *Branc.* IV. D. 4, fo. 21ra della nuova numeraz.): «In nomine Patris et Filii et Spiritus [Sancti], amen. Dico quod omnia rescripta que sunt iuri evangelico vel alias divino contraria omnino erunt invalida. Nec enim imperator, qui minor est, potest immutare quod maior iudex, idest dominus Iesus Christus, iussit, sive prohibuit, quia par in parem, multo magis in superiorem, nullum habet imperium, ut ff. ad trebellianum, ille a quo, § tempestivum (*Dig.* 36, 1, 13, 4)...». Più prolisso il ms. VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 82va: «Ita sententio et observo nullum rescriptum quod est iuri evangelico contrarium, quod dicimus naturale et divinum, ut si tibi concedat quemvis occidere, nullius erit momenti. Et est ratio quia minor magistratus ea que maior statuit non valet rescindere, ut ff. de minoribus, minor autem (*Dig.* 4, 4, 18 pr.). Item quia non facit ut imperator, ff. ad trebellianum, ille a quo (*Dig.* 36, 1, 13) et quia hoc non pertinet ad eius officium, ut ff. de regulis iuris, l. factum (*Dig.* 50, 17, 170) et quia est impossibile, ff. de conditionibus institutionum, l. si filius (*Dig.* 28, 7, 15) et ff. que sententie sine appellatione, l. ult. (*Dig.* 49, 8, 3) ut (=et) ff. de regulis iuris, ubi repugnam is quorum (sic, ma *Dig.* 50, 17, 188)...».

L'insegnamento è rispecchiato fedelmente nella glossa azzoniana *personales* in *Dig.* 1, 4, 1, 2, *de const. principum*, l. *quod principi*, § *plane*, qual'è riportata nel ms. VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 7rb: «Ex hoc datur occasio tractandi de rescriptis, de quibus ita breviter tradi (=trado?): si legi domini, vel apostolice, vel prophete sit contrarium nullum est omnino... az.». Nessuna traccia dell'ipotesi di una deroga, come nessuna traccia se ne ha nella formulazione del Bassiano, di cui talune citazioni posteriori sembrano confermare la rigidità («...dominus Io. b. dicit rescripta divino iuri contraria omnino non sunt admittenda...», testimonia la *Lectura* parigina — di Carlo di Tocco? — in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, PARIS, *lat.* 4546, fo. 14rb). Il passaggio all'esposizione azzoniana più completa — quella riprodotta nella *Summa* e nella *Lectura* — è rappresentato da un'aggiunta del VATICANO, *Vat. lat.* 2512, fo. 7ra, dopo la parola «prophete»: «nam Dei [leges] tollere non potest, licet possit *modificare*...». In un manoscritto parigino (PARIS, *lat.* 4461 fo. 5vb) la glossa sembra recare la sigla — ch'è però molto sbiadita — di UGOLINO. A parte la frequenza con cui la sigla di questo si scambia con quella di Azzone, nulla vieta di ritenere che l'insegnamento di entrambi presentasse qui un'identità testuale: infatti la stessa sostituzione del termine *distinguere* con il più generico *modificare* — d'altronde non insolita — è adottata da UGOLINO nella sua *distinctio* al tit. *si contra ius vel ut. publ.*, l. ult., che offre un'esposizione analoga a quella azzoniana nella forma più completa: «Cum impetratur a principe rescriptum, aut est contra ius divinum, aut contra ius humanum et commune. Siquidem contra ius divinum nullum est, cum enim par in parem imperium non habet, ut ff. ad trebellianum, ille a quo, § tempestivum (*Dig.* 36, 1, 13, 4), multo minus minor in maiorem, ut ff. de minoribus, minor, in principio (*Dig.* 4, 4, 18 pr.).

perché nella regola generale si sono già formate grosse crepe: «licet autem non tollat, *distinguere* tamen potest pro qualitate personarum, et publica utilitate. Nam et apostolus ait: omnis anima subdita sit regi tanquam praecellenti, et ducibus tanquam a Deo missis...» (27). La prima e la seconda parte del frammento di Azzone non erano affatto in contrasto: il compromesso tra l'una e l'altra veniva attuato da quel concetto del *distinguere* che lasciava in pratica larghe possibilità al diritto umano di intaccare il divino, pur mantenendo teoricamente intatto il principio dell'immutabilità sostanziale di quest'ultimo. E in tale compromesso la coscienza del giurista medievale si acquetava.

Ad esso, in realtà, si faceva ricorso ormai da tempo, né ulteriori successi gli vennero a mancare: Odofredo che, a proposito dei rapporti tra diritto divino, *gentium* e civile, dirà pomposamente di trattar la questione «...plenius... quam eam hic scripsit dominus Azo...», non farà in fondo che seguirne pedissequamente il ragionamento, utilizzando identici motivi: che egli diluirà però, come al solito, in colonne e colonne di *lectura* (28). E d'altronde già pochi anni prima l'insegnamento era passato nella glossa ordinaria (29).

5. L'esempio classico addotto regolarmente a chiarire i termini del problema era quello che riguardava l'esigenza di sette testimoni richiesti per la compilazione

Modificare autem potest imperator ius divinum, ut fecit illud divinum 'in ore duorum vel trium etc.' circa testamenta et codicillos: et bene, nam et in divina pagina habes 'estote subditi omnes principi tanquam praecellenti et ducibus ab eo missis'...» (VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 128ra e *Pal. lat.* 656, fo. 187vb).

(27) AZONIS *Summa Codicis*, I, *si contra ius vel utilitatem publicam*, nr. 1. L'esigenza di giustificare l'affermazione ricorrendo alla Scrittura da una parte è dettata dalla materia stessa che coinvolge il diritto divino, dall'altra è indice che quest'ultimo rientrava nel patrimonio del giurista, costituendo uno dei rami del complesso sistema ch'era oggetto del suo studio. L'identico insegnamento, e con le stesse parole, verrà poi inserito da AZZONE nella sua *Lectura Codicis* (gl. *quae generali* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes cuiuscunque*, nr. 27).

(28) ODOFREDI *Comm.* in *Dig.* 1, 4, 1, *de constitutionibus principum*, l. *quod principi placuit*, nr. 4 post pr. e ca. me.

(29) Cfr. gl. *non egreditur* in *Dig.* 1, 4, 1, cit. Anche gl. *generali iuri* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel ut. publ.*, l. *omnes*.

scritta e solenne degli atti di ultima volontà (30). Sulla base di un insegnamento evangelico poteva trarsi invece la regola che «in ore duorum vel trium stat omne verbum» (31).

È incredibile come quest'ultima massima — apparentemente così vaga — avesse risonanza nel mondo del diritto: anteposta alla disciplina del diritto comune da qualche corrente civilistica più antica (32), collegata in séguito addirittura a passi dei *Digesta* e del *Codex* (33), continuò a suscitare dibattiti appassionati non solamente in sede di teoria pura, ma anche in giudizi su controversie connesse con la vita di ogni giorno.

(30) Cfr. *Cod.* 6, 23, 21 pr. (Teodosio) e — a proposito di un caso particolare — *Cod.* 6, 22, 8 pr. (Giustino).

(31) La massima deriva evidentemente dal Vangelo di MATTEO (18, 16; cfr. anche 18, 20), ma è possibile che vi si contenesse il ricordo di due passi del Deuteronomio (17, 6 e 19, 15): richiamata in una lettera che Innocenzo III indirizzò ai consoli e al popolo di Benevento (POTTHAST, 271), trovò la propria codificazione quando l'epistola innocenziana venne introdotta nel *Liber Extra* (c. 28, X, II, 20). Ma se quest'ultima fonte poté venir utilizzata solo dai decretalisti — e a dir il vero con parsimonia anche da questi — la regola non vide mai spezzati, comunque, i propri legami col Vangelo, e continuò ad apparire quale manifestazione normativa del diritto divino in senso stretto.

(32) Una glossa monacense edita dal Torelli riporta, con la sigla di Iacopo, l'audace tesi che «hodie et cum tribus testari potest, dummodo sint bone opinionis, propter Evangelium: in (h)ore trium testium sta[t] omne verbum». Il Torelli stesso nota come il § 37 delle *Dissensiones* edite dallo SCIALOJA (in *Studi e documenti di storia e diritto*, IX, 1888, p. 270, ora in *Studi giuridici*, II, Roma, 1934, p. 347 sg.) confermi l'attribuzione a IACOPO (TORELLI, *Glosse preaccursiane alle Istituzioni. Nota terza: Iacobo ed Ugo*, in *Rendiconti dell'Acc. delle scienze dell'Ist. di Bologna*, cl. sc. morali, ser. IV, vol. VIII, 1944-45, ora in *Scritti di storia del dir. italiano*, Milano, 1959, p. 173). Il § 275 delle *Dissensiones* di UGOLINO (ed. HAENEL, Lipsiae, 1834, p. 445 sg.) riconduce invece l'opinione a Bulgaro, ed è possibile che tale notizia sia anch'essa veritiera, dato che altre testimonianze la corroborano: come una glossa di RICCARDO ANGLICO (in *ore duorum* in c. 10, Comp. I, III, 22) edita dal GILLMANN (*Richardus Anglicus als Glossator der Compilatio I.*, in *Archiv für katholisches Kirchenrecht*, CVII, 1927, p. 642, nota 1: «Per hoc verbum dixit Bulgarus nusquam maiorem numerum ex necessitate exigendum, et leges contrarias per Evangelium esse abrogatas: et pium est nos hoc idem fateri...»). La tesi, comunque, non ebbe molto séguito: proprio la deroga alla massima evangelica in questione viene ricordata da Azzone e da Ugolino come tipico esempio della capacità di *distinguere legem Dei* riconosciuta all'Imperatore (cfr. le note 26 e 27).

(33) GUIDONIS de SUZARIA *Notabilia*, VATICANO, *Barb. lat.* 1398, fo. 498v: «In ore duorum vel trium stat omne verbum, ff. de testibus, l. ubi numerus (*Dig.* 22, 5, 12), C. de naufragiis, l. quotiens, libro XI (*Cod.* 11, 6 [5], 3 pr.)...». Poco interessa che siano aggiunte quattro fonti canonistiche.

In aggiunta agli statuti bolognesi del 1250, un paio di codici inseriscono talune norme successive; una di queste dispone che, siccome spesso le donne con malizia affermano di essere state *desponsatae* da uomini ricchi e nobili, e non è vero, tale *desponsatio* vada provata mediante sette testimoni (34). È uno statuto che porta la data del 1261, e doveva quindi essere materia freschissima all'epoca di Alberto da Gandino: questi riporta un singolare episodio che le prime reazioni contro quel provvedimento avevano occasionato.

Lo statuto urtava contro il solito testo evangelico che a quell'epoca era già stato inserito nel *Liber Extra* (35). Avvenne che un cittadino, richiamando la moglie alla casa coniugale, si rivolgesse al vicario del vescovo, provando l'avvenuto matrimonio con due soli testimoni. La donna, per converso, si affrettò ad adire il podestà, chiedendo la punizione del marito che aveva derogato allo statuto ove si richiedevano i testimoni in numero di sette. A parte la questione di competenza — se il matrimonio come *causa spiritualis* facesse capo alla giurisdizione del vicario del vescovo o non piuttosto, come *causa civilis*, a quella del podestà — è chiaro che il nocciolo della controversia era rappresentato dalla validità della norma tanto palesemente contraria al diritto divino. La questione divenne così viva e vi si inserirono tanti motivi politici e religiosi che essa andò molto ampliandosi, e ingenerò un contrasto tra il comune di Bologna e il suo vescovo. Si richiese allora l'intervento di dottori: la loro sentenza fece leva sui motivi tradizionali e ammise «...statutum bene valere, cum statuta bene possint *distinguere* legem Dei et evangeliorum...» (36).

(34) Cfr. gli *Statuti di Bologna dall'anno 1245 all'anno 1267*, a cura di L. FRATI (nei *Mon. storici pertinenti alle prov. di Romagna*), I, Bologna, 1869, p. 265, rubr. XI b.

(35) Appunto nel c. 28, X, II, 20.

(36) ALBERTI GANDINI *Quaestiones statutorum*, rubr. 39, ed. SOLMI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, III, p. 174. Nella descrizione di Alberto il vicario del vescovo prende le parti del marito e invita il podestà a scarcerarlo, non soltanto facendogli notare che la causa matrimoniale andava devoluta alla giurisdizione ecclesiastica, ma battendo soprattutto sul motivo dell'invalidità dello statuto, contrario alla libertà della Chiesa e alla *lex Dei*. La conclusione sopraggiunge presto a respingere gli argomenti del prelado: «...sed doctores Bononienses pronuntiaverunt in ista quaestione, cum esset quaestio inter commune Bononiae et episcopum, statutum bene valere, cum statuta bene possint distinguere legem Dei et evangeliorum...». Sicché, se nei contratti viene rispettata la norma divina e due testimoni bastano (cfr. *Dig.* 22, 5, 12 - Ulpiano), nei testamenti se ne può richiedere un numero maggiore (cinque, dice Alberto, pur richiamando *Cod.* 6, 23, 21 ove, almeno in via normale, se ne richiedono sette).

Tolta ormai dal più limitato campo dei rescritti ed estesa anche alla delicata materia statutaria, la vecchia impostazione non poteva apparire consacrata in modo più evidente.

6. I risultati raggiunti dai glossatori vengono trasmessi pari pari alla scuola dei commentatori. E se questi talvolta, orgogliosi delle più sottili analisi, si lasceranno sfuggire moti di derisione per la glossa (37), in fondo le antiche soluzioni resteranno la base d'ogni successivo approfondimento. Tutt'al più al concetto del *distinguere* si preferirà quello dell'*interpretari* (38), però già utilizzato spesso per l'innanzi; e

(37) Così Bartolo deplorerà che la glossa «...simpliciter se expedit, quod ius civile potest distinguere, non tollere ius divinum...»: ben altrimenti complessa era divenuta la problematica ai suoi tempi (BARTOLI *Comm. in Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi*, nr. 22)!

(38) O anche altri, per lo più con intenti metaforici che tolgono a tali episodi terminologici le implicazioni teoriche contenute invece nel vocabolo tecnico *interpretari*. Un esempio: proprio alle origini della scuola di Orléans, Jean de Monchy, un giurista fermo all'insegnamento dell'ultima glossa, crederà di chiarirlo osservando «...distinguere tamen vel *mortificare* potest lex humana legem divinam...» (IOANNIS DE MONCIACO *Lectura in Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes*, ed. LEFEBVRE, *De quelques fragments d'une 'Lectura' de Jean de Monchy sur le Code*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXVI, 1958, p. 303). L'aggiunta del secondo verbo al primo si limita a rivelare idee più nebulose di quelle dei predecessori, e a mettere in risalto, per converso, la maggior precisione degli allievi. Molto più perspicuo, infatti, l'uso del verbo *determinare* da parte di Jacques de Révigny, in un discorso d'altronde tutto assai più esplicito: «...Si rescriptum impetratum est contra ius, aut est contra ius divinum, aut contra ius humanum. Si sit contra ius (L om.: ius) divinum non valet, nam cum imperator sit servus Christi, ut C. de officio prefecti pretorio Affrice, l. ^b I (*Cod.* 1, 27, 1, 5) circa principium ^b (^{b-b} N: in nomine Domini) et sic minor, unde vocat se ibi ultimum servum, idest minimum, minor non potest tollere legem maioris, ut infra, de arbitris, l. nam magistratus (*Dig.* 4, 8, 4), infra, ad trebellianum, ille a quo, § tempestivum (*Dig.* 36, 1, 13, 4): dico ergo legem divinam non potest tollere imperator, sed *determinare vel interpretari* potest. Dicit lex divina: 'in ore duorum vel trium stat omne verbum'; interpretatur imperator: hoc est verum nisi in testamentis, C. de fideicommissis, l. ult. (*Cod.* 6, 42, 32); ibi dicit imperator plures exiguntur ut per ampliores homines veritas melius reveletur. Item nec (= ne) aliud facilitatis committatur, ubi voluntas ultima tot oculis infrenata est, tot spectata sensibus, tot manibus in tuto collocata, ut C. qui testamenta facere possunt, l. hac consultissima (*Cod.* 6, 22, 8). Sed hodie potestas interpretandi legem divinam esset pape, ut C. de sacrosanctis ecclesiis, l. cum novacione (sic, ma *Cod.* 1, 2, 6)...» (IACOBI DE RAVANIS *Lectura in Dig.* 1, 4, 1, *de const. principum*, l. *quod principi*, LEIDEN, *D'Abblain* 2,

la variante, di carattere terminologico, tenderà ad esaurire, con l'uso di un linguaggio più tecnico, il contrasto tra le norme divine e quelle umane in un rapporto assai più pacifico. Certo, a tale rapporto pacifico dovrà necessariamente contrapporsi quello parecchio più scabroso della vera e propria deroga. Se nel primo caso rientra l'esempio classico della legge che, pur richiedendo due soli testimoni nei contratti, ne esige sette o più nei testamenti, il secondo caso è più delicato, perché può riguardare sia la deroga a quel diritto divino che la scienza canonistica aveva definito sempre immutabile, sia a quello cui aveva riconosciuto invece una attitudine a modifiche. La validità della norma umana in questa seconda ipotesi è fuori discussione: il diritto divino vieta di uccidere, ma ciò diviene lecito al giudice allorché applica, pei delitti previsti, una pena di morte.

La nuova impostazione, che è fatta propria da Pierre de Belleperche (39), viene così a fondere i due diversi punti di vista sul problema del *ius divinum*: quello

fo. 9vb (L) e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 7va (N): quest'ultimo largamente incompleto). Assai interessante dal punto di vista della dinamica interna dell'*utrumque ius*, l'esigenza di rivendicare al pontefice il potere attuale dell'*interpretatio iuris divini* non muta gran che la portata teorica dell'impostazione.

(39) PETRI de BELLAPERTICA *Quaestio* 175, ca. me. Affronta la materia del rescritto *contra ius divinum* sospingendola entro una vasta casistica: «...et tunc aut fuit concessum *interpretando* ius commune [= divinum], et tunc adhuc dico quod valet... ut verbi gratia: lex divina dicit 'in ore duorum vel trium stat omne verbum', sed lex imperatoris dicit quod in testamento requiruntur septem testes vel octo: lex humana *interpretatur* legem divinam habere locum in contractibus, sed in testamentis propter maius periculum requiruntur septem testes etc. Aut videlicet *derogando* iuri divino: et adhuc refert, quia aut illud ius divinum erat immutabile sicut istud mandatum divinum 'diliges dominum deum tuum ex toto corde etc.', et in casu isto dico quod rescriptum non valet, cum par in parem non habet imperium, ergo multo fortius nec minor in maiorem... Aut *derogando* iuri divino mutabili, et tunc, *si ex causa* quae possit mutare, valet... verbi gratia: ius divinum prohibet ne occidas; istud praeceptum mutatur aliquando qui [= quia?] si aliquis alium occideret, potest occidi a iudice sine poena...». L'identico insegnamento è contenuto nella *Lectura in Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, ove ai soliti argomenti *pro* e *contra* la validità dei rescritti avversi al *ius divinum* il Belleperche risponde: «...refert aut ^a ad *interpretationem* eius scribit ^{a-a} C: *interpretationem* faciendo), et tunc dico quod potest: dicit lex divina 'in ore duorum vel trium stat omne verbum': verum est, potest imperator scribere: in contractibus, sed secus in ultimis voluntatibus... aut vult scribere contra legem divinam *derogando* legi divine, et tunc refert, aut queritur de casu legis divine perpetuo, aut queritur de casu legis divine qui potest immutari; si queratur de casu legis perpetuo,

relativo che concerne specificamente il rapporto dinamico con la norma umana, l'altro che tende invece a definire in assoluto il potere cogente di ciascuna delle categorie in cui i comandi di Dio si suddividono.

Tornano, su quest'ultimo punto, le vecchie distinzioni tra il diritto divino che abbia *perpetuam causam prohibitionis*, e quello che non l'abbia; distinzione che ci è ormai ben nota: ed ecco infatti Cino da Pistoia riprendere, sì, il pensiero del Belleperche, ma modificarne la terminologia, preferendo appunto separare le norme divine fornite di causa perpetua da quelle che ne siano prive (40). Ed egli rivela così la propria fedeltà a motivi tutti vecchi di secoli.

Se ci si volesse chiedere però quale fosse la parte più vitale del pensiero di Pietro Bellapertica, si dovrebbe concludere individuandola nell'affermata esigenza di una causa per convalidare ogni modifica delle norme divine, nel caso queste non fossero comprese nella categoria delle disposizioni intangibili in eterno: Cino sottolineerà il motivo a tal punto da risolvere il problema nella contrapposizione tra rescritti *contra ius divinum* «...quae non possunt procedere causa subsistente...», e gli altri cui è concesso invece «...causa subsistente procedere...», e mentre nel primo caso — si pensi al matrimonio con la madre o la sorella — la deroga è ovviamente inammissibile, nel secondo caso l'esempio classico dell'irrogazione legale d'una pena di morte chiarisce la conclusione opposta (41).

tunc non potest...» — l'esempio è quello dell'adulterio che non può mai venir consentito con rescritto — «...aut imperator scribit contra legem divinam in casu legis divine qui potest declinari: scribitur in lege divina quod non committatur homicidium, verumtamen latrones et homicide et cheusmans (C: chemaes?) possunt interfici, et ideo in casu isto contra legem divinam potest scribere...» (CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [32]vb (C) e FIRENZE, *Laurenz., Plut. 6 sin. 6*, fo. [62]rb).

(40) CYNII *Comm.* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam, l. omnes*.

(41) CYNII *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis, l. rescripta*, nr. 6. L'assunzione della diversa efficacia della causa come criterio discrezionale delle due somme categorie di rescritti non è che una logica conseguenza dell'impostazione difesa dal BELLEPERCHE: «...aut istud ius divinum ex causa immutari potest, ut puta scribebat aliquem interficiendum, tunc refert, aut scribit cum iusta causa, aut sine iusta causa, si cum causa, quia homicida est, tunc tenet rescriptum...» (*Lectura* in *l. rescripta*, cit., FIRENZE, *Laurenz., Plut. 6 sin. 6*, fo. [62]vb e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [33]rb).

L'impostazione del problema della deroga sull'esame della causa che la giustifichi è proprio quella su cui aveva battuto Sinibaldo. Ora la si vede introdotta in modo definitivo anche nel campo civilistico. Né val più la pena di seguirne le innumerevoli enunciazioni che a partire da Cino si susseguiranno — specialmente in Baldo — e basterà osservare come col passar del tempo le distinzioni prevalentemente formali si pongano nell'ombra, e la valutazione sostanziale della causa acquisti invece una importanza crescente.

Quando, a distanza di secoli, un Filippo Decio affronterà in un famoso *consilium* l'annullamento di un matrimonio ad opera del papa, egli potrà dire che nel suo ragionamento «...vis tota consistit in perscrutando causam...» (42), e, riscontrata l'insussistenza nella fattispecie esaminata, potrà dichiarare nulla la dispensa papale e concludere: «...in hoc est nervus praesentis consultationis...» (43).

L'enfatico linguaggio di un tardo giurista è bene indicativo della sorte che la scuola assegnò alla causa, e alla sua funzione regolatrice dei rapporti fra il diritto divino e le norme umane.

7. Come si è accennato, fu un angolo visuale che non costituì certo un'innovazione degli ultramontani, come sembra ritenessero taluni giuristi posteriori.

E infatti, se pure in materia leggermente diversa, lo stesso punto di vista aveva già scelto Azzone, e forse era già accettato nella scuola bolognese tra il finire del XII e l'aprirsi del XIII secolo, sebbene con quella timidezza con cui si accoglie ogni dottrina ancora immatura. E occorre inoltre osservare che la focalizzazione della causa nei rescritti *contra ius* avvenne nei primi civilisti in materia di deroga al diritto naturale anziché al divino; questioni che presso quegli studiosi conservavano una reciproca autonomia molto più spiccata di quella che i canonisti concedevano.

(42) PHILIPPI DECII *Cons.* 602, nr. 9 in me. La questione gli si presenta ancora complessa, ma egli proclama di averne trovato il nocciolo: «...Et in ista quaestione multa possent dici, quia in alto pelago agitur: perstringendo tamen materiam pro solito more meo — e questa piccola nota di vanità rivela il valore della successiva impostazione — procedam conclusive, et conclusio communis omnium videtur quod Papa *ex causa* contra ius divinum dispensare possit...». Sicché diviene naturale che sulla valutazione di quella causa si appunti l'esame del giurista: «...sed vis tota consistit in perscrutando causam...» (nr. 12 in me.).

(43) *Ibid.*, nr. 27 in fi.

Anche attorno alla derogabilità del diritto naturale — come s'è visto a proposito della mutabilità del divino — si avverte nei primi tempi un sentimento di gran rispetto per l'antica regola romana, più volte incontrata, che i «naturalia... iura... divina quadam providentia constituta semper firma atque immutabilia permanent...» (44), e infatti il giurista per qualche tempo si mostra timido nei rari tentativi di piegare la massima.

Bulgaro, ad esempio, quando discorre di *iura cognationis* e li fa confluire nella singolare categoria dei *quasi naturalia*, al solo risonare di tale qualifica si sente costretto a concludere che essi non possono venir cancellati da alcun atto proprio del diritto civile, per il buon motivo che «...naturalem enim rationem civilis ratio corrumpere non potest...». E se l'eccessiva rigidità della formula astratta (45) rischia di non adeguarsi a taluni fenomeni giuridici, è quasi con timore e di sfuggita che il glossatore aggiunge: «...sunt tamen quaedam iura civilia ut maxima et media capitis deminutio, quae etiam iura cognationis tollunt» (46). Resta aperto il problema di una conciliazione in sede teorica tra la regola portata innanzi con sussiego e l'eccezione insinuata a mezza voce; se ne accorgerà il Piacentino e, insoddisfatto della manchevole trattazione di Bulgaro, rinfaccerà a questo con la consueta vigoria: «...sed et usucapio rem naturalem id est dominium absument. Nam et servitus, quae ius gentium est, libertatem meo iudicio non solum obumbrat, sed tollit» (47).

(44) *Inst.* 1, 2, 11.

(45) Tolta da *Inst.* 3, 1, 11.

(46) BULGARI gl. in *Dig.* 50, 17, 8, ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris...*, Bonn, 1856, p. 9. Il frammento di Pomponio insegnava sinteticamente che «iura sanguinis nullo iure civili dirimi possunt». La problematica riappare, a proposito di *Inst.* 3, 1, 11, in una di quelle note *regulae* che il Patetta, dopo il Fitting, ha sottoposte a un acuto esame (PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma*, in *Bull. Ist. dir. rom.*, VIII, 1895, p. 84). Confluito nelle Appendici delle *Exceptiones Petri* edito dallo stesso FITTING, al § 2 (*Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 152), il passo che qui interessa si palesa collegato con quello di Bulgaro: «Naturalia iura civilis ratio perimere non potest: per se tantum: sed aliquando, alio sustentata presidio, perimit; veluti ius cognationis naturale est, perimitur tamen maxima capitis deminutio: sed hoc facit maleficium cum iure». Nei confronti del più schematico frammento di Bulgaro, un passo avanti è costituito qui dalla ricerca del «presidium» che garantisce la deroga della norma di natura: impostazione che annuncia gli svolgimenti dottrinali successivi.

(47) PLACENTINI *Additio ad Bulgarum*, ed. BECKHAUS, loc. cit.

Quanto più colpisce nella posizione assunta dal Piacentino è lo scetticismo verso la massima dell'immutabilità del diritto naturale. Sui problemi più scottanti, che altri giuristi avevano sfiorati con delicatezza (48), egli accantona ogni prudenza, bandisce le terminologie vaghe per guardare in faccia le cose apertamente. La servitù pone la primitiva libertà umana voluta dal diritto di natura in una forma di quiescenza, senza tuttavia cancellarla definitivamente, aveva detto taluno: e Piacentino di rimando: 'a mio giudizio non la pone solo nell'ombra ma l'abroga del tutto' (49).

La crudezza della posizione piacentiniana, malgrado vi consentisse forse Azzone, inizialmente piacque poco. La dottrina corrente preferiva rimanere sulle generali e si contentava di svolgere un insegnamento che Accursio attribuisce addirittura al caposcuola, a Irnerio: ossia che al diritto naturale non potesse derogarsi nel suo *genus*, ma solo in qualche *species* (50).

(48) Persino al punto finale dell'elaborazione della glossa — in Accursio, per intenderci — si leggono ancora affermazioni incertissime, che palesano il perdurante timore del giurista: sembra ch'egli desiderasse soffocare l'ipotesi di una vera e propria deroga ai sacri principi del diritto naturale. Nel caso scabrosissimo dell'asserita libertà naturale d'ogni uomo, minata alle radici dall'istituto della servitù, Accursio se la cavava osservando quasi sibillamente: «...sed dic: non derogatur ob hoc, licet non servetur [in illo casu], nam nihilominus bonum et aequum est...» (gl. *sed naturalia* in *Inst.* 1, 2, 11, *de iure nat. gent. et civ.*, § *sed naturalia*).

(49) Non va escluso che la posizione del Piacentino fosse polemica anche nei confronti di Rogerio, soprattutto ammettendo che le aggiunte a Bulgaro — come d'altronde la poco posteriore *Summa Institutionum* nella quale ricorrono quasi le identiche parole — fossero scritte nel primo soggiorno a Montpellier, ov'è ben possibile lo stesso Rogerio avesse insegnato poco prima. E di Rogerio si è già osservato come gli fosse piaciuta l'immagine di un diritto civile capace di accantonare, ma non di estinguere, norme di diritto naturale: «...naturale, tamquam vetustate contemptum, in desuetudinem fugavit...», aveva scritto coloritamente per chiarire il solito problema della servitù (cfr. le *Quaestiones super Institutis*, I, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, § 5, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 277).

(50) Cfr. gl. *iuri communi* in *Dig.* 1, 1, 6, *de iust. et iure*, l. *ius civile*: «...responde secundum Irnerium: non detrahitur iuri communi in sua corporis universitate, sed in casibus specialibus...». L'insegnamento è riportato, in glosse apposte alle parole *a naturali* dello stesso frammento, da mani antiche che ne scrivono anche talune con la sigla d'Irnerio. Così l'interlineare del VATICANO, *Borgh.* 225, fo. 1rb: «in sui corporis universitate. Nam in singulis capitulis aliter se habet»; la marginale del VATICANO, *Vat. lat.* 1405, fo. 1rb esemplifica aggiungendo «ut servitus» (su tali glosse vaticane cfr. ROTA, *Il diritto*

8. Fermo alla posizione irneriana, senza alcuna variante, è ancora Odofredo (51). Ma già la glossa ordinaria aveva testimoniato qualche sfumatura nuova, peraltro ben modesta: il diritto naturale può venire scalfito solo nell'applicazione concreta, non nella sua sostanza eterna che conserva sempre, in astratto, quel potere che le viene dal concentrare in sé il *bonum* e l'*aequum* (52). Ma è posizione, anche questa, ove la nota dominante resta la prudenza; è un altro dei numerosi compromessi scaturiti dalla ricerca di mere scappatoie, che evitassero il naufragio di quell'immagine classica d'un diritto naturale immutabile cui solo il Piacentino aveva avuto il coraggio di voltare le spalle (53).

Che la pericolosa idea piacentiniana non potesse venire accolta senza limitazioni è ovvio: non sembrava lecito accantonare con tanta disinvoltura una massima romana, la quale aveva non soltanto una formulazione esplicita nel *Corpus* giustiniano, ma — ed è forse ancora più — trovava larga eco nelle convinzioni etico-religiose

naturale come insieme di norme regolatrici dei rapporti della società umana nella dottrina della prima rinascenza giuridica, in *Riv. internaz. di filosofia del dir.*, XXV, 1948, p. 161 sg.). Non basta a rendere sospetta la paternità irneriana la circostanza che il passo ricompaia con la sigla di Azzone nel *Vat. lat.* 1405.

(51) ODOFREDI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 11, *de iust. et iure*, l. *ius pluribus modis dicitur*, nr. 2 in pr.: «...ius naturale est immutabile in suo genere sed derogatur ei in parte, cum usucapio inducta sit contra ius naturale...». A tale opinione è d'altronde ancora fermo Dino del Mugello, a quanto riferisce Iacopo da Belviso, anzi, Iacopo stesso: «...sed dic secundum Franciscum quod ius civile potuit ei [= naturali] derogare in specie, licet non possit abrogare in genere et in sua universitate... et idem tenet Dynus...» (IACOBI DE BELVISO *Super IX Coll. Authenticorum*, in *Auth. de heredibus et falcidia*, § *occupatis nobis* [Coll. I, tit. 1, Nov. 1 pr.], ca. fi.).

(52) Cfr. gl. *iuri communi*, cit. Compiuto anzitutto il debito atto d'omaggio alla tradizione irneriana accogliendone l'insegnamento — «...nec obstat quod ipsum [= ius naturale] sit immutabile... quia illud verum in suo genere: in certis autem capitulis mutatur...» — aggiunge: «...vel dic, licet mutetur quo ad observantiam ipsam, tamen semper bonum et aequum est».

(53) Numerose sono le manifestazioni di quest'affannosa ricerca di espedienti che aiutassero a eludere il problema. Anche in giuristi d'epoca avanzata: vi sarà persino taluno pronto a sostenere, fraintendendo qualche espressione di Innocenzo, che la servitù — come la libertà — sia anch'essa introdotta *iure naturali*? È vero ch'egli alludeva probabilmente al *ius gentium*: ma la confusione di questo con il naturale, pur corrente, qui non era più lecita, perché spostava la questione in un labirinto di contraddizioni logiche (cfr. ALBERICI DE ROSATE *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 2, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *quotiens*, nr. 3 in pr.).

del tempo, cui non poco contrastava l'idea che fosse derogabile una norma *divina quadam providentia constituta*.

Ma già con Azzone si apre la via che eviterà sia gli eccessi piacentiniani, sia le troppe incertezze: e sarà quella che i commentatori batteranno poi compatti. «...Iura naturalia dicuntur immutabilia... et obtinet haec regula, nisi iusta causa interveniat...» (54): ormai in questa figura della *causa legis* vengono a cristallizzarsi motivi etici così forti da permettere il cedimento dello stesso diritto di natura, che pure concentra i più alti principî morali. Ma si comprende: nella meccanica del ragionamento medievale porre una causa valida a sostegno di un'azione significava assegnare a questa un'intima ragionevolezza, che non portava solo sul piano logico, ma s'inoltrava bene a fondo su quello etico: perché ogni giustificazione razionale diveniva giustificazione nel foro della coscienza.

Dopo Azzone, anche i motivi che in precedenza avevano scoperto lati deboli si vivificano al contatto con l'indirizzo destinato ormai al successo, e si collegano di buon'ora l'un con l'altro in una trama fatta di fili antichi ma creatrice d'un disegno nuovo: se non altro, per la sua completezza.

9. Guardando la *Lectura Institutionum* di Jacques de Révigny, si sarebbe a tutta prima portati a ritenere che, all'aprirsi della nuova scuola del commento, la problematica stagnasse sulle vecchie posizioni dei glossatori. Le idee di questi sembrano riprese ad una ad una, sin da quella irneriana che aveva risposto ai quesiti sulla immutabilità del diritto naturale, immaginando che fosse lecito modificarlo non nella sua totalità, ma solo in casi particolari (55).

(54) AZONIS *Summa Codicis*, I, *si contra ius vel utilitatem publicam*, nr. 2. «...Iura naturalia dicuntur immutabilia... nisi iusta causa interveniat, vel publica utilitas...», ripeteva il glossatore nelle sue lezioni (AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *quae generali* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel ut. publ.*, l. *omnes cuiuscunque*, nr. 28), forse proponendo la *publica utilitas* più come modello di *iusta causa*, che come alternativa a questa.

(55) Anche se il Révigny discorre di *ius gentium* che qui, come spesso accade, si confonde con il naturale: lo si desume dall'esempio addotto. La cosa appare tanto più normale, in quanto è comune che gli ultramontani ricolleghino alla categoria del *ius naturae*, quali semplici sottospecie, il *ius primaevum* e il *ius gentium* (cfr. ad es. PETRI de BELLAPERTICA *Comm. in Inst.* 1, 2 *de iure naturali*, nr. 60). E infatti

In realtà, tuttavia, il ritorno di motivi antichi nel pensiero del Révigny ha un significato ben diverso da quello che la loro enunciazione aveva avuto nelle opere dei glossatori.

Così, l'adesione alla spregiudicata tesi del Piacentino — del quale qui, come altrove, il giurista francese si mostra seguace — segna il destino avverso di una teoria che nella più antica glossa si è vista riscuotere notevoli successi, e aveva acquetato i dibattiti in una timida soluzione di compromesso: ossia che i servi continuassero ad avere una libertà naturale in stato di quiescenza, la cui sola efficacia sul piano pratico fosse cancellata. Jacques, riprendendo la vigorosa critica che ne aveva fatta il Piacentino, osserva «...in ista quaestione distinxerunt quidam quod ipsum ius naturale *secundum veritatem* est immutabile... sed *effectus* iuris naturalis potest tolli omnino...». Ma l'opinione è subito respinta proprio sul piano del solito esempio della servitù: è assurdo dire che i servi siano tali solo *quoad effectum* e liberi *secundum veritatem*: «... dico quod imperator *sine causa* non posset tollere ius naturale, sed subsistente tamen bene posset... unde dico quod per captivitatem... privetur quis omnino libertate, et secundum veritatem sit servus...» (56). L'intervento della causa, che già Azzone aveva adombrato, s'innesta sulla tesi piacentiniana della piena derogabilità del diritto naturale — oramai definitivamente ammessa — e configurerà d'ora in poi una soluzione piana, soddisfacente, matura, alla quale si ricorrerà di regola. Pierre de Belleperche non muta gran che l'impostazione del suo predecessore e si sofferma tutt'al più a dare un rilievo specialissimo all'esigenza di una causa *probabilis* (57); una volta

ora all'uno (nr. 1 post pr.), ora all'altro (nr. 2 in fi.) di questi due sistemi il Révigny riconduce la regola che nessuno può «...cum aliena iactura locupletari...», esempio che costituisce uno dei capisaldi di tutto il suo ragionamento. Sicché non può stupire che le deroghe al diritto naturale e al *ius gentium* appaiano trattate in modo identico, confluendo in un'unica problematica al contempo concisa ed efficace. «...Dicendum ad primum quod ius gentium immutabile est in sua totalitate, quae in certo potest mutari et per iustam causam...». E conclude poco oltre ribadendo «...quod ius gentium etiam unico praeepto totaliter mutari non potest, unde licet ius gentium dicat 'neminem cum aliena iactura locupletari', haec praeeptum in sua totalitate tantum non possit mutari licet uno articulo, scilicet in usucapione, mutari possit...» (IACOBI de RAVANIS *Lectura Institutionum* - attr. a Bartolo - in *Inst.* 1, 2, 11, *de iure nat. gent. et civ.*, § *sed naturalia iura*, nr. 2).

(56) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche) in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta* (introdotta tuttavia dopo *Cod.* 1, 22, 2, *si contra ius vel utilitatem publicam*): cfr. specialmente la seconda metà della 4^a colonna.

(57) PETRI de BELLAPERTICA *Comm.* in *Inst.* 1, 2, *de iure nat. gent. et civ.*: dopo aver esposto, in un minuzioso incalzare di argomentazioni contrarie, i termini del problema in gran parte già noti (nrr. 58-65),

passato poi tutto l'insegnamento nell'opera di Cino da Pistoia (58), le tante argomentazioni sulle quali si erano affacciati i glossatori rientreranno nell'ombra: l'indagine della causa avrà ormai assorbito l'intero problema delle norme *contra ius naturae*.

Il seme, che già appariva gettato all'epoca di Azzone, sotto le cure assidue dei primi commentatori comincia a germogliare. Se nel rapporto tra il diritto di natura e quello umano la glossa — specialmente canonistica — aveva messo a fuoco soprattutto il primo termine, analizzandone con minuzia i vari atteggiamenti, pronta a coglierne ogni manifestazione di debolezza per giustificarne le deroghe, ormai i punti di vista sono mutati, e l'esame si concentra sopra l'altro termine, su quel diritto civile che, fornito di una causa e quindi di una sua intima ragionevolezza, finisce col riassumere in sé una carica di equità così potente da permettergli di scalfire lo stesso *ius aequissimum* per antonomasia: il diritto naturale.

finisce col racchiuderne la soluzione in quell'esigenza di una *causa probabilis* che viene sottolineata dallo stesso numero cospicuo di esempi proposti dal giurista (nrr. 66-68). Cfr. anche, dello stesso Pietro, la *Quaestio* 175, post me., ove il problema della validità del rescritto *contra ius naturale* o *contra ius gentium* è risolto in rapida sintesi: «...et tunc dico quod cum causa sufficienti valet...». Non altrimenti, nella *Lectura* in *Cod.* 1, 19, 7, il consueto esempio dei prigionieri di guerra fatti servi per salvar la loro vita lo porta a concludere: «...idem dicerem ubicunque iustam causam haberet: sic Inst. de iure personarum, § servi (*Inst.* 1, 3, 3)...» (FIRENZE, *Laurenz.*, *Plut.* 6 sin. 6, fo. [62]rb e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [32]vb).

(58) CYNII *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, nr. 5: ormai l'esigenza di una causa nei rescritti contrari ai diritti divino, naturale e delle genti apparirà nella scuola come una conquista degli ultramontani soprattutto. Avrà un notevole peso sulla dottrina posteriore il fatto che Cino possa cavarsela avvertendo: «...in hac quaestione responde secundum Iacobum de Raven[niaco] et Petrum quod aut vult imperator contra ius naturale rescribere causa subsistente, aut sine causa...». L'esempio portato a suffragare la tesi è ormai comune: l'Imperatore, per ovviare all'uso riprovevole di uccidere i prigionieri di guerra, può ordinare che siano resi servi, pur derogando in ciò alla norma naturale che vuole liberi tutti gli uomini. E conclude: «...et sic causa subsistente rescriptum contra ius naturale bene valet». Cfr. anche, sempre di CINO, il *Comm.* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes*, nr. 6 ca. me.: ove egli precisa, tuttavia, che anche il rescritto senza causa è valido *quo ad observantiam*, se non altro perché la sussistenza di una causa si presume sempre nelle attività del Principe: ma qui si abborda un argomento che troverà qualche trattazione in altra sede.

10. Potrebbe apparire che nei primi tempi della scuola non si dedicasse un'attenzione altrettanto viva al problema dei rapporti tra le norme civili e quelle dell'altro ordinamento universale: il *ius gentium* (59).

E un motivo se ne può forse trovare nei legami assai stretti che, soprattutto agli inizi, si era portati a stabilire tra quest'ultimo sistema e quello naturale; sicché le problematiche relative all'uno finivano col coincidere con i quesiti posti a proposito dell'altro, e i giuristi potevano forse accontentarsi delle soluzioni avanzate in un campo senza sentirsi obbligati a ricominciare daccapo in campi affini, ripercorrendo strade già percorse. Erano d'altronde frequenti le incertezze nel ricollegare singoli istituti all'uno o all'altro dei due sistemi, e identici ragionamenti si rifacevano ora a questo, ora a quello: così perfino un giurista d'epoca relativamente avanzata imperniava la sua celebre conclusione in tema di derogabilità del diritto naturale sull'ipotesi dell'espropriazione, che pure è il tipico esempio scolastico di deroga al *ius gentium*. Che si trattasse di un canonista non sminuisce l'importanza della constatazione, perché Sinibaldo de' Fieschi appare sempre assai bene informato non solo dei problemi tecnici, ma della stessa terminologia dei civilisti, ed egli incorre assai di rado nonché in errori, nemmeno in quelle deviazioni correnti nei primi due secoli dell'insegnamento canonistico (60): d'altra parte nello stesso giro d'anni anche un legista poteva fare dell'espropriazione un'ipotesi di norma *contra ius naturale*,

(59) Occorre giungere al Piacentino per imbattersi in un'esposizione completa del problema, risolto nell'insegnamento che le leggi dell'Imperatore «...interpretantur, corrigunt et producunt...» il *ius gentium* (PLACENTINI *Summae Codicis Exordium*, ed. PESCATORE, *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgesch.*, fasc. 2, *Miscellen No. I-XIII*, Berlin, 1889, p. 17). Colpisce tuttavia l'apparente moderazione del glossatore, che non osa parlare apertamente di deroghe sostanziali al *ius gentium*, egli che aveva ben avuto l'ardire di farlo trattando di norme contrarie al *ius naturae*: e ciò malgrado i due argomenti si rivelino intimamente connessi, nella problematica del giurista, per il tipo stesso degli esempi addotti.

(60) Si allude al ben noto frammento di Innocenzo IV, ove egli, tirando le somme di una lunga elaborazione, concentra nell'esigenza d'una causa tutto il problema delle deroghe al diritto di natura: frammento al quale una parte degli stessi commentatori civilisti, soprattutto napoletani, ricorrerà come all'enunciazione definitiva della teoria destinata ai maggiori successi: cfr. INNOCENTII IV *Comm.* in c. 5, X, I, 2 *de constitutionibus, c. quae in ecclesiarum*, specialmente nr. 3 in fi.

giustificandosi per di più col dire: «...quia ius gentium est introductum iure naturali...» (61).

11. Ma il cadere del discorso sull'espropriazione riporta subito a motivi intorno ai quali i glossatori non avevano mancato di affaccendarsi, anche se essi non erano stati pronti a porre in evidenza come il problema si risolvesse in quello dei rapporti tra norme civili e le disposizioni del *ius gentium* che imponevano l'intangibilità del *dominium* privato.

Lo spunto che sollecitò per primo i glossatori a una polemica dalle origini assai antiche era offerto da una norma di Zenone, rinverdata poi da Giustiniano (62): vi si accordava ai compratori o donatari di beni, quando li avessero ricevuti dall'imperatore, il beneficio di non venir disturbati nel caso di evizione, concedendosi ai terzi che vantassero pretese su quei beni stessi di ricorrere soltanto all'erario, e nel termine di quattro anni. Un quesito si poneva subito: doveva la disposizione applicarsi solo quando l'imperatore avesse alienata una cosa altrui credendola in buona fede propria, oppure anche quando egli fosse stato al corrente della sua appartenenza a terzi? Accogliendo questa seconda ipotesi, si sarebbe ammesso un amplissimo potere di interferenza del sovrano nei confronti della proprietà privata.

Narra la *Vetus collectio* delle *Dissensiones dominorum* che la teoria più moderata — ossia quella che riteneva applicabile la norma nel solo caso che l'imperatore ignorasse l'appartenenza del bene a terzi — aveva come suoi fautori Martino e Iacopo (63), ma la successiva raccolta di Rogerio (64) e la più tarda edita dallo Scialoja (65) si

(61) ODOFREDI *Comm. in Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes cuiuscunque*, nr. 7.

(62) La norma di Zenone è in *Cod.* 7, 37, 2 ed è seguita immediatamente da quella giustiniana. Per quanto riguarda tutta la problematica medievale in tema d'espropriazione, si ricorda ancora una volta il NICOLINI, *La proprietà, il principe*, cit., p. 207 sgg.

(63) *Vetus Coll.*, § 71, ed. HAENEL, *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, p. 57: «Nam *quidam* dicunt, sive Imperator scivit, sive ignoravit rem esse alienam, illud obtinere quod dicit C. de quadriennii praescriptione, l. bene (*Cod.* 7, 37, 3). *Martinus* et *Iacobus* illam legem loqui dicunt cum ignoravit».

(64) ROGERII *Dissensiones*, § 50, ed. HAENEL, cit., p. 103.

(65) SCIALOJA, *Di una nuova collezione delle dissensiones dominorum*, § 19, in *Studi e documenti di storia e diritto*, IX, 1888, p. 263, ora in *Studi giuridici*, II, cit., p. 341.

contentano di ricollegare l'opinione al solo Iacopo. Malgrado le apparenze, l'attribuzione più sicura sembra quella che ricongiunge la teoria al nome di Martino: una glossa che ne porta la sigla è stata infatti edita dal Meijers e sembra non lasciar dubbi (66). Non altrettanto certa pare invece l'attribuzione a Iacopo, pur sancita concordemente da tutte le raccolte di dissensi, perché nel manoscritto studiato dal medesimo Meijers una glossa di Iacopo e Ugo apre la strada all'opinione opposta: ma la facoltà concessa all'imperatore di alienar beni ch'egli sappia altrui appare qui soggetta a un limite teorico importante, che prelude alla consueta soluzione (67).

12. A prender per buona la notizia data dalle *Dissensiones* edite dallo Scialoja, anche Pillio e Alberico avrebbero propugnato l'idea che fosse lecito all'imperatore di espropriare consapevolmente taluno in favore di altri (68): ma se l'informazione è difficilmente controllabile (69), è probabile che i due autori definissero il proprio pensiero con taluna delle solite precisazioni atte a salvare le esigenze di legalità.

(66) Cfr. MEIJERS, *Sommes, Lectures et Commentaires (1100-1250)* in *Atti del Congr. internaz. di dir. rom.*, 1933, I, Bologna, 1934, p. 446, ora in *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 221; TORELLI, *Glosse preaccursiane... Iacobo ed Ugo*, cit., ora in *Scritti*, cit., p. 171. Ecco infatti il ragionamento di Martino contenuto in un manoscritto di Monaco: «...edictum divi Marci quo emptor erat tutus prescriptione quinquennii tunc vendicabat sibi locum, cum fiscus rem alienam vendebat ut suam, ergo et constitutio Zenonis que secundum id edictum loquitur tunc prestabit statim defensionem accipienti cum ut suam fiscus donat vel vendit *bona fide credens suam, ne inde iniuriarum nascatur occasio unde iura sumuntur*. M.». Questa ultima giustificazione è tolta di peso da *Cod.* 8, 4, 6.

(67) Cfr. MEIJERS, *Sommes*, cit., p. 446, ora p. 221, nota 41: «Cum autem ut alienam vendit aut donat *scienter*, nihil agit nisi causa cognita, ut scilicet *magnum deprehenderetur rei publice commodum*, ut dicitur de Barbario Philippo qui potuit per populum esse liberum cum magnum esset rei publice commodum propter eius prudentiam [si allude all'episodio descritto da Ulpiano in *Dig.* 1, 14, 3]. Sed si non vertatur commodum rei publice, nec servum alienum potest facere liberum, nec rem alienam transfertur... Ia. U.». Cfr. anche TORELLI, loc. ult. cit. (p. 171 sg.).

(68) Cfr. le *dissensiones* edite dallo SCIALOJA, loc. ult. cit.: «...Pillius dicit tunc obtinere illud, cum imperator scivit, arg. de officio praetoris, l. Barbarius (*Dig.* 1, 14, 3) et Inst. de legatis, quod (*Inst.* 2, 20, 4 ca. me.). Albericus idem dicit».

(69) È vero che nella *Quaestio* 43 di PILLIO (nr. 2) è riportata tra le facoltà del principe quella di fare «...ex meo tuum et e converso...» — come fa rilevare il NICOLINI (*La proprietà, il principe*, cit., p. 206) —; non è tuttavia meno vero che l'affermazione ricorre ove Pillio espone gli argomenti a sostegno di una delle due tesi concorrenti nel dibattito, e non nella sua *solutio* che a quelle tesi si adegua solo in parte.

Era infatti difficile ignorarle in una problematica che poggiava, in fin dei conti, su un quesito assai più generale di quello sollevato dalla norma di Zenone: ossia se fosse o non lecito al principe d'espropriare un privato.

La vitalità, accertabile ancora in glossatori tardi, del principio astratto che il «dominium directum non tollitur per rescriptum...» (70) non esclude in concreto la soluzione opposta, adottata anzi concordemente in sede, appunto, di precisazioni. Già nella *Summa Trecensis* — sebbene la divergenza delle sue stesure lasciò àdito al dubbio — l'illiceità teorica dell'espropriazione cede di fronte all'intervento d'una causa (71); e la tesi viene riproposta pari pari da Rogerio (72). Ora, se al termine *iusta causa* si sostituisce il *rei publicae commodum* — ch'è lo stesso — della glossa di Iacopo e di Ugo ricordata poco sopra, si scorge quale fosse il motivo eletto sin dall'epoca più antica a definire il problema dell'espropriazione.

A quanto narra Iacopo d'Arena si erano verificati presto movimenti di punta che, superata addirittura la tesi che spettasse al principe di togliere la proprietà al privato, erano giunti ad estendere questa facoltà a tutti i magistrati e, se si volesse prestar fede a quel giurista, il massimo esponente ne sarebbe stato Ugolino (73). Co-

(70) ANDREAE de BARULO *In tres libros, Comm. in Cod.* 11, 62 [61], 3, *de fundis patrimonialibus et saltuensibus*, l. *quicumque*, nr. 2.

(71) *Summa Trecensis*, VII, 27 *de praescriptione quadriennii*, § 3, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 247: «...rescripta per fraudem elicitu seu contra ius vel alii damnosa modis omnibus refellenda sunt. Et ideo errant qui dicunt principem res alienas auferre posse et alii sine causa dare: ex quo forense et coeleste ius contrarium clamatur». Il PATETTA (*Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio*, cit., p. 153), partendo dal presupposto che l'opera s'inserisce nella tradizione gosiana, ha reputato l'opposta opinione, riportata dal ms. bolognese della *Summa*, più confacente alle idee di Martino, leggendariamente definite dalla celebre affermazione della piena proprietà del principe sul mondo, e quindi dall'assoluta disponibilità di tutti i beni. A parte la questione del credito di tale leggenda, la glossa di Martino or ora ricordata è certo più vicina al tenore dell'edizione che non al ms. bolognese della *Summa* (cfr. MEIJERS, loc. ult. cit.); a quest'ultimo, d'altra parte, Rogerio ha preferito la lezione scelta dal Fitting (cfr. la nota sg.), il che può costituire un ulteriore indizio a favore dell'edizione: ma riconosco che l'indizio è debole.

(72) ROGERII *Summa*, VII, 27 *de quadriennii praescriptione*, § 3, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 185 sg.

(73) IACOBI de ARENA *Comm. in Cod.* I, 19, 2, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *quotiens*, nr. 2: «...notatur an imperator possit tollere quae sint alicuius de iuregentium, et dicitur quod non. Dominus

munque, all'epoca di Accursio l'eco della polemica intorno alla liceità dell'espropriazione sembra spento, e nelle sue glosse concise si rivela come la vecchia teoria di Iacopo e di Ugo, ripresa testualmente, si fosse presto sbarazzata delle altre e imposta con fermezza nella scuola. Udendo la *magna glossa* proclamare che «...non ergo potest princeps rem privati vendere eo invito... nisi *ob publicam utilitatem*...» (74), viene spontaneo d'integrare tale formula con altra scritta in materia affine, ove si esprime l'identico insegnamento con terminologia appena un po' diversa: «...ex *causa iusta* princeps alienum servum manumittit, non alias, ut puto, quia licet omnia principis intelligantur, verum est quo ad protectionem...» (75). Gli impliciti legami tra la *publica utilitas* e la *iusta causa* confermano come i due concetti andassero confluendo insieme, e con ciò gli ultimi tocchi vengono dati al quadro sul quale i commentatori impianteranno la propria elaborazione un po' più ricca.

13. Ma la seconda delle due glosse di Accursio or ora ricordate riporta alla memoria un altro spunto al quale la storiografia ha dato — e forse a torto — un valore dominante: ossia che l'espropriazione fosse il portato naturale di un dominio eminente del principe sui beni dei suoi sudditi (76). Che qualche filo legasse i due

Hugolinus contradicit: dicit enim quod *potest auferre dominium quilibet magistratus*...». Al tempo di Ugolino, d'altra parte, il problema delle espropriazioni eseguite dai Comuni già premeva: tanto più che non sempre esse venivano giustificate al metro di saldi criteri d'utilità pubblica (cfr. TAMASSIA, *Il diritto di prelazione e l'espropriazione forzata negli statuti dei comuni italiani*, in *Arch. giur.*, XXXV, 1885, p. 285 sg.).

(74) Gl. *debet* in *Dig.* 40, 11, 5, *de natalibus restituendis*, l. *patrono*.

(75) Gl. *multo magis* in *Dig.* 1, 14, 3, *de officio praetoris*, l. *Barbarius*. Interessante anche l'impostazione del quesito: «Sed an vel imperator, vel populus teneatur ad pretium servi? Responde sic, maxime si propter publicam utilitatem faciat... et sic notatur quod ex causa iusta... etc...».

(76) Al MEYER (*Das Recht der Expropriation*, Leipzig, 1868), or è quasi un secolo, la celebre disputa tra Bulgaro e Martino, sul modo d'interpretare la massima che 'omnia principis esse intelliguntur', sembrò un passaggio obbligato per la ricostruzione storica delle teorie medievali in fatto d'esproprio (p. 85 sgg.); mentre solo nei postglossatori egli vide definirsi il problema come quello d'una deroga al *ius gentium* (p. 97 sgg.). Non diverso fu, pochi decenni più tardi, l'angolo visuale del Gierke il quale, pur occupandosi della questione fuggevolmente, ne ravvisò anch'egli il punto di partenza nella leggendaria controversia tra i due antichi dottori (GIERKE, *Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*, Breslau, 1902, p. 268 sgg.). Né quest'angolo visuale è sfuggito alla recente critica del NICOLINI, *La proprietà*, cit., p. 196 sgg., al quale si può rinviare (bibliografia a p. 196, nota 1).

problemi non va certo posto in discussione, e a togliere ogni dubbio basterebbe la premura con cui Accursio si accinge a precisare la natura di quel *dominium* dell'imperatore: a risolverlo — *more antiquo* — in un diritto *quo ad proprietatem* su tutto il territorio, cadrebbe infatti l'esigenza di una *iusta causa* dell'espropriazione, alla quale Accursio invece tiene molto. Quanto si può notare è che — per quel che ci dicono le fonti — sul problema che qui interessa l'astrazione di una proprietà universale del principe non pesò molto, forse anche perché si era presto imposta l'idea che occorresse intenderla *quo ad protectionem* solamente (77).

Tanto per completare il disegno che la glossa accursiana si assunse il compito di trasmettere ai suoi successori, ci si può soffermare su un terzo frammento che già s'è incontrato più sopra: si tratta della famosa glossa *non egreditur* che imposta il problema generale dei rescritti *contra ius*. Ciò che colpisce soprattutto è di vedere come su tale terreno si sia ormai innestato il caso dell'espropriazione, il quale si risolve ora nel problema dell'antinomia a quel *ius gentium* che per sua natura non patirebbe invece tali deroghe. Ma queste possono lecitamente verificarsi nelle circostanze previste dall'ordinamento: ed è sintomatico che Accursio, mettendo da parte il caso della legge di Zenone, le riconduca praticamente tutte o alla *ratio*

(77) Il problema dei legami tra la dottrina dell'espropriazione e il *dominium mundi* dell'imperatore fu dibattuto quando si ricominciò a intendere tale *dominium* nel senso glosiano *quoad proprietatem*: la trattazione più consapevole è offerta indubbiamente, qualche decennio dopo Accursio, da Jacques de Révigny. «...Responde ad argumentum legis — egli insegna spiegando la costituzione *omnem* —, imperator est dominus, ut tu dicis, et subiectus est dominus. Concedo quod duo erunt domini eiusdem rei in solidum, immo et tertius dominus: unde cum dicitur plures non possunt esse domini eiusdem rei, verum est plures privati, sed imperator non ponitur (L: ponit) in numerum». Il tema dell'espropriazione è immediatamente collegato a questa tesi: «Ad secundam questionem, nunquid posset imperator rem meam alii (N: alicui) dare sine causa, diceret aliquis, ista questio expedita est per primam: queritur (N: queris) in prima an sit dominus omnium rerum que sunt in orbe: si dicas quod sic, planum est quod potest, si dicas quod (N om.: quod) non, planum est quod non potest, quia nemo plus iuris potest transferre in alium quam ipse habeat, ff. de acquirendo rerum dominio, l. traditio (Dig. 41, 1, 20). Et ego dicam totum contrarium: illud (N: id) quod ipse habet non potest, illud quod alius habet potest...»: IACOBI de RAVANIS *Lectura in Const. omnem*, LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 2rb (L) e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 2ra (N). Nemmeno nell'insegnamento del Révigny, dunque, l'incidenza della proprietà universale del principe sull'istituto dell'espropriazione sembra posta in gran risalto.

delicti, o alla *ratio publicae utilitatis*, l'una e l'altra rappresentando le determinazioni concrete di quella più astratta figura della *iusta causa* messa in rilievo, come s'è visto, in altro passo (78).

Su questo punto un contributo venne dai canonisti. Se tra i contemporanei di Accursio taluno, come Sinibaldo, risentì talmente dei risultati raggiunti dai civilisti che ne adottò il linguaggio stesso (79), per lo più si affrontò una problematica tutta peculiare (80), e si approfondirono i rapporti tra la *culpa*, valutata sul terreno penale nel comportamento dei singoli, e la *iusta causa*, indagata nel campo amministrativo alla luce di interessi generali: furono, queste, le sole due forze giudicate idonee a convalidare l'atto d'imperio che comportasse, per il privato, la perdita d'una proprietà (81).

(78) Gl. *non egreditur* in *Dig.* 1, 4, 1, *de constitutionibus*, l. *quod principi*: «...si autem [rescriptum] est contra ius humanum, sive contra ius naturale, sive gentium non valet, ut si petam quod res alterius mihi detur: nam dominia sunt de iure gentium, supra, de iustitia et iure, l. ex hoc (*Dig.* 1, 1, 5) et tunc non valent, cum sint immutabilia iura, ut *Inst.* de iure nat. gent. et civ., § pen. (*Inst.*, 1, 2, 11). Fallit in casibus, ut C. de venditione rerum fiscalium communium, l. I, lib. X (*Cod.* 10, 4, 1) et C. de quadriennii praescriptione, l. fi. (*Cod.* 7, 37, 3). Et fallit ratione delictorum, ut per totum titulum de bonis damnatorum (*Dig.* 48, 20); item ratione publicae utilitatis, ut supra [= infra], de religiosis et sumptibus funerum, l. si quis sepulchrum, § non tamen (*Dig.* 11, 7, 12 pr.)...». Nello stesso giro d'anni, e riferendosi sempre all'espropriazione, ODOFREDO potrà ripetere che il diritto naturale è immutabile «...nisi delictum, vel favor, vel publica utilitas aliud suadeat...» (*Comm.* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel ut. publ.*, l. *omnes cuiuscunque*, nr. 8). Quanto ai casi specifici che costituiscono valida causa dell'espropriazione, ne darà un buon elenco, tra gli altri, ANDREA D'ISERNIA (*Super usibus feudorum*, in *Lib. feud.*, I, 51 *de capitaneo qui curiam vendidit*, nr. 27).

(79) Si allude al *Comm.* in c. 5, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *quae in ecclesiarum*, nr. 3 specialmente in fi.

(80) La si riportava, in sostanza, al caso del trasferimento coattivo di beni ecclesiastici, visto però come deroga non di principi d'un sistema superiore, ma soltanto di norme del *ius commune*: e qui poteva intervenire l'arbitrio del pontefice sorretto dalla *plenitudo potestatis*, mentre l'esigenza d'una causa veniva automaticamente confinata nei provvedimenti delle autorità inferiori. In tal senso, nello stesso giro d'anni, si esprime BERNARDO da PARMA: cfr. la gl. *a quocumque* in c. 6, X, III, 36 *de religiosis domibus*, c. *constitutis*: «...tamen episcopus potest conferre privilegia... sed in praeiudicium aliorum privilegium conferre non potest, ut videtur: quia solus princeps potest auferre uni et dare alteri... credo quod dicit Huguccio quod episcopus non possit dare res unius ecclesiae clericis invitatis alteri ecclesiae... nisi certa et rationabilis causa ostenderetur, quia licet princeps hoc possit, episcopi tamen hoc non possunt».

(81) Gl. *culpa caret* in c. 2, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *cognoscentes*: se la massima «...nemo privatur iure suo sine culpa...» non può venir messa in dubbio nella sua portata generale, occorre

La convergenza, tuttavia, di tali forze finì col sospingere sempre più il fenomeno sul piano del diritto criminale — riducendolo cioè a una forma di punizione di colpevoli —, un piano su cui la trattazione poteva avvalersi d'una massima del *Liber Extra* (82) e più tardi d'una regola del *Sextus* (83). L'approfondimento, comunque, conservò certo un valore teorico notevole e reagì sul pensiero civilistico, allorché questo intensificò i contatti con la dottrina canonistica (84).

Ma vi reagì trasformandosi, perché l'impostazione venne prendendo l'aspetto d'un mero chiarimento, più che di una vera e propria variante, del principio che la causa fosse sufficiente a giustificare ogni taglio nei diritti del privato.

Principio che, col trascorrere degli anni, divenne sempre più diffuso e accreditato.

14. Un passo già citato di Odofredo conduce il pensiero a un altro aspetto della problematica molto discusso nella scuola: esso palesava l'ultimo tentativo di salvare quel principio dell'intangibilità della proprietà privata, che si è visto ormai decisamente infiacchito: ossia che al principe restasse, sì, negata la facoltà di togliere al suddito il suo *dominium*, ma non quella di privarlo dell'azione di revindica. Era un espediente che rischiava di risolversi in una pura esercitazione accademica; ma esso presentava il vantaggio di trasferire l'efficacia del rescritto sovrano nel campo delle azioni; queste appartenevano secondo l'insegnamento corrente al diritto civile, e potevano quindi essere fatte oggetto del più ampio

tuttavia tenere a mente che in numerose circostanze essa appare scalfita. Ma i «...contraria casualia sunt. Vel dicas quod, licet quandoque quis privetur iure suo sine culpa, non tamen fit istud sine causa...». Il favore per una simile impostazione si protrarrà molto a lungo: ancora il Panormita — ch'è tra i più limpidi espositori dell'argomento — riprenderà e farà proprio il pensiero di Bernardo: «...sine culpa et causa non est quis puniendus... sed si cessat culpa duntaxat, tunc potest imponi poena ratione causae subsistentis, et intellige de causa legitima...» (PANORMITANI *Comm.* in c. *cognoscentes*, cit., nr. 2).

(82) Cfr. c. 2, X, I, 2. Era una massima esposta da Gregorio Magno in un'epistola: «...rem quae culpa caret, in damnum vocari non convenit...».

(83) Reg. 23, VI, *de regulis iuris*: «sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus».

(84) Così, a titolo d'esempio, ancora in tarda epoca il TARTAGNI, *Cons.* 42, vol. I, nr. 14.

potere di disposizione da parte dell'imperatore (85). Insegnamento corrente, che trovava tuttavia alcuni oppositori: v'era infatti qualche voce che asseriva le azioni derivare dal *ius gentium* (86), e con ciò tendeva a eliminare la scappatoia

(85) ODOFREDI *Comm. in Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam, l. omnes cuiuscunque*, nr. 9.

(86) Sembra che, pochi decenni dopo Odofredo, il più convinto assertore di tale tesi indubbiamente ardita fosse Iacopo d'Arena, il quale dedica al titolo *de actionibus* la maggior parte del suo commento alle Istituzioni, secondo l'uso del suo tempo. Lo spunto gli viene fornito dagli antichi dibattiti sui due aspetti dell'obbligazione — il civile e il naturale — e più precisamente dalla controversia se il *pactum de non petendo* incida sul primo, sul secondo o su entrambi insieme (cfr. la ricca esposizione di ACCURSO, gl. *ipso iure* in *Dig.* 2, 14, 27, 2, *de pactis*, l. *si unus*, § *pactus ne peteret*). Il problema si allarga presto a comprendere quesiti intorno all'efficacia da assegnare all'uno e all'altro sul piano pratico, e Iacopo si chiede quali rapporti abbia l'*actio* con ognuno di quei due aspetti. I più sembra credessero che, dipendendo l'azione dal diritto civile, la si dovesse collegare a quella *civilis obligatio* che apparteneva appunto al medesimo sistema; ma Iacopo d'Arena parteggia chiaramente per l'opinione opposta: l'azione sgorga dall'*obligatio civilis* solo 'in casibus' e — rovesciando addirittura l'argomento addotto dalla parte avversa — aggiunge: se nell'ambito del medesimo sistema dovesse verificarsi la nascita dell'azione da un precedente legame obbligatorio, questo non potrebb'essere che il naturale, «...quia *actiones sunt de iure gentium*...» (cfr. IACOBI DE ARENA *Comm. in Inst.* 4, 6 rubr., *de actionibus*, nr. 2 in fi.)! Né si ferma all'enunciato, dilungandosi anzi a dimostrarlo: i contratti vengono dal *ius gentium*, quindi anche le azioni; il diritto civile può solo 'approvare' la situazione già delineata da quell'altro sistema che gli è concettualmente e cronologicamente anteriore, «...nec de eo cogitabat...» quando statuiva (*ibid.*, nr. 3). Sicché «...illae actiones quae descendunt ex contractibus iurisgentium, illae actiones sunt de iuregentium... sed absurdum fuerit in iuregentium si homines erunt obligati et non poterunt exigi, ergo pro nihilo erant obligationes: unde ut evitetur istud inconveniens, et actiones erant tunc temporis...»: d'altronde, sorgendo il dubbio sul collegamento delle azioni a un sistema o all'altro, occorre ricongiungerle al più antico (*ibid.*, nr. 5). La conclusione è quindi che dal *ius gentium* siano 'inventae' e dal civile 'in melius reformatae' (*ibid.*, nr. 6 in fi.): e la moderazione apparentemente insita nella proposta sembra quasi l'ultimo tentativo per renderla accettabile a una scuola in cui circolava una *communis opinio* affatto opposta. Se è vera una notizia offerta da RANIERO di FORLÌ, sostenitore dell'opinione sarebbe stato anche Iacopo da Belviso; in fondo lo stesso Raniero la vede di buon occhio, a quanto si può giudicare da una sua nota alle parole accursiane «sed actiones sunt a iure civili» della gl. *emptiones* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc*: «dic, sed contra videtur infra, de conditione indebiti, l. si id quod (*Dig.* 12, 6, 64) et infra, rerum amotarum, l. I (*Dig.* 25, 2, 1) in fine, et infra, mandati, l. si tibi mandavero, § is cuius (*Dig.* 17, 1, 22, 5) coniungendo l. quidam in fine, infra, de pactis (*Dig.* 2, 14, 32?), et hoc tenet Iacobus de Belviso. Sed Dynus tenet glosam istam, *Inst. de actionibus*, in prin., et ibi per eum. Sed ego dico quod materia ex qua actiones producuntur in esse

riferita da Odofredo. Togliendo a un privato la revindica, l'imperatore sarebbe andato di nuovo contro i dettami di un sistema 'immutabile', e l'espropriazione avrebbe posto daccapo i medesimi quesiti, nei medesimi termini.

D'altronde, per mille altre vie si sarebbe potuto scalzare la teoria che al principe non fosse lecito di sottrarre il diritto sostanziale di proprietà, ma fosse lecito di togliere l'azione di revindica. La tesi era tanto fragile che Odofredo stesso finisce con l'opporle l'obiezione che «...sicut imperator non potest auferre dominium rei meae, nec *sequelam dominii*, scilicet rei vindicationem...» (87). E la forza del ragionamento appare ancora più chiara a chi ricordi come — sin dall'epoca di una

bene est de iure gentium, ut hac lege et infra, de pactis, l. iuris gentium in prin. (*Dig.* 2, 14, 7 pr.), forma autem sive inventio actionum, sive modi agendi sunt de iure civili, ut infra, de origine iuris, l. II, § deinde (*Dig.* 1, 2, 6) et infra de capite diminutis, l. eas obligationes (*Dig.* 4, 5, 8) in fine, et ibi glosa. RAY.» (VATICANO, *Vat. lat.* 1411, fo. 4rab).

Lo sfondo della problematica era costituito dalle polemiche sulla reciproca autonomia della revindica e del dominio, vivaci alla metà del Duecento (cfr. la *Margarita* di ALBERTO GALEOTTI, cap. IV, nr. 18 in fi.), ma che risalgono in sostanza ai primi tempi della scuola: non si discuteva forse sin dal tempo di Rogerio se la prescrizione sopprimesse solo la tutela della proprietà o non la proprietà stessa (ROGERII *De praescriptionibus*, II *de longi temporis praescriptione*, nr. 12, in *Tract. univ. iuris*, ed. Venetiis, 1548, XVII, fo. 48vb; sui rapporti tra *actio* e diritto sostanziale, anche *ibid.*, nr. 3)? E tale questione non si risolveva forse nell'altra — antica, sebbene sia solo parzialmente esatto ricondurla a una polemica tra Bulgaro e Martino — se per prescrizione si acquistasse il *dominium* o quell'*effectus dominii* che, per Rogerio, comprende appunto l'*actio* (cfr. MEIJERS, *Sommes*, cit., ora in *Etudes*, III, cit., p. 222 sg.)?

(87) Il principe potrebbe quindi privare il cittadino delle sole azioni personali: cfr. ODOFREDI *Comm.* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes cuiuscumque*, nr. 9 post. me. La critica di Odofredo si adeguava alle posizioni allora prevalenti nel pensiero italiano, e GUIDO da SUZZARA la fa propria (gl. in *Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi*, PARIS, *lat.* 4489, fo. 3vb: «...nam et princeps non nisi iusta causa subset non debet mihi rem meam auferre, immo nec actionem in totum tollere potest, ut C. de precibus imperatori offerendis, l. quotiens et l. rescripta (*Cod.* 1, 19, 2 e 7) et de diversis rescriptis, l. finali (*Cod.* 1, 23, 7), infra de constitutionibus principum, l. I in fine (*Dig.* 1, 4, 1, 2)...»). Ma il fermento dottrinale sollecitava anche tesi che, per la troppa audacia, erano destinate a rimanere allo stato di episodi. MARTINO da FANO giungeva a sottoporre la validità dei rescritti *contra ius gentium* emanati dal principe alla sola condizione ch'egli vi inserisse una clausola derogatoria: il che significava, come si vedrà meglio altrove, assimilarli ai rescritti *contra ius civile*. La tesi conclude una lunga glossa alla l. *rescripta* (*Cod.* 1, 19, 7). L'illiceità della disposizione avversa al diritto delle genti

nota polemica tra il Piacentino e Giovanni Bassiano a proposito della natura dell'*actio* — l'insegnamento ortodosso e prevalente aveva unito il diritto sostanziale e l'*actio* mediante il vincolo rigidissimo che corre tra causa ed effetto, vincolo che per essere condotto sul piano di una necessità logica, non poteva fare a meno di apparire così robusto da impedire che lo si spezzasse.

I dibattiti sull'esproprio, incanalati in tale direzione, rischiavano quindi di impantanarsi, sicché il timore di imboccare vicoli ciechi convinse i primi commentatori a cercare strade nuove.

Soprattutto tra gli ultramontani, come già s'è accennato, v'erano state tendenze a sottolineare a tal punto la distinzione dei modi di acquisto della proprietà — gli uni derivati *ex iure civili*, gli altri *ex iure gentium* — da permettere quasi di separare la figura del *dominium* in due categorie, a seconda dell'uno o dell'altro dei sistemi al quale essa veniva collegata dal modo con cui la si otteneva. È proprio rifacendosi alla distinzione tra una proprietà civile e una del *ius gentium* che Jacques de Révigny sembra proporre una sua soluzione singolare, ossia che al principe fosse lecito sottrarre al proprio suddito quella del primo tipo, ma

potrebbe fondarsi, oltre che sul consueto principio dell'immutabilità del sistema, anche su altri, e tutti suggestivi: «...Item resistendum est principi qui usurpat quod sui non est officii, ut infra, de iure fisci, l. prohibitum (*Cod.* 10, 1, 5), et extra territorium iusdicentis impune non paretur, ut ff. de iurisdictione omnium iudicum, l. finali (*Dig.* 2, 1, 20), et istud ius gentium sive naturale constat extra principis territorium esse: et in hac sententia est dominus Azo, quem hoc dixisse ammiror. Nam verum credo quod si clausula predicta (ossia la clausola 'non obstante lege tali') adiecta fuerit valeat, sicut contra ius civile valet, nam video quod ius civile mortuum tollit(ur) ius gentium sive naturale, ut ff. de iustitia et iure, l. ius civile est quod neque in totum (*Dig.* 1, 1, 6), multo fortius princeps qui est vivum ius civile, ut in aut. de consulibus, in fine (*Nov.* 105, cap. 2, § 4), tollere potest, quia validior est viva vox quam mortua, ut in aut. de fide instrumentorum, § quia vero (*Nov.* 73, cap. 3), et rescriptum istud lex est inter eos, inter quos indultum est, ut supra, de legibus et constitutionibus, l. II (*Cod.* 1, 14, 2). Unde et si perquam dura sit servanda est, ut ff. qui et a quibus, prospexit legislator (*Dig.* 40, 9, 12, 1), et interponenda interpretationem (= interpretatio) super ea ad solum principem spectat, ut supra, de legibus et constitutionibus, l. I (*Cod.* 1, 14, 1). Non obstat quod ius gentium sive naturale est mutabile (=immutabile), quia licet quo ad observantiam mutetur, tamen in se semper bonum et equum est. Mar. Fan.» (VATICANO, *Ross.* 582, fo. 28ra). È inutile insistere sull'originalità della tesi e dei ragionamenti!

non quella del secondo (88). Come l'espedito ricordato da Odofredo, così anche questo del Révigny rivela il desiderio del legista di giustificare l'espropriazione scendendo dal pericoloso terreno del *ius gentium* a quello più pacifico del *ius civile*. Che il principe potesse interferire col primo era possibilità che non cessava tuttora di creare un senso di disagio, ma che egli modificasse istituti propri del secondo, era cosa da poter essere senz'altro ammessa.

Nella contorta prosa dell'allievo che raccolse le lezioni di Jacques, un sottilissimo filo sembra ricondurre il meccanismo dell'espropriazione a quello dei rescritti *contra ius divinum*, quasi a suggerire per l'uno e per l'altro la stessa soluzione, ed

(88) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche) in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta* (introdotta post *Cod.* 1, 22, 2, *si contra ius vel ut. publ.*), 5^a col. post me. La separazione delle proprietà *civilis e iuris gentium* sarebbe introdotta «...cum distinctione divina...!» «...Illud saltem admittendum est cum distinctione divina introducta sunt [dominia] sub iure gentium et quandoque de iure civili, scilicet per usucapionem, ergo saltem in illo casu, in dubiis, ubi dominium est de iure civili, posset concedere imperator quod res tuae essent meae...». E conclude, ribadendo il sottile nesso con cui sin dall'inizio egli aveva accostato questa problematica a quella dei rescritti *contra ius divinum*: «...unde divina quandoque sunt de iure gentium, quandoque de iure civili...». Sono parole che sarebbero state bene in bocca a un canonista. Ed è interessante notare come l'originale costruzione del Révigny fosse tutt'altro che destinata ad aver vita breve: la si ritrova, per esempio, ancora nel pensiero di Paolo di Castro, pur con l'aggiunta dell'ormai consueto criterio della *causa publicae utilitatis* alle radici del diritto d'esproprio: «...si aliquis habet dominium ex istis modis iuris civilis princeps de plenitudine potestatis sibi potest auferre, licet quando habet per modos iuris gentium secus: nisi ex causa publicae utilitatis...» (PAULI CASTRENSIS *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iuregentium*, nr. 13). Occorre tuttavia riconoscere — per non alterare il peso specifico della teoria nell'insegnamento del Révigny — ch'egli non vi insistette molto: la *Lectura Digesti veteris* si preoccupa soprattutto di elencare, a fini ovviamente didattici, i casi di espropriazione prospettati dalle fonti (in *Const. omnem*, LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 2rb e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 2ra; in *Dig.* 1, 4, 1, *de constitutionibus*, l. *quod principi*, LEIDEN, cit., fo. 9vb e NAPOLI, cit., fo. 7va), accennando appena alla tesi d'una necessaria riduzione dell'esproprio alla sola revindica («...Item imperator de iure civili, nam per legem regiam etc. ff. de constitutionibus, l.[I] (*Dig.* 1, 4, 1) et dominia de iure gentium, infra, de iustitia et iure, l. ex hoc iure (*Dig.* 1, 1, 5), que immutabilia sunt, in *Inst.* de iure naturali, § sed naturalia (*Inst.* 1, 2, 11), et civilis ratio civilia iura tollere potest, non alia, in *Inst.* de legitima agnatorum tutela, in fine (*Inst.* 1, 15, 3). Sed actiones sunt de iure civili, ut dicunt, ff. de origine iuris, l. II, § deinde ex his (*Dig.* 1, 2, 2, 6) et ideo per rescriptum potest eas tollere imperator»: a questo punto lascia cadere la questione: cfr. il commento alla *Const. omnem*, loc. cit.).

è per questo tramite che sembra ritornare sul tappeto la famosa figura della causa. È tuttavia con Pierre de Belleperche che essa ricomincia a dominare incontrastata, come il punto centrale di tutta la questione: «...aut illud rescriptum est contra ius naturale vel gentium, et tunc dico quod cum causa sufficienti valet...». La forza equitativa della causa toglie nuovamente di mezzo l'ostacolo della disparità di piani su cui si muovono il dominio, che è *de iure gentium*, e il principe, che è invece solo *de iure civili*, tornando a fornire alle facoltà sovrane la spinta per entrare nella sfera superiore e per agirvi con pienezza (89). Cino non nasconde affatto che in tale materia dell'espropriazione — che egli definisce annosa (90), e ancora irta di pericoli (91) — la posizione degli ultramontani esercita su di lui il maggior fascino, sicché il suo insegnamento non fa che svolgere i motivi enunciati in quello del Belleperche (92).

(89) PETRI de BELLAPERTICA *Quaestio* 175 post me. Nel *Comm. in Inst.* 1, 2 *de iure nat. gent. et civ.*, soprattutto al nr. 60, i problemi circa la derogabilità dei diritti naturale e delle genti confluiscono sostanzialmente in uno solo, come già si è accennato. E la soluzione è uniformemente configurata nella necessità d'una valida causa: soluzione ch'è quindi proposta nel caso dell'esproprio come in tutti i numerosi altri, che si mescolano in un ricco elenco degli esempi più significativi. «...Aut imperator vult auferre dominium rei mee cum causa rationabili, et tunc potest — ripete il Belleperche nella *Lectura* della l. *rescripta*, dopo aver confutato l'opinione che il rescritto imperiale possa espropriar la sola azione di revindica —... aut vult dominium meum tollere sine aliqua causa de mundo, dico de potestate sua non est dubium (sic), sed de potestate que attribuitur sibi per legem dico non potest...» (FIRENZE, *Laurenz., Plut.* 6 *sin.* 6, fo. [62]va e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [35]ra). Quest'ultimo passo costituisce ovviamente la fonte della celebre enunciazione di Cino (cfr. la nota 92).

(90) CYNII *Comm. in Dig.* 1, 1, 3, *de iust. et iure*, l. *ut vim.*, nr. 16.

(91) CYNII *Comm. in Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, nr. 8 ante fi.

(92) Così, ad esempio, nel commento alla l. *rescripta* ora citato: «...ista quaestio periculosa est, et in ea distinguunt sic praedicti doctores ultramontani: aut Imperator vult mihi auferre rem meam cum causa rationabili aut sine causa... et probatur a simili de lege usucapionis quae aufert dominium ex causa, ne dominia rerum sint in incerto... ergo et princeps cum sit ipsa lex civilis animata... Secundo casu, scilicet quando vult mihi tollere dominium sine aliqua causa de mundo, si quaeratur utrum possit de facto non est dubium. Sed utrum possit de iure et de potestate sibi per iura concessa in veritate non potest...». Specie quest'ultima, vigorosa parte del commento di Cino è ben nota, per essere stata posta ripetutamente in rilievo dalla storiografia. A completarne l'insegnamento, comunque, occorre rammentare che, seppure Cino si dichiara convinto che non spetti al suddito d'indagare volta per volta l'esistenza della causa, questa dovendo essere sempre presunta così da

15. Il successo di tale impostazione è ben misurato dalla rapidità con cui si pongono nell'ombra gli altri spunti, pur ancora ben vivi nei giuristi francesi. E se talora li si vedrà riemergere, essi si affacceranno, timidamente, soprattutto col l'andar del tempo, relegandosi ogni volta in secondo piano. Nella prosa di Iacopo Bottrigari, per esempio, se ne odono solo echi lontanissimi, affaccendato come egli si rivela a ridurre la questione, già così complessa, ai suoi termini più scarni, ossia, naturalmente, all'esame della causa (93). Ne resterà colpito Bartolo, e

implicare comunque la validità del rescritto *quo ad observantiam* — motivo d'altronde antico e di cui meglio si tratterà in séguito —, egli tuttavia non rinuncia a esortare alla moderazione quei principi che troppo spesso confondevano le loro ampie capacità *de facto* con le più limitate facoltà *de iure*. E conclude: «...negari tamen non potest quod si mihi rem meam auferat sine causa, quod ipse peccat...». Se egli ribadisce poi anche altrove di andar debitore dell'impostazione agli ultramontani (cfr. ad esempio lo stesso *Comm. in Cod.* 1, 19, 7, al nr. 8 ante fl.), può essere interessante di riscontrare tra le sue fonti anche la chiara enunciazione d'Innocenzo IV. Così, leggendo il *Dig.* 1, 14, 3 (*de officio praetoris*, l. *Barbarius*, nrr. 6 e 7 in pr.), egli spiega che «...populus Romanus, dum erat imperium apud eum et similiter hodie, potest auferre alicui rei suae dominium, quod intelligendum est causa subsistente... alias sine causa non posset: quia Imperator constituit ius civile et ius civile naturalia tollere non potest, ut notatur supra, de constitutionibus principum, l. I (*Dig.* 1, 4, 1) et plene per Innocentium, extra, de constitutionibus, c. quae in ecclesiarum (*Comm. in c.* 7, X, I, 2, cit.)».

(93) Egli se la cava in modo alquanto sbrigativo: i rescritti *contra ius divinum* non valgono, a meno che non si contentino di *distinguere* la norma superiore: e fin qui Iacopo non compie alcun passo avanti nei riguardi della vecchia impostazione della glossa. Quanto al rescritto *contra ius humanum*, «...tunc aut contra ius civile et bene valet, nam imperator si velit potest mihi actionem tollere quae est de iure civili. Si autem est contra ius naturale vel gentium, ut quia vult mihi dominium rei meae auferre, ... dicit glossa, infra, eodem, l. finali (gl. *generali iure* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel utilitatem publicam*, l. *omnes cuiuscunque*), quod non potest regulariter, sed fallit in casibus. Quod non placet, quia et immo ea quae sunt iuris naturalis vel gentium mutabilia tamen potest ex causa auferre». E suona inutile la successiva precisazione, dall'aspetto d'una polverosa reminiscenza estranea allo svolgimento logico del discorso, che la proprietà non deriva solo dal *ius gentium* perché la si può acquistare anche per diritto civile: com'è il caso dell'usucapione. D'altronde l'indagine riprende subito il filo innaturalmente interrotto, elencando vari esempi di cause capaci di giustificare l'esproprio: l'utilità pubblica, un particolare tipo di contratti dello Stato con terzi — come raffigura la nota legge di Zenone —, l'esercizio della giurisdizione a meno che non venga viziato dall'errore. Approfondendo poi il caso dell'esproprio fatto *per privilegium* non si diparte dalla sua impostazione: «...sed aliquando vult auferre dominium per modum privilegii et non potest secundum quosdam: quod non placet. Quia si potest per modum

dicendo che «...dominus Iacobus Butrigarius dicebat *simpliciter* quod princeps potest auferre mihi dominium rei meae aliqua causa...» (94), non spiega se egli approvasse, o deprecasse, l'eccessiva concisione del maestro.

La causa, in fondo, era l'ultimo baluardo con cui le esigenze di legalità tentavano di arginare i poteri del principe, ritenuto ormai capace di espropriare: baluardo tuttavia non così solido come potrebbe apparire. Quando Baldo, stranamente preoccupato di ampliare i diritti dell'imperatore nei confronti della sfera dei diritti del cittadino, riprenderà non solo il vecchio motivo che in ogni attività sovrana la causa va presunta, ma avvertirà addirittura che qualunque tipo di causa — quindi anche quella soltanto *motiva* — basta al principe per convalidare i propri rescritti *contra ius gentium*, egli aprirà una strada assai pericolosa (95). Pericolosa perché la causa *motiva* o *impulsiva* era già stata relegata nel campo proprio della mera *occasio*: anzi, le si era negata formalmente la stessa qualifica di 'causa'. E vi sarà chi, ricordando la teoria di Baldo, potrà dirsi sicuro ch'essa volesse concedere al sovrano di poter espropriare anche *de plenitudine potestatis*, e quindi *sine causa* (96). Il che avrebbe significato il tramonto di ogni mito legalitario.

generalis legis, potest fortius per modum specialis, cum fortior sit ratio in lege speciali quam in generali... *quod intelligo cum causa...*» (cfr. IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in *Cod.* 1, 22, 2, *si contra ius vel ut. publ.*, l. *praescriptione*, ca. fi.).

(94) BARTOLI *Comm.* in *Cod.* 1, 22, 6, *si contra ius vel ut. publ.*, l. *omnes cuiuscunque*, nr. 2.

(95) BALDI *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, nr. 10. Non mancheranno tuttavia reazioni a tale modo di vedere, e specialmente taluni canonisti metteranno in rilievo l'esigenza di una causa *legitima*, «...nam si non est legitima non dicitur causa sed occasio...» (PANORMITANI *Comm.* in c. 2, X, 1, 2 *de constitutionibus*, c. *cognoscentes*, nr. 2 ca. fi. e nr. 3): a chiunque sia pratico della terminologia medievale appare evidente l'intenzione di richiedere la sussistenza d'una causa finale e di escludere l'idoneità d'una causa impulsiva.

(96) Così, tanto per fare un esempio, penserà Filippo Decio, convinto che «...de plenitudine potestatis potest imperator *etiam sine causa* rem propriam alicui sibi auferre ut notat Baldus in l. *rescripta*, col. fi., in versiculo tertio...»: ch'è proprio il passo ove Baldo propone la sufficienza d'una qualsiasi *causa motiva* perché si renda lecito al sovrano di espropriare (DECII *Cons.* 198, nr. 2 ca. me.). In realtà, che Baldo ammettesse l'espropriazione *sine causa* è forse vero, ma è probabile ch'egli non intendesse affatto porre così un principio rivoluzionario, ma volesse limitarsi ad alludere a taluni casi soltanto, e già adombrati dalla dottrina precedente. Un esempio può essere quello del dominio acquisito

Ma su questo indirizzo della scuola, che era propenso ad allargare i poteri del sovrano, ed era quindi dialetticamente opposto all'esigenza d'una loro valutazione sul metro della giusta causa, occorrerà dedicare in altro luogo un discorso a parte.

16. Nel problema della validità dei rescritti contrari al diritto divino, naturale e delle genti, l'ostacolo teorico maggiore era stato dunque costituito da ciò che le norme dell'imperatore si muovevano su un piano più basso, mentre i tre sistemi 'immutabili' appartenevano a una sfera più elevata, sicché appariva illogico attribuire alle prime la capacità di intaccare normalmente gli altri: ma nella figura della causa i giuristi avevano trovato la forza necessaria a condurre la *voluntas* del legislatore su piani che trascendevano di regola la disciplina del diritto civile. A volere abordare invece la questione della modifica di quest'ultimo, s'intuisce che i ragionamenti dovessero svolgersi su binari del tutto diversi, perché la norma modificante e quella modificata erano poste entrambe sul medesimo terreno, appartenendo a quello stesso ordinamento che discendeva tutto dall'*auctoritas* sovrana. Sicché in quest'ultima questione l'elemento *voluntas* della legge acquistava importanza maggiore — sebbene certo tutt'altro che esclusiva — dell'elemento *causa*; ed è interessante vedere come questi due caratteri essenziali della norma si definiscano proprio osservando come la problematica che essi suscitavano ricolleghava il secondo ai tre sistemi universali, il primo all'ordine del mero *ius civile*.

È vero che la rappresentazione della causa come sorgente di equità finì col trasformarla in esigenza sostanziale di tutto il processo normativo, e si cominciò a richiederla, oltre che nei rescritti contrari ai sistemi superiori, anche in quelli

mediante una sentenza e perso con l'annullamento di questa ultima mediante altra sentenza: ma era un caso che trasportava il problema dal più alto terreno delle norme *contra ius gentium* a quello delle disposizioni *contra ius civile*, sul quale ultimo la figura della sentenza era appunto poggiata. Non si trattava quindi se non di una modulazione della teoria che si è già vista propugnata più volte soprattutto dagli ultramontani, e tendeva a superare almeno gli ostacoli teorici maggiori offerti dall'espropriazione configurandola come una deroga al *ius civile*, almeno in certe fattispecie e solo in quelle (cfr. BALDI *Comm. in Cod.* 7, 50, 3, *sententiam rescindi non posse*, l. *impetrata*, nr. 11).

emanati *contra ius civile* (97). Il fenomeno rispecchia quel rinforzarsi delle idee legalitarie — col loro contorno etico — forse stimolato anche dall'insegnamento di Tommaso, notoriamente attivo sulla scienza giuridica posteriore, e non soltanto canonistica (98): Baldo, estendendo assai uno spunto di Bartolo, potrà ridurre addirittura i rescritti *contra ius civile* a quelli *contra ius divinum*, ogniqualvolta una eccessiva lesione della *aequitas naturalis* comporti un peccato nel postulante e nel legislatore (99). A quali conseguenze teoriche potesse condurre una simile

(97) Qui dovette pesare anche la costruzione della *causa legis*, che sin dai tempi della prima glossa aveva inteso ancorare ogni espressione legislativa all'ordinamento, sancendo un attraente parallelismo con la causa del negozio: ma se ne tratterà fra poco. Per continuare a mantenersi entro i confini dello speciale problema dei rescritti derogatori di norme generali, è interessante notare come nella stessa scienza canonistica — pur particolarmente sensibile agli attributi della *plenitudo potestatis* — la teoria classica della lecita emanazione di norme *contra ius civile* anche in difetto d'una causa finisse col ricevere critiche sempre più audaci col passar del tempo. «...An possit princeps scribere seu statuere *contra ius positivum* — si chiede il Palermitano — et communiter tenetur quod sic, quia est *ius positivum*... Ego tamen dicerem, quod ubi non subest legitima causa veniendi *contra ius positivum*, princeps peccat illud violando. Quia debet facere ut bonus paterfamilias, quia data est ei potestas pascendi oves, non autem turbandi seu molestandi, et debet procedere ex rectitudine iustitiae et aequitatis, non autem ex affectione speciali...» (PANORMITANI *Comm.* in c. 7, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *quae in ecclesiarum*, nr. 17).

(98) Cfr. S. THOMAE *Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 97, art. 2: «...mutatio legis communi salutis detrimentum adferre solet, non semper lex mutanda est, quando aliquid melius occurrit, nisi adsit evidens necessitas, aut maxima reipublicae utilitas». Ove l'eco — oltre che dell'antico insegnamento canonistico che si era appunto diffuso intorno all'esigenza d'una *necessitas* o almeno d'una sicura *utilitas* nel momento legislativo — anche di un notissimo frammento ulpiano (*Dig.* 1, 4, 2) poteva aumentare il prestigio della formulazione di Tommaso sul pensiero dei giuristi.

(99) BALDI *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, nrr. 12 e 13: «...quarto quaeritur utrum Imperator possit rescribere *contra ius civile*: et loquor sine causa, quia cum causa non est dubium quod potest...». L'esempio proposto (al nr. 13) è quello classico della norma che privi il cittadino di quel suo diritto d'azione che, secondo l'insegnamento dominante, derivava dal mero diritto civile: «...posset dici quod, si huiusmodi actio nititur naturali aequitate, non possit tolli per rescriptum: quia hoc rescriptum in impetrante et etiam in concedente inducit peccatum, et sic est *contra ius divinum*. Si autem actio non nititur aequitate sed solo rigore — ut in chirographo post biennium et in re iudicata *contra veritatem* — tunc credo quod possit rescribere cum clausula 'non obstante'».

audace affermazione è facile se non altro intuire: Baldo stesso ci informa che la prima conclusione era l'esigenza di una causa nella maggior parte delle norme contrarie al diritto positivo.

Ma tali puntate estreme non riescono a sconvolgere la trama della tematica relativa ai rapporti tra la norma positiva e l'ordinamento civile. Tematica soprattutto delicata se quella norma era un rescritto (100): qui i problemi centrali vertevano sulla *certa scientia* del sovrano e sulla necessità d'una clausola derogatoria esplicita, ossia, in definitiva, sull'accertamento della corretta formazione della sua *voluntas*.

A questo punto l'indagine dovrebbe quindi dirigersi agli aspetti soggettivi della norma: sicché occorre interromperne lo svolgimento, rinviandolo.

(100) Delicatissima se non altro perché «...maturius et deliberatius fit legis promulgatio quam rescripti concessio...», per esprimersi con le parole di GIOVANNI D'ANDREA (gl. *noscatur* in c. 1, VI, 1, 2 de *constitutionibus*, c. *licet*). Il che comportava, all'atto pratico, il moltiplicarsi di quesiti sempre più sottili.

CAPITOLO QUARTO

«Potestas» e «causa»

SOMMARIO: 1. Il problema posto dalla l. *digna vox*. — 2. «Princeps non est sub lege fori, est tamen sub lege poli». — 3. Di talune enunciazioni legalitarie note e poco note. — 4. Una celebre *quaestio* di Guido da Suzzara. — 5. L'azione della componente etica nelle esigenze legalitarie. — 6. La *absoluta potestas* nelle visioni legalitarie di Innocenzo IV e di Andrea d'Isernia. L'intervento della *causa* nella problematica. — 7. Analoghe impostazioni a proposito della discrezionalità del giudice penale. — 8. Un cenno sulla diversa valutazione della *multitudo delinquentium* data da civilisti e canonisti. — 9. Una glossa di Niccolò Ruffolo. — 10. «Causa excusat a dolo». — 11. «Ex causa licet leges transgredi».

1. Si è potuto riscontrare che il problema nel quale meglio si delinea il fenomeno legislativo è proprio quello delle norme *contra ius*, perché vi si raffigura uno di quei momenti tumultuosi ove, si direbbe nel linguaggio corrente, ogni nodo viene al pettine. Ne è infatti affiorato il bisogno di un ancoramento della norma a un dato obiettivo certo, ossia quell'esigenza della *iusta causa* che garantiva l'armonico contatto con i sistemi superiori, denominati dalla scienza *iura aequissima*.

Ma viene spontaneo di chiedersi come giocassero questi medesimi motivi nella rappresentazione medievale di quegli organi cui erano affidati i momenti cruciali nella vita della legge, la sua nascita e il suo estinguersi nell'applicazione pratica: e qui si affaccia anzitutto la figura del principe legislatore e il problema dei modi in cui le aspirazioni legalitarie condizionarono il disegno dei suoi poteri: richiamando i noti e più recenti risultati storiografici (1) basterà ricordare pochi dati.

(1) Trascurando, per il momento, di ricordare la storiografia soltanto canonistica, i cui risultati toccano tangenzialmente l'oggetto specifico di questa trattazione, si allude soprattutto ai quadri d'insieme che, nel giro degli ultimi anni, sono stati offerti da ULLMANN, *The Medieval Idea of Law as represented by Lucas de Penna*, London, 1946, p. 50 sgg.; DAVID, *Le serment du sacre du IXe au XVe siècle. Contribution*

È ben noto che lo spunto per feconde elaborazioni venne ai glossatori dal contrasto, che essi scoprirono, tra la pericolosa massima che raffigurava un *princeps legibus solutus* (2) e la celebre legge *digna vox*, ove Teodosio proclamava pomposamente l'opportunità che «...legibus alligatum se principem profiteri...» (3). Ponendo a raffronto i due opposti principî, il glossatore cercò presto la soluzione che, salvando formalmente la massima dell'indipendenza del sovrano da ogni legge, la temperasse tuttavia in modo tale da adeguarla ai postulati della sua coscienza. Per una volta, la scuola si trovò concorde nel riconoscere che, se i sudditi debbono osservare le leggi *ex necessitate*, i principî lo debbono soltanto *ex voluntate*: soluzione che non è poi impacciata come potrebbe sembrare a prima vista (4), anche se è

à l'étude des limites juridiques de la souveraineté, in *Revue du Moyen Age latin*, VI, 1950, p. 221 sgg.; MARONGIU, *Concezione della sovranità e assolutismo di Giustiniano e Federico II*, in *Atti del Convegno internazionale di studi federiciani*, Palermo, 1952, p. 38 sgg.; NICOLINI, *La proprietà, il principe e l'espropriazione per pubblica utilità*, rist., Milano, 1952, p. 115 sgg.; CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*², rist., Milano, 1953, p. 267 sgg.; MARONGIU, *Concezione della sovranità di Ruggero II*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XXVI-XXVII, 1953-54, p. 127 sgg. e in *Scritti Mochi Onory*, Milano, 1958, p. 121 sgg.; ID., *Un momento tipico della monarchia medievale: il re giudice*, in *Jus*, nuova serie, V, 1954, p. 390 sgg.; DAVID, *La souveraineté et les limites juridiques du pouvoir monarchique du IXe au XVe siècle*, Paris, specialmente p. 246 sgg.; NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*², Padova, 1955, p. 151 sgg.; CALASSO, *Causa legis. Motivi logici e storici del diritto comune*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XXIX, 1956, p. 25 sgg. e in *Scritti Mochi Onory*, cit., p. 357 sgg. Della vasta bibliografia meno recente, alcune opere verranno ricordate via via, mentre quelle che riguardano il problema connesso della *plena potestas* — specialmente abbondanti nel campo canonistico — saranno utilizzate altrove.

(2) Cfr. *Dig.* 1, 3, 31 e *Inst.* 2, 17, 8 in fi.

(3) *Cod.* 1, 14, 4.

(4) Il sostanziale accordo della glossa su questo punto è rilevato dallo SCHULZ, *Bracton on Kingship*, in *English Historical Review*, LX, 1945, ora in *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, II, Milano, 1954, p. 54 sgg.

Nelle glosse interlineari più antiche alla parola *alligatum* della *digna vox* il principio assume la formulazione «voluntate, non necessitate, ut iustum sit hanc vicem eis ferre»: il PESCATORE (*Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888, p. 93) ne ha edito un esemplare che reca la sigla I., con varianti consistenti in mere trasposizioni di parole («...ut hanc vicem eis referre iustum sit»); senza sigla, poi, questa glossa è diffusa (VATICANO, *Pal. lat.* 761, fo. 22rb e *Vat. lat.* 11598 fo. 17vb). Nelle formulazioni successive, la *digna vox* solleciterà anzitutto l'accentuazione del confronto tra la posizione del principe e quella del suddito PLACENTINI *Summa Codicis*, 1,14 de *legibus et const.*, ca. me.: «...Inquit imperator leges observari

vero che taluno sentì di doverla rassodare ricordando gli impegni legalitari che ogni imperatore assumeva esplicitamente dopo l'elezione (5).

debere a subiectis ex necessitate, a principibus ex voluntate: hocque imperator dicit suadendo. 'Digna vox', inquit...». Anche la glossa vacariana alla rubrica stessa *de legibus*: «...observare autem leges debent tam ceteri quam imperator. Sed ipse ex propria voluntate, ceteri ex necessitate...»: cfr. *Liber pauperum*, I, 8, ed. DE ZULUETA, London, 1927, p. 13). In secondo luogo sposterà gli angoli visuali sull'implicita diminuzione dello *status* imperiale, diminuzione di cui verrà ribadita l'accettazione spontanea (AZZONE, gl. *alligatum*: «si dicat se allegatum nonne mentitur? Non ergo digna vox est. Responde: profiteri debet se alligatum esse velle, non se alligatum ex necessitate»: in tale forma, però senza sigla, la glossa appare in PARIS, *lat.* 4536, fo. 16vb; nel VATICANO, *Vat. lat.* 11599, fo. 19rb, essa porta la sigla az. ma è mutilata delle parole «esse velle non se alligatum», per un'evidente svista che rovescia il senso della frase. Quanto al rilievo dato alla spontaneità dell'atto, cfr. i commenti parigini attribuiti a CARLO di TOCCO, sempre alla l. *digna vox*, PARIS, *lat.* 4546, fo. 11va: «Leges nostre ab omnibus sciri debent etiam (= et) ab omnibus observari, ergo ab imperatore, non ut eius vitam constringant, sed ut *sponte* colla (= collum) legibus subdat...»; l'identico tono si coglie nella glossa apposta, alle stesse parole, dall'allievo di Vacario, ed. cit., p. 16: «scilicet ut legibus vivat *sponte*, non necessitate eis subiectus»). L'insistenza con cui la scuola inglese ritorna sul motivo — e non se ne dimentichino i riflessi nel pensiero politico più antico (chiari in Giovanni di Salisbury e nel suo *Policratico*, IV, cap. 6, ed. WEBB, Oxonii, 1909, p. 252) — dimostra la sollecitudine per il problema della legalità. Diveniva logico a questo punto collegare quest'interpretazione della *digna vox* con la celebre massima dell'assolutismo: la glossa azzoniana *legibus solutus* in *Dig.* 1, 3, 31, *de legibus et senatus consultis*, l. *princeps* spiega: «voluntate tamen sua seipsum subiicit, ut C. eodem, l. II *digna vox*, maxime ideo quia semper cum eligitur cavet se observatum leges. az.» (VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 2va e *Vat. lat.* 2512, fo. 2vb. Nel ms. PARIS, *lat.* 4461, fo. 5rb l'identica glossa — con la sola mancanza della citazione — appare siglata h.: ma si è già osservato come lo scambio delle sigle di Azzone e di Ugolino sia frequente). A parte l'interessante richiamo al giuramento imperiale, la glossa si diffonde (è adottata nella scuola di Vacario, loc. cit., p. 15) e passa nell'apparato accursiano (cfr. CALASSO, *Gli ordinamenti*, cit., p. 269 sg.), nel quale d'altronde essa ispira il commento ad altra fonte che pure alimentò questi motivi: si allude all'affermazione messa in bocca a Severo e Antonino (*Inst.* 2, 17, 8) che «...licet... legibus soluti simus, attamen legibus vivimus...» («id est vivere volumus», spiegherà Accursio).

Si può concludere osservando come già nella più antica scuola dei glossatori talune formulazioni tendessero tuttavia a rinsaldare il vincolo che sottoponeva il principe alle leggi, modificando un po' la tradizione che ne faceva un problema di buona volontà dell'imperatore. Una glossa parigina alle parole *legibus solutus* della solita massima romana (*Dig.* 1, 3, 31) chiarisce: «scilicet quantum ad necessitatem, non quantum ad observantiam, *princeps enim secundum leges vivere debet*» (PARIS, *lat.* 4450, fo. 4r). Si vedrà che tale indirizzo era destinato ad avere qualche séguito.

(5) Cfr. la gl. *legibus solutus* in *Dig.* 1, 3, 31 — riportata alla nota precedente — che appare siglata Azzone in due codici vaticani (il motivo ricorre d'altronde nella sua *Lectura* della l. *digna vox*, nr. 18)

«...De auctoritate iuris nostra pendet auctoritas...», diceva l'imperatore nella legge *digna vox*. E l'interprete si affrettava a mettere in rapporto tale affermazione con la circostanza che appunto mediante una legge il sovrano aveva ottenuto la pienezza del potere: «habuit a populo *lege Hortensia* lata, nam ei et in eum omne ius suum transtulit...», aveva infatti osservato Azzone (6).

Insegnamento piuttosto singolare, questo, e tuttavia presto chiamato a divenire patrimonio comune non solo dei glossatori, ma anche dei commentatori, sebbene gli si debba riconoscere una certa difformità dai veri intendimenti di Teodosio. La legge di quest'ultimo era d'altronde una ricchissima miniera di spunti. Non diceva infatti il principe che «...re vera maius imperio est submittere legibus principatum...»? E Azzone, da cui Accursio attinse, come al solito, a piene mani, aveva subito spiegato: «...quia maius est si aliquis leges observet, quam si esset imperator. Primum enim de virtute animi est, quia cum quis observat leges, non facit nisi licita et honesta, et carnem refrænat a suis desideriis. Imperium autem est a fortuna unde, si fortuna volet, fiet de rhetore consul, si volet haec eadem fiet de consule rhetor...» (7).

e Ugolino in un ms. di Parigi. La garanzia di legalità rappresentata dal giuramento del principe è stata d'altronde messa in risalto dal MARONGIU, *Un momento tipico*, cit., p. 40 sgg.

(6) AZONIS *Lectura Codicis* in *Cod.* 1, 14, 4, *de legibus et const.*, l. *digna vox*, nr. 15. Anche *Summa, eod.*, nr. 16. Non so se le frequenti glosse interlineari anonime alla parola *iuris* che appaiono nella forma semplificata «legis regie» (cfr. ad es. VATICANO, *Vat. lat.* 1427, fo. 22v; PARIS, *lat.* 4536, fo. 17ra) siano preazzoniane: comunque alla stesura più completa «id est legis regie ut infra, de veteri iure enucleando, l. I, § sed et hoc studi[osum] (*Cod.* 1, 17, 1, 7)» la sigla Azzone è aggiunta dal VATICANO, *Pal. lat.* 763, fo. 11rb (omessa invece dal *Vat. lat.* 11599, fo. 19rb, che contiene tuttavia gran parte dell'apparato azzoniano). L'insegnamento passa nella gl. accursiana *de auctoritate* in l. *digna vox*, cit. («...et quod dicit 'iuris', scilicet legis regiae, quae est de imperio transferendo de populo in principem...»).

(7) AZONIS *Lectura Codicis* in l. *digna vox*, cit., nrr. 15 e 16. Anche *Summa, eod.*, nr. 16. Alle parole *re vera maius* e nella forma «nam esse imperatorem fortuna est, legibus autem supponi virtus est» l'insegnamento ricorre in una glossa con la sigla a. — che potrebbe anche indicare Azzone — nel VATICANO, *Pal. lat.* 761, fo. 22rb (con la sostituzione di «fortune» a «fortuna», di «virtutis» a «virtus» si trova anche nel *Vat. lat.* 11598, fo. 18ra: se qui la glossa è anonima, essa è tuttavia inserita in un complesso che porta ripetutamente la sigla a.). Nel commento della l. *digna vox* ascritto a CARLO di TOCCO l'enunciato ricalca quello azzoniano: «...Nam imperatorem esse fortune est, quia fortuna [si] volet fiet de rethore consul, leges vero observare virtutis et glorie est: constat autem maius esse et dignius quod virtutis est

Sorvolando pure sul fatto che tutti questi motivi diverranno tradizionali nella scuola, tanto da venir ripetuti con monotona insistenza sino dai commentatori più tardivi, è su di un'altra nota di Azzone che viene spontaneo di soffermarsi, perché vi si vede introdotto un chiarimento nuovo. Teodosio aveva designato la sua legge con l'appellativo di *oraculum praesentis edicti*: interpretando a modo suo l'espressione ostentata dall'imperatore, Azzone commenta: «...et bene dicit oraculo, quia per legem istam *orat* futurum imperatorem quod ita faciat, cum ei imperare non possit...». E conclude: «...unde iurat imperator quando assumit imperium se observaturum leges...» (8).

Per quanto bizzarra in apparenza, la glossa rispondeva a uno dei quesiti più correnti che la problematica ponesse, e derivava dalla diffusa convinzione che il

quam quod fortune...» (PARIS, *lat.* 4546, fo. 11va). Letture diverse, e tutte anonime, si ricavano da codici vari: «imperium enim fortune est et inter media bona numeratur» (PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, cit., p. 93); «imperium enim non est nisi fortune, sed submittere principatum legibus est sempiternae glorie» (VATICANO, *Vat. lat.* 11599, fo. 19rb); «imperium enim fortune est, sed submittere colla legibus est sempiternae glorie et virtutis prime» (PARIS, *lat.* 4536, fo. 17ra), ecc. Sono forse glosse che si riallacciano a quella azzoniana: ma non è affatto escluso che la derivazione della legalità dalla virtù del principe fosse tradizionale (cfr. la gl. *submittere legibus* del VATICANO, *Vat. lat.* 1427, fo. 22v: «quo ipso bonus fit»).

Ripresa quasi testualmente dalla glossa accursiana *principatum* non incontrerà in séguito che obiezioni poco rilevanti: grave avrebbe potuto essere solo quella, proposta talvolta dai commentatori, che l'impero non viene dalla fortuna, ma da Dio. Ai loro tempi il quesito vedeva facilitata la risposta dalla distinzione teorica, lanciata dalla scuola di Orléans, tra l'impero inteso come *officium* astratto e la sua incarnazione nei singoli individui. Sicché Cino potrà dire dell'insegnamento azzoniano che «...verum est quod de fortuna est ut Henricus sit imperator vel Martinus...», e con tale precisazione, sicuro di restringere sufficientemente la portata dell'antica teoria della glossa, salverà quest'ultima e acqueterà la propria coscienza (cfr. l'*additio*, anch'essa di CINO, alla l. *digna vox*, cit., ca. me.).

(8) AZONIS *Lectura Codicis*, loc. ult. cit., nrr. 17 e 18. Il singolare spunto, tratto dall'uso della parola *oraculum* della norma teodosiana, rispondeva però a una comune interpretazione di questa, intesa appunto più come un consiglio rivolto ai successori che non come un comando. Lo spiega bene il Piacentino, ma si trattava d'una tesi generale (PLACENTINI *Summa Codicis*, I, 14 *de legibus et const.*, ca. me.: «...hocque imperator dicit suadendo: 'digna vox', inquit etc., suasionis causa ponendo cum dicit, quia de auctoritate legis pendet auctoritas regis. Item commendatus fieri cupit cum dicit: 'et vera maius' etc. Sui quoque exemplum tribuit dicendo 'quod nobis licere non patimur indicamus'...»).

principe non potesse ritenersi vincolato in senso tecnico dalle norme dei suoi predecessori, non essendo soggetto alla loro autorità: «...imperator tamen unus successori suo imperare non potest, sed suadere ut leges servet, et suasionis causam proponere...», insegna ancora Azzone (9). Non era infatti noto a tutti il principio che ‘par in parem non habet imperium’ (10)? Ne scaturiva come conseguenza logica che se l’imperatore dicesse «...ego sum legibus obligatus, mentiretur...» (11).

Tale constatazione sembra riportare il glossatore al punto di partenza, riaffermando quella figura del *princeps legibus solutus* che proprio la legge *digna vox* era sembrata destinata a smantellare.

2. Sulla scorta di tale problematica, di cui s’è intravista la ricchezza, diventa facile comprendere il fondo di quell’ambigua soluzione, unanimemente accolta dalla scuola eppure a prima vista così incerta e poco rigorosa: ossia che il sovrano restasse svincolato dalle leggi, ma vi si sottoponesse di propria spontanea volontà. I primi commentatori, colpiti da ciò che una legge poteva riferire il verbo *oportet* alla persona dell’imperatore, diranno che «...dicit hic litera ‘oportet’, quod est verbum necessitatis, quae non cadit in principem, qui non habet parem vel maiorem... vel ‘oportet’, id est ‘opportunum est’, nam duplex est necessitas, una ex parte personae, et illa non cadit in principem, alia est ex parte rei: ut ecce domus corruit, nisi reficiatur: oportet ergo ut reficiatur, id est opportunum est propter rem salvandam... et haec necessitas bene potest esse in rebus principis, sicut in aliis...» (12).

(9) AZONIS *Summa Codicis*, I, *de legibus et const.*, nr. 16. Il motivo sarà poi svolto, ma senza alcun apporto originale, dai giuristi successivi, a cominciare da ODOFREDO, *Comm. in Dig.* 1, 3, 31, *de legibus et senatusconsultis*, l. *princeps legibus*, nr. 1, e *Comm. in Cod.* 1, 14, 4, *de legibus et const.*, l. *digna vox*, nr. 2.

(10) *Ibid.*

(11) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *se principem profiteri* in l. *digna vox*, cit., nr. 18.

(12) CYNII *Comm. in Cod.* 1, 14, 1, *de legibus et const.*, l. *inter aequitatem*, in pr. Se le espressioni di Cino sono particolarmente chiare, l’insegnamento era però del Belleperche: «...hic dicit oportet: exponemus id est decet. Sic alias ‘ea que necessario’ etc., idest deceter, ut supra de novo Codice componendo, const. una in prin. (Const. *haec* in pr.). Vel aliter: est duplex necessitas, quedam est ex parte

Ma all'epoca di Cino le posizioni moderate che avevano difese i glossatori, incapaci di rinnegare la massima che il principe fosse sciolto dalle leggi, cominciarono già a venire aggirate con argomentazioni che, pur senza attaccarle frontalmente, svelavano tuttavia a sufficienza il rinforzarsi delle teorie legalitarie. E già il Révigny, aderendo formalmente all'opinione tradizionale, aveva sì ripetuto che il sovrano si sottopone volontariamente alla legge — «...verius non de necessitate est alligatum, sed de honestate...» —, ma aveva poi subito aggiunta una precisazione che mostra come egli, se non nella sua veste di giurista, almeno in quella di uomo medievale, sentisse in fondo all'animo il desiderio di corrodere ulteriormente il principio dell'assolutismo. Per una persona nobile — ragiona il Révigny — l'onestà «...est modus eum ligandi et reputatur vinculum. Unde honestas eum obligat...» (13).

rei (P om.: rei), quedam est ex parte personarum. Dico: quedam est necessitas ex parte personarum, et dico tali necessitate non imponitur sibi necessitas; alia est necessitas ex parte rerum — necessarium est quod domus ista cooperiatur (sic) —: dico [de] tali necessitate loquitur lex presens. Oportet (P add.: quod), non ex parte persone, sed supposita necessitate rei, et quod ita sit probatur ff. de impensis in rem dotalem factis, l. III (Dig. 25, 1, 3) et ff. de administratione tutorum, l. decreto (Dig. 26, 7, 24) circa medium legis...» (PETRI de BELLAPERTICA *Lectura in Cod.* 1, 14, 1, *de legibus*, l. *Inter aequitatem*, FIRENZE, *Plut.* 6 sin. 6, fo. [48]va e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34 (P), fo. [24]rb).

A prescindere dalle precedenti constatazioni civilistiche — prive qui d'interesse perché relative a problemi del tutto estranei al nostro — che in singole fonti riconoscono al verbo *oportet* il significato di *debet* (per es. ACCURSII gl. *prius* in Dig. 1,1,1 pr., *de iust. et iure*, l. *iuri operam*), certo l'indagine filologica che rappresenta il presupposto teorico della posizione di Cino è dovuta alla glossa canonistica: basti ricordare l'esauriente esposizione dell'apparato ordinario del Decreto nella gl. *oportere* in c. 1, C. XXV, q. 1: «hoc verbum 'oportet' est [hic] verbum honestatis. Sic ponitur XIX, q. 1, c. 1, sicut hec dictio 'debet' quandoque honestatem designat, ut extra, de desponsatione impuberum, tua (c. 2, Comp. I, IV, 2 poi c. 1, X, IV, 2), quandoque est verbum officii, ut XXV di., unum (c. 3, D. XXV), quandoque est verbum necessitatis, ut III, q. IX, non oportet (c. 5, C. III, q. 9): *hoc ideo dico quia princeps legibus solutus est*, ut extra. de electione, significasti (c. 21, Comp. I, I, 4, poi c. 4, X, I, 6), *tamen honestum est ut secundum leges vivat*, ut ff. de legatis III, l. ex imperfecto (Dig. 32, un., 23), C. de testamentis, ex imperfecto (Cod. 6, 23, 3)». Una sintesi di questo insegnamento verrà anzi collegata dal PASCIOVERO a una fonte civilistica (gl. *oportet* in l. *iuri operam*, cit., VATICANO, *Vat. lat.*, 2689, fo. 119vb): «idest decet, sic ponitur VIII, q. 1, oportet (c. 12, C. VIII, q. 1). Quandoque autem est verbum honestatis, ut XXV, q. 1, c. 1, ubi de hoc. Et quandoque est verbum veritatis, ut III, q. VI, neminem (c. 16, C. III, q. 1). Quandoque vero verbum est officii, ut XXL d[i]., unum (c. 3, D. XXV), pas.».

(13) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche) in l. *digna vox*, cit., post pr. Sul tronco di questa idea si innesterà la convinzione che il principe si nobilita, anziché degradarsi,

E Cino ribadirà con forza ancora maggiore: «honor reputatur vinculum sacri iuris et utilitas ipsius...» (14); Signorollo degli Omodei, fatto il dovuto omaggio alla tradizione — «...honestas ligat principem quia vult...» —, oserà addirittura ricordare ch'essa «...quandocumque ligat sive velit sive nolit...» (15).

Il progredire delle esigenze di legalità non conduce a una rottura coi vecchi motivi enunciati dalla glossa: ma cento spunti originali mutano il tono dei discorsi.

Si diffonde viepiù un'antica massima, ravvivata da una delle consuete assonanze grate al gusto medievale e da tempo in uso specialmente nella scuola canonistica: 'princeps non est sub lege fori, est tamen sub lege poli' (16).

La regola cristallizzerà presto le visioni correnti dei civilisti medievali.

A queste finirono poi col collegarsi le singolari tendenze della scuola francese, soprattutto trecentesca — echeggiate però talvolta anche dalla nostra —, che si sbizzarrivano, sì, a immaginare il principe sciolto dalle leggi, ma lo volevano tuttavia sottoposto ai canoni, almeno a quelli la cui inosservanza potesse indurre in peccato: in Jean Faure (17) tale spunto si inquadra bene nei suoi atteggiamenti

assoggettandosi alla legge: e su tale spunto si ricamerà per secoli. Ancora Paolo di Castro ripeterà «...illud vulgare 'honor est in honorante, et qui se humiliat exaltabitur'...» (PAULI CASTRENSIS *Comm.* in l. *digna vox*, cit., nr. 3), mentre il Saliceto vi calcherà sopra la mano proponendo addirittura che «...augmentum imperii est illud submittere legibus... et huius est ratio, quia honor non est, sed pudor legibus non alligari...», sicché, professando la propria soggezione all'ordinamento, l'imperatore «...dignitatem suam non minuit, sed perpetuat et auget...» (BARTHOLOMAEI SALYCETI *Comm.* in l. *digna vox*, cit., nr. 1).

(14) Nell'*additio* dello stesso Cino, già ricordata, alla l. *digna vox*, cit., ca. pr.

(15) SIGNOROLI de HOMODEIS *Cons.* 102, nr. 3. A onor del vero, però, questa tendenza dei primi commentatori a rinsaldare il vincolo che sottoponeva il principe alle leggi apparve talvolta così accentuata da richiedere la precisazione che «...imperator non est ita ligatus quin exire posset vincula (sic)...» (PETRI de BELLAPERTICA *Lectura* in l. *digna vox*, cit., FIRENZE, *Laurenz., Plut.* 6 *sin.* 6, fo. [50]ra e CAMBRIDGE, *Peterhouse College* 34, fo. [25]rb).

(16) IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in l. *digna vox*, cit.

(17) IOANNIS FABRI *Comm.* in *Inst.* 2, 17, 8, *quibus modis testamenta infirmantur*, § *eadem*: «...Et nota quod licet princeps sit solutus legibus, non tamen est solutus canonibus, in his quae tangunt peccatum, extra, de iudiciis, c. novit (c. 13, X, II, 1)...». E, raggiungendo le posizioni più avanzate che un civilista potesse toccare, aggiunge subito: «...imo nec in aliis...»; né può stupire che egli richiami soltanto fonti canonistiche.

antimperiali, così spinti da fargli accogliere più volte addirittura motivi ierocratici. È vero che queste correnti francesi, di cui il Faure è il rappresentante più estremista, si innestano su teorie comuni, ma tendono a corromperle al contatto di evidenti passioni politiche.

Se dalla Francia si volgesse l'occhio all'Italia meridionale, e al pensiero di un giurista pur anch'egli accanitamente guelfo e in ogni luogo fautore delle ragioni della Chiesa — si allude ad Andrea d'Isernia —, ci si imbatterebbe in affermazioni assai più consone alle tendenze generali della scuola. È con l'insegnamento dell'abruzzese che penetra per la prima volta nell'ambiente dei tecnici del diritto una celebre formula tomistica: «...princeps dicitur esse solutus a lege *quantum ad vim coactivam legis*: nullus enim proprie cogitur a seipso, lex autem non habet vim coactivam nisi ex principis potestate. Sic igitur princeps dicitur esse solutus a lege, quia nullus in ipsum potest iudicium condemnationis ferre si contra legem agat... Sed *quantum ad vim directivam legis* princeps subditur legi propria voluntate... unde quantum ad Dei iudicium, princeps *non* est solutus a lege quantum ad vim directivam eius, sed *debet* voluntarius, non coactus, legem implere...» (18). Si indovina nella distinzione di Tommaso che la volontarietà dell'assoggettamento del principe alla legge è un dato valido soltanto di fronte agli uomini, mentre di fronte a Dio quella volontarietà si risolve in un *debet*.

Ed è appunto l'insegnamento impartito da Andrea d'Isernia.

(18) S. THOMAE *Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 96, art. 5. È interessante notare come le fonti giuridiche che S. Tommaso cita a sostegno della sua impostazione siano, oltre il cap. *cum omnes* della compilazione gregoriana (c. 6, X, I, 2), anche la l. *digna vox*. Dimenticato è invece quel passo di Leone IV, inserito nel Decreto (c. 16, C. XXV, q. 1), che pure aveva fornito lo spunto a un lungo *dictum* di Graziano e materia di riflessione ai glossatori (cfr., ad es., la lucida ed esauriente trattazione della *Summa Parisiensis*, nell'ed. McLAUGHLIN, Toronto, 1952, p. 230, ove particolarmente ricchi sono i motivi tolti ai civilisti). Un tentativo di inquadrare il citato passo di Tommaso entro la cornice del suo pensiero politico è accennato dal PASSERIN D'ENTRÈVES, *La filosofia politica medievale*, Torino, 1934, soprattutto p. 122 sgg., utile anche per la bibliografia indicata.

L'insegnamento del giurista meridionale, poi, è tolto di peso da quello del filosofo: «...Nam quantum ad vim *directivam legis* princeps est subditus legi *sicut quilibet cuius potestas limitata est*... si potestatem absolutam exerceat sine causa non est qui cogat eum... peccat tamen...» (ANDREAE DE ISERNIA *Super usibus feudorum*, in *Lib. feud.*, II, 51 *de capitaneo qui curiam vendidit*, nr. 29).

3. La linea direttrice lungo la quale si svolgevano i tentativi di arginare le pericolose affermazioni assolutistiche delle fonti conduce quindi inevitabilmente verso l'unico obiettivo raggiungibile: quello di bilanciare l'*absolutio* dalle leggi civili con obblighi inderogabili per il principe sul piano del diritto divino. Era il peso dell'elemento formale dell'*auctoritas* che, passaggio obbligato nella valutazione dei poteri della legge, escludeva ogni altra soluzione: solo l'*auctoritas* divina poteva preporsi a quella dell'imperatore.

Una certa corrente storiografica ha talvolta accennato a un totale trionfo delle concezioni legalitarie specialmente in Inghilterra, con risultati rivoluzionari rispetto a quelli della scienza bolognese; e si è naturalmente rivolta alla celebre formula di Bracton «lex facit regem». Se certo le idee di quel giurista raggiungono punte singolarmente audaci — ma quante espressioni ardite sfuggono alla penna di maestri continentali? — occorre non trascurare nel contesto limitazioni che ne riducono alquanto la portata, spesso addirittura riallacciandola a motivi tradizionali (19).

(19) Già l'ESMEIN, quasi cinquant'anni or sono (*La maxime 'Princeps legibus solutus est' dans l'ancien droit public français*, in *Essays in Legal History - International Congress of Historical Studies*, London, 1913, p. 203 sgg.), osservando come la l. *digna vox* si limiti ad affermare la «convenienza» della sottoposizione del principe alle leggi, e quindi ne confermi in sostanza l'assolutismo, celebra la reazione che a tale assolutismo avrebbe opposta PIERRE JACOBI d'AURILLAC (*Practica aurea*, XXV *de conditione ex lege*, in *Inst.* 4, 6, 25, *de actionibus*, § *quadrupli*, nr. 19) — il quale in realtà non fa che accennare a taluni dei motivi proposti dalla glossa — e ripete che l'Inghilterra con Bracton vi sfuggì totalmente. L'idea era stata in fondo già proposta da POLLOCK e MAITLAND nella loro classica opera *The History of English Law before the time of Edward I²*, rist., Cambridge, 1952, I, p. 160 sg. e fu poi ripresa dal SIMONIUS («*Lex facit regem*». *Ein Beitrag zur Lehre von der Rechtsquellen*, Basel, 1933, nei *Basler Studien zur Rechtswissenschaft*, V, p. 5), il quale giunse anzi a lodare nel Bracton il giurista che seppe liberarsi dalle tradizioni romane rinverdate dai glossatori e, ragionando solo con la propria testa, riuscì a proporre la nuova concezione del principe vincolato dalle leggi. Ma di recente il DAVID ha ridimensionato alquanto tali giudizi al metro dei pesanti debiti contratti dal Bracton con più d'una tradizione teorica (*La souveraineté*, cit., p. 246 sgg.): e vediamo come stanno le cose effettivamente.

È anzitutto opportuno di non ingigantire l'influenza esercitata sulle tradizioni legalitarie inglesi dal *Policraticus*. Giovanni di Salisbury è sulle stesse posizioni che difende anche la glossa, sebbene egli preferisca un tono più moraleggiante e quindi più vago: «...Princeps tamen legis nexibus dicitur absolutus, non quia ei iniqua liceant, sed quia is esse debet, qui non timore pene, sed amore iustitie

Comunque, soprattutto da noi, le medesime aspirazioni legalitarie abbandonano il piano delle enunciazioni generiche per scendere su quello delle

equitatem colat, rei publice procuret utilitatem, et in omnibus aliorum commoda private preferat voluntati...» (IOANNIS SARESBERIENSIS *Policraticus*, IV, 2, ed. WEBB, cit., I, p. 238). Dire poi che la frase «...princeps licet sit legis nexibus absolutus tamen servus est et equitatis, geritque personam publicam et innocenter sanguinem fundit...» (*ibid.*) possa alludere all'incidenza dell'*absolutio legibus* sulla sola potestà punitiva sembra fuori luogo (ROTA, *L'influsso civilistico nella concezione dello stato*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XXVI-XXVII, 1953-54, p. 225 e in *Scritti Mochi Onory*, Milano, 1958, p. 219).

Quanto a Bracton stesso, l'espressione tanto celebre «...ipse autem rex non debet esse sub homine sed sub deo et sub lege, quia lex facit regem...» (*De legibus et consuetudinibus Angliae*, I, 8, ed. WOODBINE, II, London - New Haven, 1922, p. 33) allude con tutta probabilità soltanto ai consueti spunti teorici in uso a Bologna: il normale limite religioso che nemmeno il principe può varcare e la constatazione — sebbene modulata in toni originali — della *l. digna vox*: «...de auctoritate iuris nostra pendet auctoritas...».

Il punto saliente della teoria di Bracton è quello analizzato con tanta accuratezza dallo Schulz, ossia l'attribuzione d'un valore di sostanza alla componente etica, nella configurazione astratta dell'*officium regale* (SCHULZ, *Bracton on Kingship*, in *The English Historical Review*, cit., specialmente pp. 144 e 172 sgg., ora in *L'Europa e il dir. romano*, cit., pp. 32, 57 sgg.). La specificazione che segue la formula più sopra ricordata, e anche essa celebre, suona: «...non est enim rex ubi dominatur voluntas et non lex...»: vi si può sentire l'eco del proverbio «ubi non est lex, ibi non est rex» — ricordato dallo Schulz (p. 66) — e, forse, anche d'un passo di Marciano tratto da Crisippo (*Dig.* 1, 3, 2: «...lex est omnium regina rerum divinarum humanarumque...») la cui traduzione dal greco mi sembra esatta checché ne dica E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton, 1957, p. 130 sg., nota 131) trasformato, dalle più antiche glosse appostevi, nell'espressione «lex omnium est rex» (vi si aggiunge spesso «et divinarum et humanarum rerum»: così nel PARIS, *lat.* 4461, fo. 4va, con l'omissione di *rerum* nel VATICANO, *Vat. lat.* 1405, fo. 3vab, con l'omissione di *rex* nel *Pal. lat.* 737, fo. 1ra, con diverse distribuzioni delle parole nel *Vat. lat.* 1408, fo. 6va, e nel *Vat. lat.* 2512, fo. 6rab. Nel *Vat. lat.* 1408 compare la sigla Burg., nel parigino la sigla Io., che però non esclude un richiamo a Burgundione fatto poco oltre). Bracton dunque si limita a lasciar fuori dalla definizione del *rex* la capacità di indulgere all'arbitrio; e lo dimostra con argomentazioni logiche — «...dicitur enim rex a bene regendo et non a regnando, quia rex est dum bene regit...» — certo da secoli correnti nella scuola delle Arti, dato che rappresentano uno dei punti fermi dell'insegnamento isidoriano: come lo SCHULZ ha diligentemente dimostrato (p. 151, ora 41: ricordando espliciti passi di AGOSTINO, *De civitate Dei*, 5, 12, 4 e di ISIDORO, *Etym.*, I, 29, 3; IX, 3, 4 e *Sent.*, III, 48, 7) passati nell'*Elementarium* di PAPIAS, s.v. *rex*). A parte il fatto che tali argomentazioni furono riprese dai glossatori canonisti, nemmeno presso

soluzioni tecniche. Una delle più suggestive viene proposta, proprio alle origini della scuola napoletana, da quei mitici Guglielmo e Franchisio che sono tra i primi glossatori del *Liber Augustalis*. Rovesciando il significato originario dell'*absolutio legibus* romana (20) essi, a quanto pare, dovevano limitarne l'ambito a prerogative di diritto pubblico, perché insegnavano che il principe fosse tuttavia obbligato a vivere «iure privato» e richiamavano la legge *digna vox* (21).

i civilisti mancano, come si è visto, le generiche allusioni all'obbligo del buon governo; che Bracton possa usare espressioni più forti è dovuto sia alla circostanza ch'egli si imbatte nella figura del *rex* e non in quella dell'imperatore, indubbiamente da disegnare in modo diverso, sia all'oggetto stesso dei suoi studi, che non gli impone di glossare i frammenti romani relativi all'assolutismo. Frammenti che costringono invece le scuole continentali a enunciazioni contraddittorie: parallele a quelle di Bracton quando trattano dell'*ordinaria* o *ordinata potestas*, più impacciate quando affrontano la *plenitudo potestatis*. E qui sta il punto: la prima immagine, che corrisponde alla raffigurazione dei normali poteri del *princeps*, li rappresenta sotto la forma di quel *ministerium* che da secoli la cristianizzazione della società aveva delineato (cfr. da ultimo MARONGIU, *Un momento tipico*, cit., p. 390 sgg.), la seconda immagine rappresenta il culmine d'una idea astratta: differenziare questi due aspetti è condizione per rendersi conto della figura apparsa tanto singolare allo Schulz d'un *princeps* al contempo al di sotto e al di sopra delle leggi (E. H. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, cit., p. 143 sg., la riporta piuttosto alla dialettica medievale tra *ius naturae* e *ius civile*: il che, come si è visto e si vedrà, ha indubbiamente la sua parte di vero. Sebbene proprio il Kantorowicz, con la sua splendida indagine sulle due facce della regalità, avesse potuto offrire anche qui una soluzione più radicale del problema storiografico). Sicché l'originalità del Bracton, che entro certi limiti può ammettersi, va forse ridimensionata, e individuata più che altro nell'unilateralità delle sue visioni: la maggior scioltezza di movimenti consentitagli dalle sue fonti gli ha permesso di eludere il problema della suprema *auctoritas* astratta, che sola tocca la vetta della *plenitudo potestatis* e che ai suoi tempi era d'obbligo collegare alla figura idealizzata dell'imperatore (possono risultare utili le considerazioni fatte dal POST nella sua recensione al DAVID, *La souveraineté*, cit., in *Speculum*, XXXI, 1956, p. 163). Che la posizione del Bracton abbia aperto la strada a taluni atteggiamenti legalitari particolarmente marcati del pensiero inglese successivo è problema diverso.

(20) Che d'altronde — sia detto per inciso — i glossatori non potevano conoscere: il GIERKE (*Johannes Althusius und die Entwicklung der naturrechtlichen Staatstheorien*⁵, Aalen, 1958, p. 281 sg., tr. it. GIOLITTI, Torino, 1943, p. 217) ritiene che occorra attendere la preparazione storico-filosofica di Zasio e di Cuiacio per veder emergere l'opinione — opposta a quella dei commentatori — che l'*absoluta potestas* riguardi solo l'esenzione da certe formalità.

(21) Il ricordo di tale dottrina si trova in una glossa che il Capasso attribuisce senz'altro al Bonello, e il Ciccaglione dubita se vada ascritta al Bonello o a qualche suo contemporaneo. Solo in

A prima vista, l'attentato ai principî di legalità sembra patente; ma non è escluso che l'idea si collegasse, invece, proprio a talune posizioni che, divenute classiche a Bologna, son tra quelle da cui maggiormente hanno sofferto le tesi assolutistiche: si allude all'asserita obbligatorietà per il principe di ogni impegno assunto con un suddito.

4. Una tradizione assai viva nella scuola dei commentatori fa merito a Guido di Suzzara d'aver per primo discusso a fondo il problema in una celebre *quaestio*, che non a caso prende lo spunto dalla consueta legge *digna vox*. Non è dubbio che tale *quaestio* vada ravvisata in una glossa edita dal Torelli, ma ve ne sono recensioni diverse, ciascuna con spunti trascurati dalle altre: segno dell'importanza che lo stesso Guido le riconosceva (22).

parte essa è ripresa da Marino: forse questi n'ebbe per le mani un manoscritto mutilo; probabilmente, secondo il Ciccaglione, perché la parte non riedita costituiva una giunta alla glossa originaria. Il problema era posto dalla celebre costituzione federiciana che vietava l'alienazione dei feudi (*Liber Const. Regni Sic.*, III, 5 *de revocatione feudorum*) e concedeva «...alienantibus... potestatem iure proprio... revocare». La prima gl. *iure proprio* indica tre o quattro modi d'interpretare l'espressione; la parte inedita aggiunge in una forma scorrettissima: «respondit Gulielmus licet tamen invenitur istud verbum 'iure primo' (sic) expositum (= expositum), id est prima auctoritate, C. ut nemo privatus, l. II in fine (*Cod.* 2, 15, 2, 2) et C. ut nemini liceat sine iudicis co. (= auctoritate?), l. II? (*Cod.* 2, 16, 2?). Sed dominus Franchisius exponit 'iure proprio', idest speciali, et non auctoritate propria, sed ordine iudiciario. Sic enim ipso (= ipse) Franchisius esponebat c. (?) hoc verbum iure proprio, idest speciali, C. de militari testamento, l. in militibus (*Cod.* 6, 21, 13); *et sic est intelligendum secundum Franchisium et Gulielmum quod princeps sit absolutus legibus, tamen iure privato vivere debet*, ut C. de legibus et constitutionibus, l. digna vox est (*Cod.* 1, 14, 5) cum suis similibus» (cfr. CICCAGLIONE, *Le chiose di Andrea Bonello da Barletta alle Costituzioni Sicule secondo un codice della fine del secolo XIII e del principio del XIV*, in *Il Filangieri*, XIII, 1888, parte I, p. 444 sg.).

(22) Altrettanto buona quanto la glossa che il Torelli ha trascritta dal VATICANO, *Vat. lat.* 1428, fo. 25vb (TORELLI, *Sulle orme di Guido da Suzzara*, in *Scritti Masè - Dari*, Modena, 1935, ora in *Scritti di storia del dir. italiano*, Milano, 1959, p. 299 sg.) mi sembra la recensione del VATICANO, *Ross.* 582, fo. 24vb. Glossa differente è invece quella del PARIS, *lat.* 4489, fo. 4ra, apposta a una fonte romana diversa (*Dig.* 1, 3, 31 anziché *Cod.* 1, 14, 4) e svolta su argomento più vasto: ma la

La discussione verteva dunque sul quesito se il principe potesse revocare privilegi ch'egli stesso o i suoi predecessori avessero accordati; se a una soluzione

trama è indubbiamente sempre la medesima. Si riportano le due prime a fronte, per facilitare un paragone, e in séguito la terza:

Vat. lat. 1428:

«Queritur nunquid concessiones facte ab imperatore habeat necesse eius successor servare. Et videtur quod non, per hanc legem que dicit par in parem etc., ut hic et ff. de arbitris, l. nam et magistrata (*Dig.* 36, 1, 13, 4).

Item quia licet de benignitate se profiteatur legibus alligatum, tamen solutus est legibus, ut ff. eodem, princeps (*Dig.* 1, 3, 31).

Item quia dominus mundi est, ut infra, de quadriennii prescriptione, l. bene a Zenone (*Cod.* 7, 37, 3).

Item quia servo alieno potest dare libertatem, ut ff. de natalibus restituendis, l. queris (*Dig.* 40, 11, 3).

Item quia predium meum militibus suis dare potest, ut ff. de rei vindicatione, item si verberatus, § item si (*Dig.* 6, 1, 15, 2).

Sed dicendum est quod eas concessiones a predecessore suo factas debet habere ratas, ad quod facit ff. de legatis III, ex imperfecto (*Dig.* 32, un., 23).

Ross. 582:

«Quero utrum, si imperator aliquam concessionem faciat, successor eius possit infirmare. Et videtur quod sic,

quia licet princeps debeat se obligatum legibus profiteri, ut hic, tamen legibus est solutus, ut infra, de testamentis, ex imperfecto (*Cod.* 6, 23, 3) et *Inst.* quibus modis testamenta infirmantur in fine (*Inst.* 2, 17, 8). Item quia imperator est mundi dominus, ut ff. ad legem rodiam de iactu, in constitutione greca deprecatio (*Dig.* 14, 2, 9). Item quia omnia sunt imperatoris, ut infra, de quadriennii prescriptione, l. III in principio (*Cod.* 7, 37, 3, 1a).

Item quia imperator servos alienos ingenuos facere potest, ut ff. de evictionibus, lucius titius (*Dig.* 21, 2, 11) et ff. de ingra. l. ingrain. (per me indecifrabile: *Dig.* 40, 11, 3?).

Item quia imperator potest aliena predia militibus assignare, ut ff. de rei vindicatione, item si verberatum, § [item] (*Dig.* 6, 1, 15, 2).

Item quia predecessor successoris legem imponere non potest, quia par in parem non habet imperium, ut ff. de arbitris, l. III in fine (*Dig.* 4, 8, 3, 3) cum lege sequente et ff. de appellationibus, precipimus, § ultimo (in realtà, *Cod.* 7, 62, 32, 4-5). Econtra videtur quod ratificare debeat, quia decet tantam maiestatem legem servare, ut ff. de legatis III, l. ex imperfecto (*Dig.* 32, un., 23).

Item quia non debent nasci iniuria (= iniurie) unde iura nascuntur, ut C.

affermativa sospingeva la sua *plenitudo potestatis* e la regola che nessuno può esser vincolato da una norma propria o di un'autorità pari («par in parem non

Item quia mandat imperator servari pacta, ergo merito ipse debet servare, quia quod in aliorum persona voluit, debet velle servare in persona sua, ut ff. quod quisque iuris, l. I (*Dig.* 2, 2, 1) et ff. de conditione indebiti, l. frater a fratre (*Dig.* 12, 6, 38) cum similibus suis, et quia non debet inde iniuriarum nasci occasio etc., ut infra unde vi, l. meminerint (*Cod.* 8, 4, 6 pr.).

Item et alia ratione, quia quamquam sit legibus solutus, tamen naturalibus iuribus et etiam gentium et que quasi naturalia dicuntur nunquam solutus est, ut ff. de iustitia et iure, l. omnes vero homines etc. (*Dig.* 1, 1, 9) ut eadem lege dicitur. Et huiusmodi concessioniones sive oblaciones sunt de iure gentium, ut ff. de iustitia et iure, l. ex hoc iure (*Dig.* 1, 1, 5): ergo illis iuribus alligatus est, ut dictum est.

Item quia successor non debet factum predecessoris sui retractari (modifico così l'ed. Torelli), ut infra, de restitutione militum, l. que a patre (*Cod.* 2, 51, 7), et infra, de his quibus ut indignis, l. polla (*Cod.* 6, 35, 2) cum similibus.

Item quia sicut ipse imperator non potest contra factum suum venire, ita nec eius successor, ut ff. de adoptionibus, l. post mortem (*Dig.* 1, 7, 25). Guido de Sy.».

unde vi, l. meminerint (*Cod.* 8, 4, 6 pr.). Item hic dicit se legibus alligatum.

Item lex dicit pactum servandum, ut infra, de pactis, pacta (*Cod.* 2, 3, 12) et ff. de pactis, cum in eo (*Dig.* 2, 14, 44). Item que servat in persona alterius, et in sua, ut ff. de conditione indebiti, l. frater (*Dig.* 12, 6, 38).

Sed dicendum in predicta questione quod imperator concessionem a predecessore factam de iure infirmare non potest, quia successor contra factum defuncti venire non potest, ut C. de restitutione militum, l. que a patre (*Cod.* 2, 51, 7) et infra, de his quibus ut indignis, l. polla (*Cod.* 6, 35, 2).

Item imperator successor est universalis, et ita voluntas defuncti adimplere tenetur, ut infra, de acquirenda possessione, l. vitia (*Cod.* 7, 32, 11). Item concessioniones et contractus huius sunt

habet imperium»), Guido propendeva per quella negativa, che rappresentava ovviamente una tappa fondamentale nel progresso d'una concezione legalitaria del potere. Tra gli argomenti addotti, decisivo appare quello che esclude l'*absolutio legibus* nel caso di norme naturali o quasi naturali: tra queste ultime si annovera il *ius gentium*, fonte e regolatore delle obbligazioni. Se a tale punto si collega

de iure gentium, ut ff. de iustitia et iure, l. ex hoc (*Dig.* 1, 1, 5) et Inst. de iure naturali, § ius autem gentium (*Inst.* 1, 2, 2) et ius gentium incommutabile est, ut Inst. de iure naturali circa principium tituli (*Inst.* 1, 2, 1). Item licet imperator legibus sit solutus, tamen iure naturali et quasi naturali solutus [non] est, et ius gentium est quasi naturale, ut ff. de iustitia et iure, l. I in fi. (*Dig.* 1, 1, 1, 4) et Inst. de rerum divisione, § singulorum (*Inst.* 2, 1, 11), et iura naturalia immutabilia sunt, ut Inst. de iure naturali, § penultimo (*Inst.* 1, 2, 11). Guido».

PARIS, *lat.* 4489: «...Quid si princeps pactum faciat cum aliquo teneturne servare vel potest conveniri ex contractu quod inivit cum aliquo? Et videtur quod non teneatur servare nec possit conveniri, argumento huius [legis], vel quia hic dicitur ipsum esse solutum legibus. Item alibi dicitur ipsum esse dominum mundi, infra, ad legem rodiam de iactu, l. deprecatio (*Dig.* 14, 2, 9). Item sicut pactum inter dominum et servum non valet, ut C. de transactionibus, l. interposita (*Cod.* 2, 4, 13), sic videtur in ista questione. Econtra videtur quod princeps debeat servare contractus quod fecit cum aliquo, quia contractus iuris gentium sunt ut supra, de iustitia et iure, l. ex hoc (*Dig.* 1, 1, 5), cui iuri non potuit derogare princeps cum sit ius immutabile, ut Inst. de iure naturali, § si naturalia (*Inst.* 1, 2, 11). Item ex imperfecto testamento princeps legatum vel fideicommissum non fuerit (= facit?), ut infra, de legatis III, l. ex imperfecto (*Dig.* 32, un., 23). Item cum ipse princeps et augusta heredes instituuntur ius commune cum ceteris habent, ut C. qui testamentum facere possunt, l. cum heredes (*Cod.* 6, 22, 7). Item ipse pacta et contractus precepit aliis servare, ergo quod ei videtur iustum imperat (= imperare?) alio servare debet in sua, ut infra, de conditione indebiti, frater a fratre (*Dig.* 12, 6, 38), et infra, de pactis, cum in eo (*Dig.* 2, 14, 44). Item non debent nasci iniurie unde etc., ut C. unde vi, l. meminerint (*Cod.* 8, 4, 6 pr.). Et hoc est verum in questione ista, quia cum ipse se sponte subiciat legibus, ut probatum est in l[egibus] nunc alle[gatis], quod a principio fuerit voluntarium, scilicet se subicere legibus, postquam se subiecit necessitatis est, sicut dicimus in compromisso suscipiendo, quod ab initio est voluntarium, postea necessitatis,

quello — enunciato da Guido in altra glossa (23) — ove il noto carattere spontaneo della *subiectio legibus* è circoscritto al momento in cui l'imperatore vi aderisce, ma lascia il posto a un vincolo necessario dopo ch'egli vi abbia consentito, il trionfo della legalità appare garantito a sufficienza.

In effetti l'idea di Guido che i privilegi concessi o i negozi conclusi con i sudditi legassero il principe con forza di vera obbligazione si rivela quasi universalmente accettata dai commentatori (24) non solo in sede accademica ma anche — e la cosa riveste un'importanza assai maggiore — nella letteratura consiliare (25). Anzi,

ut ar. infra, de arbitris, l. III, § tamen etsi neminem (*Dig.* 4, 8, 3, 1), sicut in commodato, ut infra, commodati, l. in commodato, § sicut (*Dig.* 13, 6, 17, 3) et similibus obligationibus, ut C. de actionibus et obligationibus, l. sicut (*Cod.* 4, 10, 5). Quis (...) autem erit iudex in causa ista? Respondeo: procurator Cesaris, ut C. ubi cause fiscales vel divine, ad fiscum (*Cod.* 3, 26, 5) et C. si adversus fiscum, l. II (*Cod.* 2, 36, 2).

(23) In quella parigina a *Dig.* 1, 3, 31 trascritta alla nota precedente.

(24) Sempre nelle esposizioni della *digna vox*. La generalità dell'adesione alle teorie di Guido è d'altra parte testimoniata: Paolo di Castro, proponendosi l'ipotesi dello svincolamento del principe dalle obbligazioni da contratto, scrive: «...hoc tamen *communiter* non tenetur, quia non contrahit ut princeps, sed ut privatus...» (PAULI CASTRENSIS *Comm.* in *Dig.* 1, 3, 31, *de legibus et senatusconsultis*, l. *princeps*, nr. 4).

Il BESTA ha edito un parere del Malombra (*Riccardo Malombra, professore nello studio di Padova, consultore di Stato in Venezia*, Venezia, 1894, p. 80 sgg., parere ripubblicato poi dallo SCHWALM nei M.G.H., *Const.*, IV, 1, nr. 561, p. 518 sgg.), di cui si conserva l'originale scritto di pugno dell'autore, e l'ha illustrato (p. 54 sgg.). Il caso risale al 1310, quando Enrico VII scende in Italia per l'incoronazione (cfr. HELLMANN, *Kaiser Heinrich VII. und Venedig*, in *Histor. Jahrb.*, LXXVI, 1957, p. 21): la congiuntura è buona per inoltrare a Venezia la richiesta d'un tributo; Venezia, pur benevola nei confronti dell'imperatore, non se la sente di compiere un atto che suonerebbe disconoscimento della propria indipendenza. Il Malombra difende i diritti veneti, consacrati in privilegi imperiali: e per meglio affermare l'intangibilità di questi privilegi li equipara ai contratti, e ne riafferma il carattere vincolante anche per il principe: «Primo queritur an conventiones, transactiones, pacta et privilegia... Henricus... de iure conservare et observare teneatur et debeat. Super quo consilium mei Rizardi de Mallumbris legum dicti professoris est quod sic. Et primo tali ratione: si diligenter inspiciatur prima rescriptorum imperialium in quibus predicta omnia continentur, dicta rescripta habent formam contractuum... contractus autem imperiales vicem legis obtinent, ut C. de donationibus inter virum et uxorem, l. penultima (*Cod.* 5, 16, 26) et imperator profitetur se legibus alligatum et legibus se vivere velle, ut C. de legibus, l. digna vox (*Cod.* 1, 14, 4) et qui testamentum facere potest, l. cum heredes (*Cod.* 6, 22, 7) et ff. de legatis III, l. ex imperfecto (*Dig.* 32, un., 23). Ergo concludendo de primo ad ultimum,

persino quando l'avanzata degli assolutismi inaspirerà, nel Quattro e Cinquecento, la polemica sul quesito se i contratti del principe lo vincolassero con obbligazione civile o soltanto naturale, una nutrita schiera di giuristi propenderà per la prima tesi (26), ovviamente in omaggio alla tradizione. D'altronde anche gli oppositori non rinnegavano l'antico insegnamento che il principe dovesse sottomettersi alle leggi *de honestate*; persino il Fulgoso, che con logica stringente interpretava l'*absolutio legibus* come svincolamento dagli stessi precetti naturali (27), non solo

sicut privatus initum et factum tenetur servare contractum... ita et princeps, et sicut quamcumque legem vult servare princeps, sic et suos contractus servare velle debet qui vicem legis obtinent, ut dictum est. Secunda in ratione ad idem. Vult imperator inter subditos servari pacta, ut ff. de pactis, l. I (*Dig. 2, 14, 1*) et l. iurisdictionum, § pretor (*Dig. 2, 14, 7, 7*), ergo et inter se et subditos, quia turpe esset doctori si culpa redargueret ipsum, quia quod quisque iuris in alterum statuit, ipse eodem iure uti debet, ut ff. quod quisque iuris (*Dig. 2, 2*) per totum. Quod enim quis prestat mihi adversus alium, multo magis adversus se ipsum prestare debet, ut ff. de pactis, cum in eo (*Dig. 2, 14, 44*) et si servitus vendicetur, alius (*Dig. 8, 5, 15*) et de conditione indebiti, l. frater a fratre, § porro (*Dig. 12, 6, 38 pr.*)...».

Abbastanza comune nella scuola è l'*iter* logico del ragionamento: quello di dedurre l'irrevocabilità e la non rescindibilità del contratto concluso dall'imperatore desumendole dal parallelo con la norma: comunque il discorso del Malombra, meno reciso di quello di Guido da Suzzara, è svolto tuttavia nella stessa direzione. Se il parere del Malombra si rivela particolarmente significativo, altri esempi della letteratura consiliare possono ricordarsi: BALDO, *Cons.* 333, vol. I, nr. 1 ca. pr., si limita a ricondurre alla *plenitudo honestatis* dell'imperatore l'obbligatorietà dei suoi contratti, SIGNOROLLO degli OMODEI, *Cons.* 187, nr. 1, ritiene che la *lex contractus* sia più forte dello stesso *rescriptum principis* («...lex contractus eidem debet observari non obstante litera principis superveniente...»), più tardi il DECIO, per suffragare un'opinione manifestata a proposito di più d'una fattispecie concreta (*Cons.* 48, nr. 5; *Cons.* 689, nr. 7, 8, 15), si richiamerà alla Scrittura e non rifuggerà da metafore la cui stessa enfasi rivela la forza della convinzione: «...princeps debet habere unum calamum et unam linguam, quia scriptum est 'quae procedunt de labiis meis non faciam irrita': ideo debet princeps esse immobilis sicut lapis angularis et sicut polus...» (*Cons.* 689, nr. 19).

(26) Cfr. soprattutto CARLYLE, *A History of Mediaeval Political Theory in the West*, VI, Edinburgh-London, 1936, p. 153 sgg.; anche, da ultimo, VACCARI, *Andrea Alciato e la 'plenitudo potestatis' del principe*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XXIV, 1951, p. 161 sg.

(27) Se «...scriptum est principem legibus solutum...» — ragiona il Fulgoso (*Cons.* 143, nr. 4) — è logico si tratti «...de romanis legibus, et ipso iure publico romanorum, quod tripartite collectum est: constat enim ex *naturalibus* praeceptis, aut *gentium*, aut *civilibus*...». A più forte ragione egli si

la riduceva all'esercizio eccezionale della *plena potestas*, ma ne confermava l'illiceità morale, sul piano dell'*honestas* (28).

5. Quale forza vincolante avesse assunto tale figura dell'*honestas* è d'altra parte facile comprendere ricordando un'immagine felice di Baldo, ov'egli contrapponeva alla *plenitudo potestatis* la *plenitudo honestatis* dell'imperatore: in un ragionamento che verteva anch'esso sull'obbligo di mantenere i patti (29). Sebbene proprio Baldo non temesse di sottolineare l'ampiezza della *potestas plena*, come si vedrà meglio altrove, pure lo si ode ora affermare che «...nec obstat quod imperator habeat plenitudinem potestatis, quia verum est quod Deus subiecit ei leges sed non subiecit ei contractus ex quibus obligatus est...» (30), ora che «...etiam Deus obligaretur ex promissione...» (31), ora che il contratto concluso col principe sarebbe nullo se gli fosse lasciata la piena facoltà di revocarlo, e ne verrebbe intaccata la stessa *ratio* del negozio, mentre invece il «...princeps est creatura rationabilis habens potestatem supremam, sed in quantum est ra-

chiede poco oltre «...quodammodo legi contractus subiectus est, quae lex contractus ab ipso legislatore proficiscitur...».

(28) Richiamata la solita legge *digna vox*, e rilevatone il carattere di mera esortazione, ne deduceva che i principi potessero respingerla ricorrendo ai propri poteri supremi, perché «...princeps ipse solutus est ex collatione sibi plenitudinis potestatis, licet non ex *decentia honestatis*...».

(29) BALDI *Cons.* 333, vol. I, nr. 1, ca. pr.: «...tanta est in eo [= principe] plenitudo potestatis quod legibus solutus est... licet de plenitudine honestatis teneatur habere firmas concessionem suas, et non debeat venire contra fidem praedecessorum suorum, quia debet esse cultor et auctor iustitiae...». Il detto corrente «...honestas ligat etiam principem...» (BALDI *Cons.* 371, vol. III, nr. 1) riceveva una forte accentuazione.

(30) BALDI *Super usibus feudorum*, in *Lib. feud.*, I, 7 pr., *de natura feud.*, § *natura feud.*, ca. pr. E poco oltre, al nr. 2, conclude: «...Quaerunt doctores utrum imperator obligetur praecise ex suo contractu, et hic sunt opiniones C. de legibus, l. digna vox (*Cod.* 1, 14, 4), quae quaestio videtur determinari quod sic...». Si può anche ricordare come dall'affermazione che è dovere del principe di osservare i contratti Baldo derivasse «...quod princeps tenetur servare suas consuetudines, et sic ius consuetudinarium concludit principi...»: erano due questioni ovviamente connesse agli occhi dei giuristi medievali. Ed era naturale che la problematica intorno alla *plenitudo potestatis* si allargasse a comprendere campi sempre più vasti.

(31) BALDI *Comm.* in *Dig.* 2, 14, 1, *de pactis*, l. *huius edicti*, nr. 1.

tionabilis debet oboedire rationi...» (32). Quest'ultimo motivo, tratto dall'esigenza logica di un'intima *rationabilitas* d'ogni attività sovrana, era d'altronde uno spunto che incontrava pienamente il gusto del giurista filosofo, ed egli non trascurava occasione di servirsene per arginare i poteri dell'imperatore.

L'apparente contrasto logico tra questi motivi e l'esaltazione della *plenitudo potestatis* si appiana sia tenendo presente che quest'ultimo istituto si definisce come la perfetta antitesi teorica della *potestas ordinaria*, sia tenendo conto della singolare efficacia dell'*honestas* ch'è principio inderogabile per ragioni logiche: dato che individua una qualità essenziale della figura umana dell'imperatore. Ed è proprio la prevalenza del precetto morale sulla *plenitudo potestatis* che ne impone il limite maggiore, almeno nella dottrina dominante: già contenuto nella *quaestio* di Guido da Suzzara, esso consiste in ciò che «...plenitudini potestatis nihil resistit, nisi duo tantum, scilicet ius divinum et immutabile, ius naturale et necessarium...» (33).

Con ciò il problema si palesa saldamente legato a quello dei rapporti tra la norma sovrana e i sistemi superiori del diritto (34).

(32) BALDI *Cons.* 327, vol. I, nr. 2. Si rammenti infine come, da una polemica in fatto di rescritti e privilegi, la materia dei contratti stipulati dal principe ricevesse luce: sull'opinione di Guido da Suzzara, che si era spinto a negare la revocabilità dei privilegi per evitare che il principe commettesse una *iniuria* nei confronti del cittadino, si era innestata l'opinione contraria di Nicola Mattarelli, e dalla sostanziale adesione di Baldo alla tesi di quest'ultimo era scaturita una precisazione acuta: l'arbitrio dell'imperatore può venire ammesso normalmente *in permissis*, ma non *in promissis* (BALDI *Comm.* in *Cod.* 6, 14, 3, *unde liberi [de bonorum possessione unde liberi]*, l. *qui se patris*, nr. 34). Certo, col motivo centrale del *contractus principis* si intrecciano numerosi altri spunti che è impossibile seguire tutti.

(33) BALDI *Cons.* 457, vol. V, nr. 5.

(34) D'altronde, che il problema della *plenitudo potestatis* dovesse piuttosto presto confluire nell'altro delle norme *contra ius* era fatale: e col passar del tempo, spogliandosi le due questioni di molte sovrastrutture, ne venne messa sempre maggiormente in luce l'identica sostanza, sicché all'epoca del Tartagni poteva ormai concludersi che «...nihil aliud enim est uti plenitudine potestatis, nisi derogare iuri communi seu ordinario...» (TARTAGNI *Cons.* 30, vol. V, nr. 10 in fi.). Che la definizione enucleasse soltanto punti di vista già impliciti nei famosi ragionamenti di Innocenzo IV, per non parlare che della fonte più significativa, è evidente, ma ciò non toglie interesse all'enunciato preciso del Tartagni, nel cui pensiero si rivela conclusa una lunga elaborazione dottrinale. E questa aveva potuto avere come sfondo, per esempio, l'allargamento del problema delle norme *contra ius* a quell'importante istituto dell'*arbitrium iudicis* descritto per ultimo dal NICOLINI (*Il principio di legalità*,

Non può stupire che in entrambe le materie la soluzione tendesse ad articolarsi sul medesimo criterio teorico: e l'esigenza della *causa* fornì anche qui la chiave di volta della problematica.

6. Innocenzo IV, di cui si sono già rilevate le tendenze legalitarie in tema di rescritti *contra ius*, è consapevole di affrontare con audacia una questione indubbiamente delicata, soprattutto per un canonista. Egli si configura infatti il caso della deposizione d'un vescovo canonicamente avvenuta e della successiva elezione di altro prelado, e immagina che in un secondo tempo il papa intervenga, con una sua lettera, eleggendo una terza persona al vescovato.

L'ipotesi proponeva l'esempio di un vero e proprio attentato del pontefice alle regole del diritto comune che governavano l'elezione episcopale e l'attribuivano al capitolo; era quindi naturale che il ricorso alla *plenitudo potestatis* del papa si rivelasse come l'unico mezzo adatto a salvare la validità del suo comando. «...Et ideo crederem, licet in hoc forsitan non credatur — suggerisce però Innocenzo — quod et si capitulum ad quod spectat de iure communi antequam papa eligat; et papa similiter, ad quem spectat de plenitudine potestatis, postea eligat, quod electio capituli debeat confirmari cum sit canonica, et suam cassare, factam

cit., p. 298 sgg.); istituto che nell'insegnamento bartoliano finirà con l'imperniarsi sulla pacifica teoria che l'*arbitrium* non consente di andare «...contra naturalem aequitatem...», ma soltanto di «...omittere solemnitatem iuris civilis...» (BARTOLI *Tractatus super const. ad reprimendum*, § *videbitur*, nr. 10): consacrata da Bartolo, tale idea si trovava sulla scia di una lunga tradizione del pensiero civilistico e canonistico, della quale testimonia diffusamente, tra gli altri, Giovanni d'Andrea in una sua glossa alle Clementine (gl. *defensiones* in c. 2, Clem., V, 11 *de verborum significatione*, c. *saepè*). Che fosse una teoria chiaramente presa in prestito dalle impostazioni che avevano costituito il faticoso punto d'arrivo dei glossatori nell'indagine sulle norme *contra ius* è cosa evidente: che gli identici argomenti venissero ripresi pari pari in tema di *plenitudo potestatis* si rivela con chiarezza in certe impostazioni di epoca tardiva, nelle quali, collegandosi il problema dell'espropriazione con l'esercizio della *plenitudo potestatis*, si vedono riaffiorare addirittura le vecchie distinzioni tra una proprietà derivata dal *ius civile* e una scaturita dal *ius gentium*, che erano state care ai primi commentatori, come già s'è visto (cfr., ad es., PAULI CASTRENSIS *Comm. in Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iure gentium*, nr. 13: «...si aliquis habet dominium ex istis modis iuris civilis princeps de plenitudine potestatis sibi potest auferre, licet quando habet per modos iuris gentium secus, nisi ex causa publicae utilitatis...»).

ex plenitudine potestatis ...» (35). La tesi è ardita, e la giustificazione teorica con la quale Sinibaldo la introduce è significativa: «...nec enim debent suspicari illi, ad quos de iure communi spectat electio, quod papa de plenitudine potestatis illa electione utatur, cum non sit ea utendum generaliter sed tantum ex causa...» (36). In fondo egli non faceva che portare sul terreno scottante della *plenitudo potestatis* la medesima impostazione teorica già propugnata a proposito delle norme contrarie al diritto naturale; l'analogia fra i due problemi era evidente ed entrambi poggiavano sulla stessa esigenza: quella di contemperare la figura del potere assoluto del papa con i principî etici che a tale potere imponevano di opporre qualche argine.

Se v'è un giurista che a tali principî fu sensibile, questi fu certo Andrea d'Isernia, per il quale erano freschi ricordi i sobbalzi politici del regno meridionale e la sanguinosa sostituzione dell'ordine angioino a quello svevo; per di più la campagna antifedericiana dei pontefici, condotta appunto nel nome della giustizia e della legalità, poteva forse echeggiare ancora nell'animo di Andrea: all'atto di riversarsi sul piano scientifico, tutto il suo fermento spirituale aveva trovato la strada più sicura nell'insegnamento di quell'Innocenzo IV, al contempo pontefice e giurista, il cui ascendente sul commentatore abruzzese è conosciuto.

Non fa meraviglia, quindi, di vedere nella dottrina di quest'ultimo l'esaltazione del principe — il cui cuore è nelle mani di Dio — sfociare con naturalezza nell'affermazione che egli «...omnia videtur rite agere et sic cum causa...»; su questa terra, infatti, nulla viene compiuto da Dio senza causa, e quindi nemmeno dal sovrano «...qui sequitur Deum...». La conclusione non tarda a investire il problema della *plenitudo potestatis*: «...sic debent intelligi iura de potestate principis loquentia ut semper cum causa faciat sicut diximus... alias si sine causa potestate absoluta, non ordinata [exerceat], licet non habeat hominem qui sua facta diiudicet... certum est quod peccat apud Deum» (37).

(35) INNOCENTII IV gl. *ordinationem* in c. 20, X, I, 6 *de electione*, c. *innotuit*, nr. 6.

(36) *Ibid.*, nr. 5 in fi. L'idea, però, non era nuova e aveva avuto enunciazioni anche di natura politica. Persino Innocenzo III, quando ancora si preoccupava di mettere in evidenza il carattere eccezionale d'ogni ricorso alla *plenitudo potestatis*, ne aveva affermata, appunto, la liceità dell'esercizio soltanto «causa urgente» (cfr. PACAUT, *La théocratie. L'Eglise et le pouvoir au Moyen Age*, Paris, 1957, p. 146).

(37) ANDREAE de ISERNIA *Super feudis* in *Lib. feud.*, II, 55 [56] *quae sint regaliae*, § *flumina navigabilia*, nr. 7. Sull'ultima affermazione, che è necessaria la sussistenza di una causa per il valido

Lo spunto già proposto da Innocenzo non poteva inserirsi in una più completa e più coerente visione di tutto il quadro dei poteri del sovrano. Sulla base di questi postulati teorici, poi, l'esercizio *sine causa* della *potentia absoluta* doveva necessariamente cadere nella figura della tirannia: e Bartolo, che a questa dedicherà un intero trattato, togliendo l'ispirazione dalle terribili esperienze comunali vecchie e nuove, potrà di nuovo ricorrervi per valutare l'opportunità di definir tirannico l'atto più difficilmente giustificabile di cui la storia romana gli dava notizia: ossia quell'inspiegabile fratricidio rappresentato nella sanguinosa vicenda di Romolo e Remo (38).

esercizio della *plenitudo potestatis*, Andrea si sofferma molto di frequente, quasi a sottolinearne l'importanza: così nel proemio al *Liber Augustalis* (nell'ed. Cervone del *Liber Constitutionum*, Neapoli, 1773, cfr. p. XXV, 2^a col.); così di nuovo negli Usi feudali, nel commento a *Lib. feud.*, II, 51 *de capitaneo qui curiam vendidit*, nr. 29: cfr. CALASSO, *Gli ordinamenti*, cit., p. 268. Si può ricordare che l'esempio tipico di abusivo esercizio dell'*absoluta potestas* è configurato da Andrea, sempre sulle orme di Innocenzo (cfr. INNOCENTII IV *Comm.* in c. 10, X, III, 39 *de censibus*, c. *innovamus*, nr. un.), nell'imposizione senza causa di nuovi *vectigalia*: e la scelta di quest'esempio si adegua perfettamente alle note preoccupazioni suscitate in Andrea da quel problema tributario che aveva costituito un *Leitmotiv* della propaganda antisveva dei pontefici. È vero che la tendenza a limitare quanto poteva le facoltà del fisco è stata ricollegata da taluno a un desiderio di far dispetto al re Roberto, che non era stato per il giurista abruzzese così buon protettore come Carlo II e gli aveva preferito Bartolomeo da Capua. Ma se questa malevola opinione è già apparsa da respingersi al PALUMBO (*Andrea d'Isernia*, Napoli, 1886, p. 112), essa cade del tutto allorché si osservi che le tendenze antifiscali del commentatore tornano con frequenza in quella opera sugli Usi feudali che egli scrisse durante il regno di Carlo II, e sono tendenze che non possono spiegarsi se non facendo ricorso alle convinzioni legalitarie chiaramente affermate in tutti gli scritti del giurista: lecito è soltanto immaginare — e veramente non può destar meraviglia — che le intemperanze tributarie dei monarchi normanni, svevi ed angioini apparissero al meridionale come il punto più dolente nell'esercizio della *plena potestas*. La particolare sensibilità di Andrea d'Isernia per il problema non deve comunque far dimenticare come tutta la scienza, civilistica e canonistica, usasse condizionare l'imposizione fiscale al bene della comunità, alla *necessitas* scaturita da circostanze eccezionali ossia, appunto, all'urgenza d'una causa (cfr. POST, *The Theory of Public Law and the State in the Thirteenth Century*, in *Seminar*, VI, 1948, p. 42 sgg. e la recensione del TIERNEY in *Traditio*, X, 1954, p. 620 sgg.; POMINI, *La 'causa impositionis' nello svolgimento storico della dottrina finanziaria*, Milano, 1951, *passim*; CORTESE, *Intorno alla 'causa impositionis' e a taluni aspetti privatistici delle finanze medievali*, in *Annali di storia del diritto*, II, 1958, p. 134 sgg. e in *Studi A. D. Giannini*, Milano, 1960, p. 340 sgg.).

(38) BARTOLI *Tractatus de tyrannia*, nr. 29: «...excellentes et etiam fratres perimere est actus tyrannicus, verum est nisi ex iusta causa, ut fecit Romulus de Remo... quis enim dubitat, quod si aliquis

Tralasciando pure di soffermarsi sul minore contributo di figure intermedie, si può tornare ancora una volta a quel pensiero di Baldo che offre la maggiore ricchezza di motivi: vi si scorge la perfetta confluenza del problema relativo alle norme *contra ius* e di quello che riguarda l'*absoluta potestas* dell'imperatore.

Se in un *consilium* viene contrapposto esplicitamente, e con singolare efficacia, il *ius positivum voluntarium*, in tutto e per tutto assoggettato alla *plenitudo potestatis* del sovrano, e il *ius naturale immutabile et necessarium*, che a questa viene invece normalmente sottratto (39); se altrove viene di frequente ricordato che ogni istituto derivante dalla *natura* non può «...pendere ex momentaneis motibus animi principis...», perché il sovrano deve parlare «...secundum Deum

in civitate potens sit viciosus et seditiosus, de civitate debet expelli a quolibet iusto iudice... tunc enim si *cum iusta causa* fieret, non esset actus tyrannicus... perimere prudentes similiter intelligendum est *sine iusta causa*...». Se merito di Bartolo è stato di porre in rilievo la figura della tirannia *ex parte exercitii*, aggiungendo così una valutazione sostanziale del fenomeno tirannico a quella piuttosto formale che è propria della tirannia *ex defectu tituli* o *propter titulum*, diveniva facile l'emersione degli aspetti più squisitamente umani nel fenomeno degli abusi nell'esercizio del potere: con una particolare immediatezza interveniva allora l'esigenza di misurarli al metro di quell'*aequitas*, la cui funzione primordiale è stata sempre di piegare la rigidità delle astratte figure giuridiche alla sostanza viva e mutevole della realtà umana. Sicché l'apparire della 'causa' in questo quadro assume un significato che qui si può già cominciare a cogliere, ma meglio verrà delineato in seguito: ossia che il compito di quella figura sta nel fornire il necessario gioco alla manifestazione concreta della giustizia, assolvendo in fondo le mansioni che spettano all'equità: e si vedrà come causa ed equità siano andate presto collegandosi. Né altro significato può attribuirsi alla dinamica bartoliana della 'causa', intesa come una forza capace di spostare nel campo del lecito quell'atto del principe che — a considerarlo rigidamente in astratto — si dovrebbe definire «tirannico»: come era stato appunto il caso del fratricidio perpetrato da Romolo.

(39) BALDI *Cons.* 456, vol. V, nr. 3. E nel *consilium* seguente (nr. 5 in fi.) potrà ribadire che «...plenitudini potestatis nihil resistit nisi duo tantum, scilicet ius divinum et immutabile, ius naturale et necessarium...». Se la sostanza della formulazione ricorrerà frequentemente nel pensiero di Baldo, occorre tuttavia ricordare che si trattava di un punto di vista ormai consueto nella scuola del tempo: non meno usuale era d'altronde l'altra teoria che la *plenitudo potestatis* non potesse derogare al *ius gentium*, almeno «...si tale est cuius transgressio crimen [Bartolo aveva preferito parlare di *peccatum*] inducat...» (BALDI *Prooemium Decretal.*, § *Gregorius*, nr. 4).

et rationem naturalem, imo altius peccat princeps quam inferior...» (40); se in altri passi i generici incitamenti rivolti al principe a non dimenticare la propria qualità di creatura *rationabilis* (41) denotano più che altro uno stato d'animo

(40) BALDI *Cons.* 324, vol. I, nr. 3 in fi. Anche qui, in specie per quanto riguarda l'ultima parte dell'affermazione, le radici che l'avevano preparata erano antiche, e risalivano forse a noti aspetti del pensiero canonistico: d'altronde lo stesso Baldo non perderà occasione di ripetere che «...magis cavere se debet princeps quam alius...» (cfr., per es., BALDI *Comm.* in *Cod.* 4, 52, 2, *de communium rerum alienatione*, l. *multum*, nr. 4).

(41) Oltre al frequente ricorrere della sentenza, diffusissima nella scuola, che il *princeps* e la *ratio* 'idem sunt' (cfr., ad es., BALDI *Cons.* 333, vol. I, nr. 1 in fi.), colpisce l'attenzione un lungo ragionamento che, fondato sulle solide premesse di argomenti propri non soltanto dei canonisti, ma addirittura dei teologi, conduce a trovare il limite di ogni facoltà sovrana nella necessità che il principe, in forza della stessa sua natura di essere umano, si comporti appunto come un *animal rationale*. Così, se è sempre lecito al principe di «...praeferre magis aequo minus aequum...», non gli è tuttavia mai concesso di commettere l'iniquo, quasi il suo potere abbia la più ampia libertà di movimento nell'ambito del 'giusto', ma non possa mai valicarne le frontiere. Ragiona infatti Baldo: affermano i teologi che chiunque sia obbligato alternativamente a due attività diverse, deve scegliere la migliore, che contiene in sé una «...maior ratio praelationis...»: la massima esaltazione che sia lecito fare della figura del *princeps* — e il giurista pensava probabilmente alla sua *plenitudo potestatis* — può consistere nel sottrarlo a quella regola, ma non mai al punto da supporre che l'alternativa della sua scelta possa estendersi a comprendere anche il male. E infatti nessuno potrà mai privare l'imperatore della sua natura di uomo, ossia di «...animal rationale...», vincolato pertanto «...a lege naturae vel a dictamine rectae rationis, vel legis aeternae...» (BALDI *Comm.* in *Cod.* 3, 34, 2, *de servitutibus et aqua*, l. *si aquam*, nr. 45); e il motivo piacerà tanto, a Baldo, da indurlo a ripeterlo anche altrove sinteticamente: «...princeps est creatura rationabilis habens potestatem supremam: sed in quantum est rationabilis debet oboedire rationi...» (BALDI *Cons.* 327, vol. I, nr. 2).

Se è vero che per lo più i ragionamenti del commentatore palesano soltanto generiche aspirazioni della coscienza, restando apparentemente fuori da ogni valida costruzione giuridica, è pure altrettanto vero che essi non solo appaiono indicativi di tendenze e indirizzi, ma finiscono col rappresentare i limiti del raggio d'azione della potestà sovrana quali frutti di vere e proprie necessità logiche. Sicché, nella convergenza di quelle necessità logiche e di esigenze etiche, le teorie finiscono per acquistare una forza cogente, più che agli occhi del giurista, a quelli dell'uomo medievale.

Se anche qui, come altrove, ci si è limitati a fermare l'attenzione sulle idee d'un personaggio specialmente significativo, occorre tuttavia ricordare che la fedeltà del principe alla *ratio* rispondeva a ovvi presupposti del pensiero scolastico e l'affermazione ne ricorreva con frequenza. Gli stessi governanti la ripetono, con una punta di demagogia: tanto che l'incontro di tali enunciazioni con la

del giurista e le premesse psicologiche della soluzione definitiva, questa ne scaturisce presto nell'aspetto consueto. Ci si domanda se il papa possa giungere all'arbitrio di revocare una propria sentenza definitiva? «...Puto quod revocare possit *de plenitudine potestatis cum causa...*» (42).

Diveniva facile a questo punto far scivolare il discorso sulla revocabilità dei privilegi che, insieme con quella dei contratti conclusi dal sovrano, aveva costituito il *punctum dolens* dei dibattiti, la «...controversia de qua nunquam fuit facta pax apud intellectivos...», secondo la suggestiva testimonianza dello stesso Baldo (43). E il criterio della causa costituirà anche qui la soluzione che in tutta la dottrina successiva avrà la prevalenza.

7. Se la causa diviene presto il metro al quale si misura la legalità — e quindi l'efficacia — della *plenitudo potestatis*, essa è lungi dal restare confinata alla materia dei diritti del principe, e passa presto a svolgere in altri campi la propria funzione di adeguare l'esercizio dei poteri pubblici a un ordine che è al contempo etico e giuridico.

politica assolutistica di Federico II ha suggerito un parallelo tra l'imperatore medievale e i principi settecenteschi illuminati (MARONGIU, *Note federiciane*, in *Studi medievali*, nuova ser., XVIII, 1952, p. 312 sgg. L'immagine è stata recentemente ripresa da Ernst e Otto SCHÖNBAUER, *Die Imperiumspolitik Kaiser Friedrichs II. in rechtsgeschichtlicher Beleuchtung*, in *Festschrift Hugelmann*, Aalen, 1959, II, p. 526).

(42) BALDI *Comm. in Cod.* 7, 44, 2, *de sententiis ex breviculo recitandis*, l. *hac lege*, nr. 8. Il passo, insieme con quello noto di Innocenzo, diverrà presto una delle *auctoritates* su cui poggerà l'insegnamento che al principe vada concesso l'uso della sua *plena potestas* solamente *ex causa*.

(43) BALDI *Cons.* 326, vol. I, nr. 6 in fi. E di nuovo si dilunga a esporre come una concezione troppo larga della *plenitudo potestatis*, assoggettando al pericolo di un'arbitraria revoca ogni atto del principe, finisca col creare assurde incertezze: «...sed ego non credo quod ita fragilia sint quae princeps facit auctoritate Dei: praeterea princeps potest se subicere rationi... ergo si contrarium facit nihil agit, quia princeps astringitur materiae subiacenti, quae ita potest, vel non potest, sicut est apta posse vel non posse...»: e di nuovo affiorano gli ormai noti motivi che conducono ad affermare la *rationabilitas* del principe come esigenza d'ordine oltretutto logico. E la conclusione portata sul piano giuridico non si scosta da quella consueta: «...finaliter concludo opinionem meam quod his quae fecit ipse vel sui antecessores legitime non potest *sine causa* derogare...».

Non molto lontana dalla problematica esaminata finora era quella che suscitava la funzione del giudice (44), ed era anzi particolarmente viva perché il concetto stesso di giurisdizione richiamava con immediatezza la dialettica tra legge scritta ed equità, tra la norma astratta e i motivi umani del caso concreto, spesso difficilmente riconducibili alla regola.

Già le fonti romane offrivano appigli interessanti, ma erano o rappresentazioni di fattispecie in cui fosse permesso al giudice di deviare dalla norma generale (45), oppure semplici notizie che testimoniavano di circostanze in cui quella deviazione era avvenuta (46). Comunque i glossatori presero lo spunto da tali fonti, si fecero

(44) L'incidenza delle teorie legalitarie nella configurazione dei poteri del giudice è stata messa in rilievo ultimamente dal NICOLINI, *Il principio di legalità*, cit., specialmente pp. 308-322.

(45) Certo particolare suggestione doveva esercitare sul giurista medievale quel passo di Claudio Saturnino, su cui si avrà occasione di tornare in séguito (*Dig.* 48, 19, 16, 9 e 10). E in special modo fermava l'attenzione quel suo avvertire che il medesimo delitto fosse da reprimere più rigorosamente in talune provincie: così l'incendio delle messi in Africa o delle viti nella Misia o il conio di monete false nei luoghi ove miniere di metalli pregiati venissero sfruttate; e colpiva soprattutto l'enunciazione generale che le pene fossero da esacerbare ogniquivolta la diffusione del delitto consigliasse una maggiore severità a scopo di intimidazione. Altrove si distingueva tra il crimine perpetrato con o senza dolo, e Ulpiano aveva sentenziato che «...refert et in maioribus delictis, consulto aliquid admittatur, an casu; et sane in omnibus criminibus distinctio haec poenam aut iustam elicere debet aut temperamentum admittere» (*Dig.* 48, 19, 5, 2). Era una distinzione che il giurista medievale trovava posta alle radici di tutta la teoria del delitto anche in un famoso passo di Marciano, ove era ben spiegato che l'attività criminosa poteva compiersi «...aut proposito, aut impetu, aut casu...» (*Dig.* 48, 19, 11, 2); altrove ancora si ricordava un rescritto di Antonino Pio che consigliava una mitigazione della pena per l'uxoricidio avvenuto quando la moglie fosse stata scoperta in flagrante adulterio (*Dig.* 48, 5, 39, 8 e 48, 8, 1, 5). Talvolta poi si accostavano i passi romani che distinguevano le pene a seconda della *condicio personae* (così, ad es., *Dig.* 48, 19, 38, 8 e 9) ad altri che sembravano consigliare una particolare mitezza verso i minorenni (*Dig.* 4, 4, 37, 1), cosicché si finiva col dedurre che le sentenze andassero moderate «...ratione forte iuventutis vel senectutis...» (sono parole di ACCURSIO, gl. *onerasset* in *Dig.* 3, 2, 13, 7, *de iis qui notantur infamia*, l. *quid ergo*, § *poena gravior*).

Si potrebbe continuare a lungo in un minuzioso elenco di fonti: ma già da queste poche si rivela la qualità del materiale che i glossatori avevano sott'occhio, e quali fossero i punti di partenza per una ricostruzione teorica delle circostanze attenuanti e aggravanti del reato.

(46) V'era, tra le fonti più sfruttate, il famoso § *poena gravior* d'un frammento ulpiano (*Dig.* 3, 2, 13, 7) e una breve norma di Severo e Antonino (*Cod.* 2, 11[12], 3) ove si ipotizzava il caso di un proconsole che «...certis rationibus motus mitiorem sententiam dixerit...»: si avrà occasione di vedere

forti delle celebri proclamazioni che esaltavano il ricorso all'equità nell'amministrazione della giustizia (47), e si sentirono spinti a enuclearne i principî atti a garantire una speciale elasticità al giudizio del magistrato.

È singolare che sin da epoca antichissima talune correnti dottrinali affidassero all'intervento di un' *aliqua causa* l'esercizio della funzione equitativa volta a temperare la *sententia legis* (48): ma, a parte la genericità delle espressioni, agli inizi della scuola queste rimangono in apparenza nei confini di un semplice episodio, parzialmente riconducibile al riconoscimento di una latitudine dei poteri dell' *aequitas* del tutto eccezionale e a un'influenza inconsueta di insegnamenti religiosi.

Più interessante è seguire il consapevole imporsi del principio nel campo più delicato che la giurisdizione presentava: si allude ovviamente a quella penale. Se ci si volesse rifare all'esposizione dell'ignoto autore di quel libro VI del *De actionibus*, che per secoli è andato erroneamente sotto il nome del Piacentino e il Kantorowicz opina addirittura possa risalire a Iacopo (49), si potrebbe osservare che i glossatori cominciarono a impennare il problema della discrezionalità, nella irrogazione delle pene, sull'antica distinzione dei delitti in ordinari e straordinari, pei primi vigendo la regola che «...facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur sed legis auctoritati reservatur...». Il che non escludeva che la severità del giudice andasse temperata da una certa benevolenza, specialmente in circostanze eccezionali, come quella ove il *favor* per la minore età consigliasse una mitigazione delle pene. Quanto ai crimini straordinari, la sanzione appariva invece rimessa all'arbitrio del giudice con maggiore larghezza, appunto perché la legge, anziché imporre *quid fieri debeat*, preferiva disciplinarli indicando

che proprio nelle espressioni usate in questa legge i giuristi medievali troveranno la strada per gli approfondimenti più maturi.

(47) Qui si innestò, sin dal tempo dei primi glossatori, la problematica ricchissima cui si è alluso e investiva i vertici della teoria generale: come la valutazione del rapporto tra *rigor* ed *aequitas*. Se ne tratterà nella seconda parte di questo lavoro.

(48) Si pensi al cap. IX del *Libro di Ashburnham* (ed. MOR, *Scritti giuridici preirneriani*, I, Milano, 1935, p. 24: «omnino sententia legis est servanda, nisi aliqua causa apparuerit per quam necesse sit aliquid temperamenti immisceri sententiae...»).

(49) KANTOROWICZ, *Studies*, cit., p. 106.

soltanto *quid fieri soleat*, raccomandando tutt'al più di tenere presenti sia la dignità, sia la condizione sociale del reo (50).

Sull'impostazione dell'incerto autore pesava con molta evidenza un passo di Papiniano, nel quale si rivendicava appunto al giudice il potere di indagare soltanto le questioni di fatto, escludendo che egli potesse interferire nella *iuris auctoritas* (51).

Passeranno gli anni, ma l'antica teoria non verrà dimenticata. Nel primo trattato che la scienza giuridica medievale dedica alla materia dei delitti, quello famoso di Alberto da Gandino, essa ricompare senza molte modifiche, sebbene con l'aggiunta di un'importante precisazione: anche nei *crimina ordinaria* il giudice può aumentare o diminuire le pene *causa cognita*, come quando il pericoloso diffondersi di un certo tipo di delitto consiglia di offrire ai criminali un esempio di severità, affinché «...poena unius sit metus multorum...» (52). Questo ultimo esempio si ispira

(50) [PLACENTINI] *De actionibus*, VI (libro che il Rodio intitolò *de accusationibus publicorum iudiciorum*), 3 *de divisione criminum*, ca. pr.: «...in quibus criminibus (= ordinariis) iudex neque poenam augere neque minuere potest, nam ut ait Pomponius (= Papinianus) facti quidem quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero persecutio non eius voluntati mandatur sed legis auctoritati reservatur, verum tamen legum severitas debet cum aliquo temperamento benignitatis subsequi, maxime cum minor aetas intervenit... Extraordinaria sunt quorum poena iudicis arbitrio mandatur, dignitatis et conditionis habita ratione, quibus quid fieri debeat non dicitur, sed quid fieri soleat interdum ostenditur...».

(51) «...Cum facti quidem quaestio sit in potestate iudicantium, iuris autem auctoritas non sit...», espone infatti Papiniano (*Dig.* 50, 1, 15 pr.): e il suo responso piacerà a Marciano (*Dig.* 48, 16, 1, 4).

(52) ALBERTI GANDINI *Tractatus de maleficiis*, rubr. *utrum poena possit augeri vel minui*, §§ 1 e 2, ed. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, Berlin und Leipzig, 1926, p. 347 sg.: «...Et ideo dicuntur ordinaria crimina, quia poena certa imponitur, et ideo publica, quia cuilibet de populo executio eorum plerumque datur... Alia vero crimina dicuntur privata et extraordinaria, ex eo quod in eis criminibus certa poena non est determinata, sed eorum criminum poena committitur arbitrio iudicis, ut poenam imponat secundum qualitatem delicti et personae... In ordinariis autem criminibus non licet iudici minuere poenam, quoniam facti quaestio in arbitrio est iudicantis, poenae vero impositio legis auctoritati reservatur... nisi forte iudex hoc facere *augendo vel minuendo causa cognita*, quia tunc bene potest hanc poenam augere vel minuere ut quando multis grassantibus opus est exemplo, ut poena unius sit metus multorum...» [quest'ultima formulazione, che prende ovviamente lo spunto dal passo di Claudio Saturnino, era divenuta un vero luogo comune: non solo la si ritrova nella gl. accursiana *irrogavit* in *Inst.* 1, 2, 6, *de iure nat. gent. et civ.*, § *sed et quod principi*, ma era ben nota sin dall'epoca delle glosse torinesi edite dal BOLLATI (trad. it. del SAVIGNY, *Storia*, III, App., gl. 15, p. 56) e dell'altra

certamente a quello contenuto in un passo di Claudio Saturnino (53) ed ebbe un largo successo nella scuola: in particolare esso riporta indietro al pensiero del Piacentino, che sembra il primo giurista nel quale si manifesti il desiderio di ampliare i poteri del giudice anche rispetto ai delitti ordinari, e tenti di rifarsi a un criterio che superi gli elenchi analitici di casi per farli confluire in una regola generale. Veste di regola assume ormai nel glossatore un'espressione che egli trovava in una norma di Severo e Antonino (54): «...et nota quod in ordinariis criminibus, praeterquam in adulteriis, iudex *certis rationibus* motus minorem poenam imponet, aliquando graviolem poenam infligit...» (55): accanto alla norma di Severo e Antonino e a un'altra di Graziano, Valentiniano e Teodosio (56), era richiamato appunto il passo già citato di Claudio Saturnino.

8. Se in quest'ultima fonte i civilisti trovavano il motivo tipico per giustificare un a u m e n t o delle pene, la scienza canonistica giungeva invece a una contraria valutazione della fattispecie: e proprio nello stesso giro d'anni in cui scriveva il Piacentino, Stefano Tornacense poteva insegnare per converso che quando molti si trovassero a commettere lo stesso delitto diveniva lecito al giudice di usare d'una severità minore (57); e non è affatto escluso che il diverso punto di vista del civilista

glossa, sempre allo stesso passo, edita dall'ALBERTI (*Un frammento di codice delle Istituzioni giustiniane e le glosse in esso contenute*, Messina, s.d., gl. 92, p. 18)]. «...Minuere vero potest — continua il Gandino — quando persona quae deliquit fuit persona honesta et non deliquit nisi semel, nam tunc poenam ordinatam minuere potest...». E conclude (§ 2, p. 348) ponendosi l'usuale interrogativo e rispondendovi nei termini divenuti anch'essi ormai consueti: «...Sed quomodo in hoc casu (= in extraordinariis criminibus) augebitur poena vel minuetur? Respondeo: habito respectu ad poenam quae pro talibus delictis consuevit imponi, dicetur poena maior vel minor imposita...».

(53) *Dig.* 48, 19, 16, 10 (cfr. *supra*, nota 45).

(54) *Cod.* 2, 11[12], 3: è una norma che già si è incontrata a nota 46.

(55) PLACENTINI *Summa Codicis*, IX, 47 *de poenis*, ca. me. Il problema particolare della mitigazione della pena si inserisce in una cornice abbastanza elaborata: ma, per averne qualche cenno, può rinviarsi all'ENGELMANN, *Der geistige Urheber des Verbrechens nach dem italienischen Recht des Mittelalters*, in *Festschrift Binding*, Leipzig, 1911, p. 544 sgg. e *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlin, 1922, p. 82 sgg.

(56) *Cod.* 9, 47, 20.

(57) «Cum multitudo in culpa est mitius est agendum» insegnava infatti la gl. *sed plurimorum* in c. 25, D. L. (STEPHANI TORNACENSIS *Summa*, ed. SCHULTE, Giessen, 1891, p. 71). Ma i canonisti non

e del canonista sulla *multitudo delinquentium* si collegasse alla preoccupazione di quest'ultimo di evitare il verificarsi di scandali; preoccupazione costante nella scuola dai tempi più antichi (58) fino a quelli di Antonio da Budrio, e configurata spesso come la ragione ultima della mitigazione delle pene (59).

Ma sulla divergenza fra le due scuole di giuristi non è qui il luogo di soffermarsi troppo a lungo.

Piuttosto occorre sottolineare ancora come il significato storico della impostazione del Piacentino stesse tutto nell'esigenza di dissolvere entro la figura astratta delle *certae rationes*, già abbozzata dalle fonti romane, gli elenchi di fattispecie che vi abbondavano, e che continueranno a formare l'interesse precipuo di un Accursio (60).

dovettero essere concordi in questa convinzione, e la glossa ordinaria potè far buon viso alle teorie civilistiche. Richiamando taluni aspetti del pensiero di S. Girolamo, del tutto pertinenti e molto significativi (c. 17, D. XLV), essa preferì infatti insegnare che il «...rigor est quidam excessus iuris, et quaedam austeritas facta ad terrorem...», sicché «...non est servandus, nisi ubi timetur exemplum mali...» (gl. *de-trahendum est* in c. 25, D. L, ca. fi.). Ove, pur nella formulazione diversa, l'eco del pensiero civilistico si avverte.

(58) E, infatti, ove lo stesso passo di Agostino, riportato in un canone già incontrato alla nota precedente (c. 25, D. L, in fi.), consigliava una moderazione della severità «...in huiusmodi causis, ubi per graves dissensionum scissuras non huius aut illius hominis periculum, sed populorum strages iacent...», la *Summa Parisiensis*, riprendendo quel motivo del timore per lo scandalo che è assai frequente nel pensiero della Chiesa, glosserà: «quasi propter multitudinem instat scandalum» (gl. *verum* in c. 25, D. L, ed. McLAUGHLIN, cit., p. 45): e tale spunto piacerà alla scuola canonistica. È naturale, tuttavia, che il timore dello scandalo potesse sollecitare il giudice anche a interventi diversi (cfr. ad es. JACOBI, *Der Prozess im Decretum Gratiani und bei den ältesten Dekretisten*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, XXXIV, *Kan. Abt.*, III, 1913, p. 320 sgg.): ma non è qui il luogo di occuparsene.

(59) «...Pro scandalo vitando iudex ecclesiasticus temperat processum... et sic propter vitandum scandalum temperatur rigor iustitiae...», si legge infatti in ANTONII DE BUDRIO *Comm.* in c. 6, X, IV, 14 *de consanguinitate et affinitate*, c. *quia circa*, nr. 4.

Il problema rientrava quindi in quello più vasto dell'incidenza dello scandalo sulla flessibilità del *rigor*, trattato specialmente a proposito della dispensa matrimoniale: la norma d'Innocenzo III, dalla quale Antonio da Budrio aveva preso lo spunto, lo rivelava. Ma anche su questo punto occorre sorvolare.

(60) La gl. *onerasset* in *Dig.* 3, 2, 13, 7, *de iis qui notantur infamia*, l. *quid ergo*, su cui si è già fermata l'attenzione, pur rivelando ogni tanto un interesse per l'enucleazione di qualche principio al quale riportare la mitigazione o l'aumento delle pene — come potrebbe essere la *ratio iuventutis* o *senectutis* o la *ratio*

In fondo proprio lo spunto fornito dal più antico glossatore offrirà il miglior materiale alla scuola successiva.

9. In una suggestiva glossa meridionale i due principî contrastanti — l'uno che imponeva l'aderenza della pena concreta a quella prevista dall'ordinamento, l'altro che consentiva al giudice quell'autonomia che sola può adeguare la complessità dei casi della vita a un'intima giustizia — troveranno la più compiuta espressione in una *regula*. «...Iudex potest mutare poenam *ex causa*, dum tamen poena quam iudex imponit sit eiusdem generis quamvis non sit eadem specie...», spiegherà Niccolò Ruffolo (61): ed è difficile dire fino a quale punto una norma del *Liber Augustalis* costituisse o non per il giurista una particolare spinta all'approfondimento del problema (62).

Soprattutto nell'ultima parte della glossa del Ruffolo, che trovava un utile terreno nella distinzione scolastica tra *genus* e *species*, è assai probabile che si senta piuttosto l'eco lontana di un passo di Papiniano (63). Comunque, per quanto in-

doli —, preferisce tuttavia perdersi in una lunga esposizione di singole fattispecie e di singoli problemi, che appaiono in generale troppo slegati l'uno dall'altro per giungere a costituire almeno una casistica, nell'accezione tecnica che a tale termine si assegna.

(61) NICOLAI RUFULI gl. *unum* (88) in *Cod.* 9, 4, 3, *de custodia reorum*, l. *quoniam unum*, ed. MEIJERS, *Iuris interpretes saec. XIII*, Neapoli, 1925, p. 140: l'esempio che il Ruffolo collega all'enunciazione del principio è quello di un reato per il quale la legge preveda l'impiccagione, e il giudice invece si senta sollecitato a punire con severità minore.

(62) *Const. Regni Siciliae*, I, 5 *de arbitrio Regis, alias iudicis*: «multae leges sacrilegos saevissime punierunt. Sed poena moderanda est arbitrio iudicantis. Nisi forte manifesta templa Dei destructa vel fracta sint violenter; aut dona et vasa sacra nocte sublata sint. Hic enim casus crimen capitale est». La legge non riguardava che la fattispecie del sacrilegio e a questa sola essa fu in generale ricondotta, sebbene le concordanze che Marino volle trovare in numerose norme romane potessero anche contribuire ad aprirle più vasti orizzonti: ma, in ogni caso, sembra di sentirla riecheggiata, se non nella glossa del Ruffolo e nell'esempio di pena capitale che essa porta, nei numerosi altri passi che da Marino ad Andrea d'Isernia vengono dedicati a definire l'ampiezza della funzione del giudice.

(63) *Dig.* 48, 19, 4.

dubbiamente originale, l'insegnamento non sembra sollecitasse il bisogno di precisazioni, e finì al contrario con l'inaridirsi dinanzi all'indifferenza generale. Restò invece, e fu acquisita alla scuola, la prima parte della formula, che rappresentava il convergere nell'astratta figura della 'causa' di ogni giustificazione data al potere discrezionale del giudice.

È tuttavia più che probabile che tale teoria rientrasse già nel patrimonio scientifico del tempo, e se ne ha conferma osservando che nello stesso giro di anni essa si presentava in un ragionamento di Dino del Mugello, pur condotto con molta aderenza a una regola del *Sextus* e in forma appena un po' diversa dall'usuale (64). Anzi, in quell'epoca la soluzione appare accolta nella scuola ultramontana, e Pierre de Belleperche potrà riprendere una norma che già s'è incontrata (65), interpretandola nel senso «...quod *ex causa* poenam inferendam minuere iudicibus est permissum...» (66).

Sembra tuttavia lecito affermare che nella dottrina napoletana il principio ebbe una particolare diffusione. Se lo si vede ripreso da Bartolomeo da Capua (67), non

(64) Il punto di partenza del ragionamento di Dino, infatti, più che nel problema della capacità del giudice di modificar le pene previste dal *rigor iuris*, si trova in quello della punibilità in mancanza di colpa, questione trattatissima dai canonisti e che era confluita in una puntuale regola di Bonifacio VIII: «sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus» (reg. 23, VI, *de regulis iuris*). E Dino, commentandola: «ubi non est delictum non potest imponi poena, nisi quando causa rationabilis subest: et sic regulam ponit, et exceptionem a regula». Continua poi spiegando che la *publica utilitas*, cioè il prototipo della giusta causa, può talora consigliare la punizione anche senza l'esistenza di un delitto, com'è il caso dell'espropriazione di quei fondi che si vogliono poi concedere a soldati valorosi: è interessante ricordare come Dino tolga tutta l'esemplificazione da fonti romane, conformemente, d'altronde, al suo costume. Malgrado lo spostamento del problema dai suoi termini tradizionali è significativo vedere utilizzato lo spunto, indubbiamente esplicito, della *regula* di Bonifacio al fine di introdurre la figura della causa a definire i momenti più delicati della funzione del giudice penale: estesa inoltre a comprendere anche attività di natura amministrativa, come dimostra il primo degli esempi addotti dal giurista. Tale esempio, anzi, presenta il problema dell'espropriazione in una prospettiva nuova, e l'esigenza della *iusta causa*, di cui si è visto come fosse affermata per altre vie, viene ribadita e rinforzata.

(65) *Cod.* 2, 11[12], 3.

(66) PETRI de BELLAPERTICA *Repetitio* in *Cod.* 2, 11, 3, *ex quibus causis infamia irroganda*, l. *etsi severior*, nr. 1.

(67) BARTHOLOMAEI de CAPUA gl. *ideoque iniuriarum iudicium* (69) in *Dig.* 4, 4, 37 pr., *de minoribus XXV annis*, l. *auxilium*, ed. MEIJERS, *Iuris interpretes*, cit., p. 209 sg. Il passo di Trifonino, che si apriva negando ogni rapporto tra la *restitutio in integrum* di cui godeva la minore età e l'esecuzione delle pene

è dubbio che esso piacque molto anche al grande antagonista di costui, Andrea d'Isernia (68), di cui si è già più volte rilevato il favore per la figura della causa e per la sua funzione di nume tutelare della legalità. Comunque, dal Trecento in poi, l'idea esposta con particolare chiarezza nella glossa del Ruffolo avrà palesemente la forza di regola giuridica.

10. L'antica massima che nei delitti ordinari la sentenza del giudice dovesse attenersi strettamente alle disposizioni della legge era stata così superata, e si era

inflitte ai minorenni, suggeriva al glossatore un quesito: se un giudice abbia rimesso una pena, potrà il suo successore esigerla ugualmente? Ossia, diremmo noi, è lecito al magistrato annullare la precedente remissione d'una pena? Pur nella casistica complessa, si nota che il criterio principale del ragionamento sta nell'indagine se il primo giudice abbia proceduto *ex causa* o *sine causa*, abbia cioè fondato o non su quella valida figura la manifestazione della sua mitezza: «Nota hic numquid si iudex remiserit penam, numquid successor suus possit exigere? Pro cuius determinatione dicas secundum Bartholomeum de Capua, cum queritur utrum successor possit remissionem factam per suum predecessorem mutare, sic distingue: aut predecessor remittit alicui penam corporalem aut pecuniariam. *Si corporalem, et tunc aut fecit ex causa, aut non fecit ex causa. Si fecit ex causa, et tunc potuit hoc facere et suus successor non poterit irritare* ut patet in lege ista 'auxilium' circa principium et in § pena gravior. Aut sine causa cognitionis, et tunc, si remittat, ipse officialis eadem pena tenetur, ut l. II, ne sacrum baptisma iteretur (*Cod.* 1, 6, 2). Si pena pecuniaria, et tunc subdistingue: aut multam, aut penam, aut ordinarium tributum. *Si multa, et tunc aut cum causa cognitionis, aut sine causa cognitionis remittit. Si cum causa cognitionis, et tunc potest remissio fieri*, ut l. illicitas, § fin., supra, de officio presidis (*Dig.* 1, 18, 6, 9), *aut sine causa cognitionis, et tunc non potest*, ut in § earum rerum, l. locatio, infra, de publicanis (*Dig.* 39, 4, 9, 6). Aut remisit penam, et tunc tenetur iudex ad penam L librarum auri, ut C. de monopolis, l. una (*Cod.* 4, 59, 2) in fine...». L'ultimo caso, che si riferisce alla remissione d'un tributo ordinario, importa assai meno, non soltanto perché l'esame della causa non è preso come sostrato del ragionamento, ma perché la materia esula del tutto da quei limiti che oggi al campo penale vengono assegnati: e che nel medioevo quei confini fossero assai più ampi è dimostrato anche dal passo di Dino del Mugello, più sopra ricordato, ove come 'pena' veniva configurata addirittura l'espropriazione per pubblica utilità! Se l'accezione della pena aveva allora una portata tanto vasta, qui occorre tuttavia restringere i pochi cenni all'immagine classica, che è anche la moderna, e rappresenta il vero nucleo della problematica.

Occorre infine avvertire che l'espressione *causa cognitionis* usata da Bartolomeo non deve trarre in inganno: le fonti citate ne rivelano il significato parallelo, nella sostanza, a quello del precedente *ex causa*.

(68) Udendo Andrea d'Isernia — non più a proposito di fonti romane, ma nel suo proemio al *Liber Augustalis* (nell'ed. Cervone, Neapoli, 1773, cfr. p. XIX, col. 2) — affermare che «...iudex *ex causa* severius iudicat...», si coglierà nell'espressione concisa la forza della regola astratta ormai impostasi in questi termini.

ricondotta alla sussistenza di una causa la giustificazione di una più larga discrezionalità (69): ma l'imporsi di tali nuovi punti di vista, fin qui esaminati nel campo formale dell'applicazione delle pene, non poteva fare a meno di trovar riscontro in quello sostanziale della configurazione stessa del reato. Si era infatti formata di buon'ora la regola che una causa potesse scusare il reo dal dolo, costituendo sempre una forte circostanza attenuante, e talora escludendo addirittura l'ipotesi del delitto. Col tempo alcune generalizzazioni avevano tuttavia attirato nell'ambito della massima oltre che il dolo anche la *culpa lata*, che appunto al primo si diceva dovesse equipararsi (70); e anzi si era giunti fino al punto di affermare che perfino una *iniusta causa* avesse questo effetto: il che ai nostri fini è ancora più importante.

L'idea era apparsa tuttavia piuttosto pericolosa, e l'elaborazione volta a temperarla trova il suo punto di arrivo negli approfondimenti di Bartolo: vi sono delle fattispecie in cui soltanto il dolo può integrare la figura del reato; in questo caso una ratio sia *iusta*, sia *iniusta* può scusare. Ve ne sono invece altre in cui l'ipotesi è determinata dalla *lata culpa*, e allora il colpevole non può essere scusato «...si non esset motus rationibus iustis...» (71). Poco tempo più tardi Baldo non si distaccherà gran che

(69) Nei *crimina extra ordinem* tale discrezionalità derivava naturalmente dal fatto che la pena non era stabilmente fissata dalla legge, tanto che, mentre in senso stretto non si poteva dire nemmeno che il giudice potesse aumentarla o diminuirli, soltanto in senso lato essa poteva venire commisurata alla pena imposta abitualmente in casi simili, come appunto le fonti romane insegnavano. E come — si è visto — spiegava chiaramente Alberto da Gandino, per non ricordare che il più esauriente tra i primi espositori del problema (ALBERTI GANDINI *Tractatus de maleficiis*, rubr. *utrum poena possit augeri vel minui*, ed. KANTOROWICZ, cit., p. 348).

(70) Basti rinviare all'ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, cit., pp. 79 sgg., 288 sgg.

(71) BARTOLI *Comm. in Dig.* 47, 4, 1, 14, *si quis testamento liber esse iussus erit*, l. *si dolo malo*, § *non autem*, nr. 2. E altrove (*Comm. in Dig.* 41, 2, 11, *de acquirenda vel amittenda possessione*, l. *iuste possidet*, nr. 4), configurandosi un particolare caso di incertezza relativa all'*animus* doloso di chi turbi il possesso altrui, spiegherà: «...fiunt tota die statuta in civitate contra ingredientibus et turbantes possessiones alienas, quid si quis intrat decreto iudicis, licet invalido, an excusetur a poena? *Et commune dictum advocatorum est, quod sive iustis, sive iniustis rationibus excusatur...*». Il che è vero quando la pena imposta sia corporale e si richieda espressamente il dolo: «...sed quando statutum simpliciter loquitur, *puto eum puniendum ex lata culpa...*». Se ancora nel pensiero di Bartolo si coglie che il punto di vista sul problema riguarda soprattutto l'analisi del dolo e della colpa, col passar del tempo l'interesse sembra piuttosto spostarsi sull'efficacia della causa *iusta* o *iniusta*, e si potrà porre a massima generale che l'una e l'altra riescano a

dalla tesi del maestro, precisandola: occorre distinguere se il dolo sia, o non sia, *de substantia* del reato, perché soltanto nel primo caso la presenza di una causa può agire come scriminante, comportando la punizione non *ratione doli*, ma *ratione culpa* (72).

Di fronte alla corrente moderata, molto seguita anche da canonisti, e al suo rifiuto della tesi che una *causa iniusta* potesse scusare dalla pena legale o statutaria, continuò tuttavia a svolgersi anche la tradizione opposta che, collegandosi a spunti dell'età dei glossatori, apparirà rigogliosa ancora in pieno Quattrocento, quando il Tartagni potrà racchiuderla in una formula elegante: «...omnis colorata causa, etiam non legitima, excusat a dolo...» (73). Non è affatto escluso che ad alimentare questa tesi contribuisse un'affermazione ricondotta da Accursio all'autorità di Giovanni Bassiano, ossia che non commettesse *plagium* chi, nel sequestrare un uomo, ignorasse trattarsi di un libero o di un servo altrui, anche se tale ignoranza non fosse corroborata da una *iusta ratio* — come appunto richiedeva la legge —, ma solo da una causa *non iusta*. A sostegno di tale interpretazione si adduceva che «...quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo...» (74).

scusare dal dolo, ma non dalla *culpa lata*, e ciò quasi perché il meccanismo della causa sembrerà sufficientemente robusto per conseguire il primo scopo, ma non per raggiungere il secondo: «...facilius inducitur excusatio a dolo et sic a delicto, quam a lata culpa...», spiegherà, oltre 150 anni dopo Bartolo, GIASON del MAINO (*Comm.* in l. *iuste possidet*, cit., nrr. 30 e 31).

Occorre appena ricordare, a complemento del pensiero di Bartolo, come la sua cautela, nella materia penale, fosse anche alimentata dalla circostanza che «...per Italiam maleficia puniuntur *secundum statuta*, non *secundum leges*...», sicché un'interpretazione restrittiva e letterale delle norme si imponeva: lo rileva l'ULLMANN, *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVII, 1940, p. 66 sgg.

(72) BALDI *Comm.* in *Cod.* 9, 20, 14, *ad legem Flavianam (Fabiam) de plagiaris, l. plagii*. Cfr. PECORELLA, *Cause di giustificazione, circostanze attenuanti e aggravanti del reato dalla glossa alla c.d. riforma del diritto penale*, in *Studi parmensi*, VII, 1957, p. 52 sg. dell'estr.

(73) TARTAGNI *Cons.* 212, vol. II, nr. 6. Ma nel *Comm.* in *Dig.* 24, 3, 23[22], 7, *soluto matrimonio, l. si cum dotem, § si maritus*, nr. 5, egli apparirà a onor del vero più moderato, limitandosi a insegnare che «...quaelibet *iusta causa*, licet sit apparens, excusat a poena et a dolo...».

(74) Gl. *iusta ducti [ratione]* in *Cod.* 9, 20, 14, *ad legem Flavianam (Fabiam) de plagiaris, l. plagii*: «idem si non iusta, secundum Ioannem, quia quaelibet ignorantia etiam iuris excusat a dolo, hoc autem

A questo punto il concetto stesso di *iniusta causa*, che la dottrina risolvette sempre nella sussistenza di un errore circa le conseguenze giuridiche di un atto, richiederebbe un'indagine sull'incidenza dei vizi della volontà nella configurazione del reato: ma non è possibile iniziare qui un discorso che condurrebbe ad affrontare temi troppo lontani dal nostro.

11. Si torni piuttosto a osservare l'intervento della causa nella delimitazione dei poteri discrezionali del giudice. Proprio su questo problema, infatti, se ne venne innestando un altro assai più ampio che, dopo lunga elaborazione nella più tarda scuola del commento, confluirà in una singolare affermazione di Giason del Maino: «...ex causa licet leges transgredi...» (75).

A prima vista la massima parrebbe così rivoluzionaria da eccitare un moto di stupore: ma in realtà fili sottilissimi la collegano a taluni vecchi motivi che la prepararono. Verrebbe spontaneo, a questo proposito, di pensare alla diffusione della regola «necessitas non habet legem»; o di rivolgere il pensiero alla tradizione canonistica dei dibattiti che, sin dall'epoca dei decretisti, si erano tenuti intorno alla liceità di trasgredire in certi casi gli ordini dei superiori (76); o, ancora più, all'idea esposta dall'Arcidiacono che un'azione contraria alla legge divina

crimen dolo demum interveniente committitur...». Cfr. ancora ENGELMANN, *Irrtum und Schuld*, cit., p. 288 sgg.

(75) IASONIS MAYNI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi, repetitio*, nr. 16.

(76) L'obbedienza era sempre esclusa nel caso di comando illecito: ma da Simone di Bisignano a Uguccio, a Lorenzo Ispano, a Giovanni Teutonico, ad Alano e Tancredi; dalla *Summa Bambergensis* alla *Lipsiensis* verrà posto il problema dell'obbligo all'obbedienza, quando sulla liceità dell'ordine sorgano soltanto dubbi. La soluzione tuttavia fu generalmente moderata, l'opinione che l'obbedienza non fosse dovuta è rara; solo Riccardo, poi, propone che nel dubbio si aspetti una *secunda iussio*, però unicamente nel caso di eccesso di potere (cfr. le fonti citate in KUTTNER, *Kanonistische Schulddlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano, 1935, p. 285. Cfr. anche il passo di Riccardo a p. 286 in nota). Per quanto riguarda i riflessi nella problematica civilistica se ne può trovare qualche accenno in ENGELMANN, *Der geistige Urheber*, cit., p. 411 sgg.; anche ID., *Die Wiedergeburt der Rechtskultur in Italien*, Leipzig, 1938, p. 348 sgg.

potesse evitare la sanzione del peccato mortale se compiuta per una *causa rationabilis* (77). Ma se pur queste elaborazioni costituiscono lo sfondo dell'idea di Giasone, egli stesso rivela quali fossero le radici del suo pensiero allorché si preoccupa di limitarne la portata e di precisarla: egli spiega infatti che l'efficacia del principio va ricondotta ai soggetti investiti di determinate cariche (78). La delucidazione non basta certo a soddisfare le esigenze di legalità, ma suggerisce a mezza voce un richiamo al vecchio problema dei poteri del giudice nel mitigare o aumentare la pena prevista dalla legge.

Problema che aveva cominciato da tempo a venir svisato.

Già nel pensiero di Innocenzo si coglie la premessa di ogni svolgimento successivo in quella sua tendenza ad ampliare l'angolo visuale oltre i ristretti confini dei poteri del giudice, per estenderlo sia ad attività non propriamente giurisdizionali, sia addirittura a quelle svolte al di fuori dal processo: «...extra iudicium, ut in officiis dandis; vel etiam in iudiciis, in his quae commissa sunt eius arbitrio, sicut in iudiciis dandis et similibus...»; con una coraggiosa puntata, anzi, che concedeva facoltà perfino all'arbitro di andare *ex causa* contro la norma scritta (79). Se è vero che quest'ultima opinione era stata respinta dalla dottrina civilistica, propensa a ritenere che la prerogativa di decidere secondo equità e anche *contra legem* spettasse tutt'al più agli arbitratori, ma certo non agli arbitri, il seme tuttavia era gettato.

Probabilmente per prudenza Innocenzo si era tenuto lontano da ogni affermazione di principî generali. A questi si accosterà invece la dottrina successiva moltiplicando le categorie di persone attratte entro la problematica. Si cominciò col chiedersi se fosse lecito anche ai podestà di trasgredire certe norme (80); si finì

(77) La tesi accolta da GUIDO da BAISSO (*Rosarium* in c. [11], D. LXXVI) ebbe gran successo. Essa si innestava con naturalezza su una questione che attirò molto i canonisti, e cioè se il contravventore alle leggi pecchi, o non, mortalmente: questione che, già precisata da San Tommaso (*Summa theol.*, II^a II^{ae}, q. 86, art. pen.), finirà col venir molto approfondita dalla più tarda scuola canonistica (PANORMITANI *Comm.* in c. 4, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *nam concupiscentiam*, nr. 2, 3, 4).

(78) IASONIS MAYNI *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 1, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *licet servilis*, nr. 2.

(79) INNOCENTII IV *Comm.* in c. 1, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *canonum*, nr. 2.

(80) È un quesito che Baldo, ad esempio, si propone con eccezionale frequenza (cfr. BALDI *Comm.* in *Dig.* 1, 16, 4, 2, *de officio proconsulis et legati*, l. *observare*, § *proficisci autem*, nr. 15; EIUSD. *Super Decretal. Comm.* in c. 1, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *canonum*, nr. 7; EIUSD. *Comm.* in *Auth. hodie* post

col rispondere affermativamente non solo nei confronti dei podestà, bensì anche in quelli d'ogni altro potere munito di giurisdizione perpetua, come era il potere di vescovi, marchesi, conti (81): l'allargamento del campo visuale condurrà insensibilmente a generalizzare, e si preparerà così il terreno da cui la frase di Giason del Maino trarrà il suo aspetto quasi di massima giuridica.

'Ex causa licet leges transgredi': è una formula in cui la figura della causa raggiunge forse l'acme della propria efficacia e, rivelandosi ancora una volta portatrice delle esigenze di equità, tende a sancire la loro prevalenza sulla norma scritta.

Cod. 3, 1, 12, *de iudiciis*, nr. 2). Specie l'Auth. *hodie* poteva sollevare facilmente tale problematica, col suo ricordare che mentre i giudici fanno giuramento di comportarsi «...secundum quod eis visum fuerit iustius et melius...», i *defensores civitatum* invece «...iurant omnes secundum leges et iura se facturos...». Secondo la testimonianza della glossa, v'era pur ai suoi tempi qualche corrente di studiosi che interpretava la norma ammettendo per gli *iudices* una maggiore autonomia, di fronte alla lettera della legge, che non pei *defensores civitatum*: ma è significativo che Accursio respingesse seccamente una simile teoria, «...quia omnis etiam maior tenetur sequi leges in iudicando...» (gl. *iustius* in Auth. *hodie*, cit., ca. fi.). I tempi non erano ancora maturi per le soluzioni assai più audaci che adotteranno i commentatori, assegnando a certi *iudices* una libertà molto maggiore nei confronti dei dettami della legge.

(81) Così i successori di Baldo: cfr. ad es. PAULI CASTRENSIS *Comm.* in Auth. *hodie*, cit., nr. 1.

CAPITOLO QUINTO

Elaborazioni teoriche intorno alla figura della causa

SOMMARIO: 1. Presupposti filosofico-giuridici. — 2. La trasposizione della causa dal mondo filosofico in quello giuridico. Infiltrazioni etiche. — 3. La sussistenza di una causa come misura della *rationabilitas* d'ogni attività. — 4. Aspetti soggettivi del problema: *causa* dell'azione e *animus* dell'agente. — 5. I presupposti del pensiero medievale nelle fonti romane: cenni. — 6. L'incidenza della causa sulla nascita dell'obbligazione: *pactum nudum* e *pactum causale*. — 7. La *causa naturalis* e la *stipulatio*. — 8. I contratti *litteris*. — 9. Un quesito assai discusso: se occorra presumere l'*animus donandi* d'un debitore che si sia obbligato pur conoscendo l'insussistenza della causa. — 10. *Donatio causalis* e *donatio condicionalis*. — 11. Una definizione di Papias e le origini della *causa impulsiva*. — 12. La *causa finalis* in una glossa di Giovanni Bassiano. — 13. La causa impulsiva e la finale come poli di una visione dinamica dei fenomeni giuridici. Riferimento della causa ai vari stadi dell'azione. — 14. *Causa proxima* e *remota*. — 15. Tendenza a risolvere la teoria della causa nella distinzione tra la finale e l'impulsiva. — 16. «Causa est de praeterito». — 17. L'insegnamento di una *Materia Codicis* irneriana. — 18. «Causa impulsiva est causa abusiva». — 19. «Causa finalis est fons causarum». — 20. In caso di dubbio sulla natura della causa occorre presumere la finale o impulsiva? — 21. «Cessante causa cessat effectus». — 22. L'esigenza di definire l'efficacia dell'adagio. Distinzioni riguardo al primo termine di questo: torna il binomio causa finale-impulsiva. — 23. Lo spostarsi dell'indagine canonistica, proprio in materia normativa, anche sul secondo termine della regola. L'*auctoritas legis*. — 24. Di alcuni arricchimenti della problematica successiva alla glossa. — 25. Talune conseguenze tecniche dell'applicazione del precetto. — 26. Conclusioni.

1. L'indagine fin qui svolta ha dunque rivelato che nei due momenti cruciali, e d'altronde logicamente collegati, dell'attività sovrana — l'emanazione di norme contrarie ai sistemi superiori e l'esercizio della *plenitudo potestatis* — l'asserita esigenza d'una *iusta causa* parve la migliore garanzia di giustizia.

Trascorso poi il momento dinamico del processo formativo della disposizione, questa, lungi dal rinnegarla, ne cristallizzava in se stessa tutti i dati; la causa allora

era chiamata a diventare elemento sostanziale della norma e, siccome l'interprete veniva indotto a erigerla anche a criterio gnoseologico, ne derivava per il giurista un problema al contempo ontologico e conoscitivo, come appunto il Calasso ha rilevato acutamente (1).

Ma l'attività della causa in tutti i settori del fenomeno giuridico, privato oltre che pubblico, e la sostanziale unicità della sua funzione persuadono a ricostruirne la figura complessiva, il che importa che se ne spigolino i vari aspetti nell'elaborazione svolta in campi svariatissimi. Il suo carattere unitario era certo accentuato nell'età di mezzo dalla consapevolezza della sua natura di categoria generale del pensiero, quale i filosofi tendevano a delinearla; se anche il suo ufficio di criterio conoscitivo riprendeva qui la prevalenza sull'aspetto ontologico — il metodo dei commentatori e il diffondersi dell'insegnamento di Tommaso consacreranno l'accoglimento del celebre 'scire est rem per causas cognoscere' (2) — la feconda osmosi tra la dottrina giuridica e quella filosofica ne fu facilitata, e sin dai primi tempi della scuola.

(1) CALASSO, *Causa legis. Motivi logici e storici del diritto comune*, in *Riv. di storia del dir. it.*, XXIX, 1956, p. 30 sg. (e in *Scritti Mochi Onory*, Milano, 1958, p. 362 sg.); *Id.*, *Il negozio giuridico*², Milano, 1959, p. 230.

Si tralascino pure le proclamazioni dei proemi, che col tempo riconurranno talvolta la consueta ricerca delle cause dell'opera commentata all'autorità della massima filosofica. «...Secundum philosophum scire est rem per causam cognoscere...», avvertirà Jean Le Moyne accingendosi a commentare il *Sextus*, e richiamerà tra gli altri quel passo di Giovanni Crisostomo introdotto nel Decreto (c. 14, C. XXIII, q. 8), ov'era contenuta l'esortazione a fondare sulle cause dei fatti umani una loro valutazione veritiera (IOANNIS MONACHI *Praefatio glossae in Sextum Decretalium*, § *in nomine Domini*, in pr.). Più interessanti sono le allegazioni del principio filosofico fatte dai civilisti nella trattazione di problemi tecnici. Così, per riportare solo qualche esempio, quando Raniero di Forlì leggerà in un frammento di Paolo che, per meglio comprendere la natura dell'*exceptio doli mali*, occorre anzitutto indagarne la causa, troverà la migliore conferma di tale insegnamento proprio nella massima tomistica: «...quia scire est rem per causam dignoscere, secundum philosophum...» (RAYNERII de FORLIVIO *Comm. in Dig.* 44, 4, 1 pr., *de doli mali et metus exceptione*, l. *quo dilucidius*, nr. 1). Campi assai più vasti invaderà non molti anni più tardi Baldo e, tentando di racchiudere nei rigidi vincoli di una formula logica quei rapporti tra il diritto, l'equità e la giustizia che il Medio Evo volle intimi, prenderà le mosse appunto dalla figura della causa e dal suo valore conoscitivo: «...nam scire dicimur quando res per causas cognoscimus: item ius noscitur ex sua causa praesertim essentiali et intrinseca, sed iustitia est causa intrinseca iuris, quia iustitia non est aliud quam aequitas et bonitas, et ius non est aliud quam ars boni et aequi: ergo

2. È un'osmosi, dunque, che si verificò essenzialmente sul piano logico, agendo cioè soprattutto su taluni atteggiamenti del concetto e influenzando assai meno le sue applicazioni, la sua vita. Comunque, tralasciando di guardare ad epoche tardive e al peso che ebbero i trionfi dell'Aristotile scolastico, occorre ricordare come la famosa quadripartizione, che rappresenta il centro della teoria causale, avesse circolato già nelle scuole di retorica dell'alto medioevo, che l'avevano attinta, bene o male, dal modesto pensiero di Boezio (3); quelle scuole, poi, avevano a loro volta contribuito a un ulteriore processo di inaridimento che aveva disseccato del tutto la figura della causa, confinandola entro gli angusti limiti di regolette retoriche.

Ora, è in realtà proprio all'insegnamento delle arti, a questa grande madre della cultura basso-medievale, che si rivolsero inizialmente i giuristi, e ne ebbero fra le mani concetti veramente grossolani: ma è sorprendente vederli arricchiti presto dai glossatori di una vivacità nuova, che lasciava ben dietro di sé la rozzezza

si sunt connexa, ius sine causa nasci non potest...» (BALDI *Comm. in Dig.* 1, 1, 1, *de iust. et iure*, l. *iuri operam daturum*, nr. 7. L'importanza del lucido ragionamento di Baldo è stata messa in rilievo a più riprese dal CALASSO: cfr. *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*², rist., Milano, 1953, p. 271 sg.; *Causa legis*, cit., p. 31). E in questa rapida trasposizione dal terreno conoscitivo a quello ontologico, in uno dei problemi di fondo del pensiero giuridico medievale, la regola di Tommaso raggiungerà la massima ampiezza della propria portata.

(3) Si ricordi, tra l'altro, il libro V dei commenti ai *Topica* di Cicerone, ove è facile imbattersi in ricordi piuttosto espliciti di quelle quattro cause che vanno ricollegate al pensiero aristotelico (cfr. MIGNE, *Patr. lat.*, LXIV, ad es. col. 1145 sgg.): è un'opera di Boezio che certo le scuole di arti liberali dovettero conoscere. Ma forse ancora più significativi sono taluni passi dei dialoghi *In Porphyrium* (cfr. l'ed. SCHEPS-BRANDT, in *Corpus Scriptorum ecclesiast. lat.*, XLVIII, per es. p. 174) ove molto probabilmente va individuata la radice principale della notissima regola retorica che imponeva a ogni buon autore di spiegare nel prologo dell'opera la causa, l'utilità e l'intenzione di questa. Il problema dell'influenza delle cause aristoteliche sulla dottrina giuridica, che ha già attirato l'attenzione della vecchia storiografia (cfr. soprattutto RATJEN, *Vom Einfluss der Philosophie auf die Jurisprudenz, besonders von der Benutzung der vier Arten des Grundes oder der Ursächlichkeit*, Kiel, 1855), è stato recentemente riesaminato in relazione alle fonti giuridiche cinquecentesche dal PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in *Annali di st. del dir.*, I, 1957, specialmente p. 320 sgg. e *passim*. Cfr. anche POMINI, *La «causa impositionis» nello svolgimento storico della dottrina finanziaria*, Milano, 1951, p. 20 sgg.

altomedievale. E non si può fare a meno di notare che i rapidi successi sono il frutto di sforzi originali e di un'agilità tutta propria dei primi giuristi.

Da quei noiosi prologhi ove il *Corpus Iuris* viene regolarmente sottoposto, e con poca convinzione, alle consuete indagini sulla sua causa finale, formale, materiale ed efficiente, sulla sua *intentio* o sull'*utilitas*, si passa ben presto a trasferire queste figure nel metodo di studio dei singoli problemi giuridici, e poi, dal piano logico passando all'ontologico, i vari aspetti della causa vengono innestati sui singoli istituti, a costituirne elementi sostanziali. Se già al tempo di Rogerio è facile avvertire il maturarsi di larghi fermenti, il punto centrale dello svolgersi di questa elaborazione si coglie forse in Giovanni Bassiano e in Azzone, quando si vede ormai la causa finale pronta a portare il proprio enorme contributo alla dottrina.

Di fronte a questi lieviti, che si riscontrano sin dall'epoca dei primi giuristi, appare forse troppo severo il giudizio del Kantorowicz che, mettendo in risalto l'influenza delle grossolane regolette retoriche sul loro pensiero, sembra addirittura revocare in dubbio la loro capacità di comprendere appieno un concetto elevato come è quello di causa finale (4). Ma, per valutare compiutamente l'apporto dei più antichi glossatori, occorre tener presente che il compito ch'essi si ponevano non consisteva certo nella comprensione di schemi filosofici, ma tendeva piuttosto a trasferire quei concetti, utilizzati addirittura nella speculazione metafisica, sul piano pratico, su cui poggia il diritto. E sono forse proprio le difficoltà che si ergono necessariamente di fronte a chiunque voglia accostare mondi così diversi che giustificano le incertezze dei primi tempi, le confusioni tra l'*intentio* e l'*utilitas* da un lato e la *causa finalis* dall'altro; difficoltà

(4) Dall'incapacità dei glossatori di cogliere il significato obiettivo della *causa finalis* sarebbero scaturite le frequenti confusioni di questa con l'*intentio* e con l'*utilitas*. Sorte d'altronde non gran che migliore avrebbero ottenuta la *causa materialis* e la *causa efficiens*, portate probabilmente a convergere con le figure della *materia* e dell'*occasio* (KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 41). Se il fenomeno di singolari confusioni si verificò senza dubbio intorno alla causa finale, gli scambi tra l'*occasio* e la *causa efficiens* possono riguardarsi come assai meno gravi. Perché anzitutto l'*occasio* confluisce piuttosto nell'immagine della *causa impulsiva*, e questa è figura diversa dalla *causa efficiens*, come meglio potrà vedersi in seguito; in secondo luogo il verificarsi di quell'incontro è ben altro che il frutto d'una confusione o d'un errore: è il momento centrale d'uno svolgimento storico sul quale si avrà occasione di soffermarsi a sufficienza.

aumentate dal grigiore che a quelle figure aveva dato la rozza tradizione alto-medievale delle arti.

D'altronde un altro esempio del disagio che suscitava l'accostamento di figure filosofiche al campo della vita pratica si coglie, in forme nuove, persino al tempo della letteratura consiliare che, mutando coi propri interessi anche taluni angoli visuali, si terrà abbarbicata al meccanismo della vita d'ogni giorno, rallentando le tendenze puramente teoriche, o per lo meno ancorandole a interessi avvocateschi: e non per nulla i *consilia* aprirono l'epoca dei 'pratici'. Per questi ultimi, ovviamente, la figura della *causa finalis* riprese a celare i suoi valori teoretici, divenendo un piccolo congegno della vita empirica del diritto: di nuovo si verificarono sbandamenti che scuoterebbero di orrore il filosofo o il critico moderno. Sbandamenti di fronte ai quali le incertezze dei primi glossatori appaiono ben poca cosa: che infatti i commentatori vissuti tra il tardo Trecento e il Cinquecento, in una epoca che allo storico appare ormai matura, giungessero a identificare nelle persone dei destinatari la causa finale di norme o di negozi farebbe infatti sorridere, se non svelasse proprio il problema storico che qui interessa: ossia la gravità degli ostacoli che incontravano concetti filosofici nel penetrare entro il campo del diritto (5).

Tralasciando pure queste esasperazioni degli intenti praticistici di qualche giureconsulto più tardivo, occorre comunque riconoscere che la causa doveva trasformarsi nel momento in cui estendeva al diritto la propria sfera d'azione. Ed essa infatti abbandonò il terreno metafisico e attutì l'efficacia di criterio

(5) Nomi illustri, come quello del Fulgosio, si ricollegano alla singolare affermazione che l'errore sulla qualità del donatario rende invalido il negozio, perché «...error, *velut in causa finali donationis*, irritam reddit donationem...» (FULGOSII *Cons.* 23, nr. 4 ca. fi.). E, sempre per restare tra maestri insigni, ecco Filippo Decio mettere in risalto che, nel prologo di una *promissio* fatta da taluni ebrei, si ricorda una *gratia* ottenuta dal comune di Asciano: siccome ormai da tempo la dottrina era concorde nel ritenere che lo scopo di norme o atti privati andasse indicato in un breve proemio, la concessione fatta dal comune si trasforma automaticamente, agli occhi del Decio, nella *causa finale* di quella *promissio*. Ne risulta che quest'ultima cade, una volta provata la nullità della *gratia*, in virtù della consueta regola 'cessante causa cessat effectus' (DECII *Cons.* 600, specie i nrr. 1 e 2, 6 e 7). Che queste acrisie si verificassero soprattutto nei *consilia* — è necessario sottolineare ancora — non è probabilmente un caso, ed è comunque una circostanza che quasi simboleggia la difficoltà contro la quale urtava il giurista, allorché si vedeva costretto a far combaciare due piani così diversi come sono appunto quelli della teoria filosofica e della vita pratica.

gnoseologico per diventare, in mano ai giuristi dei primi secoli, soprattutto strumento di valutazione etica. Se ne è còlto finora più di un sintomo: alle attività compiute *ex causa* veniva attribuita la qualifica di giuste, le altre essendo invece relegate nel mondo delle ingiuste; né era soltanto un problema di liceità giuridica degli atti umani che si generava, quanto piuttosto di liceità etico-religiosa in senso lato, perché, se per lo più l'immagine della causa rimaneva nell'ambito del diritto positivo, essa si dilatava talvolta a comprendere le cento circostanze concrete, previste o non dalle norme, cui si rifaceva una valutazione rivolta più al foro della coscienza che non a quello del giudice temporale.

È una figura, insomma, che la dottrina sembra aver considerata come la cerniera ove entravano in contatto il *licitum* e l'*honestum*, e la mobilità che le veniva dalla sua ricchezza di lineamenti e di attitudini serviva appunto a garantire il necessario gioco al *rigor iuris*, là dove questo appariva troppo pesante e urtava la sensibilità del giurista.

A ben vedere, ci si trova qui di fronte alla funzione assegnata da che mondo è mondo al concetto di equità: e si comprende quindi come l'equità e la causa fossero destinate a convergere in virtù d'una affinità naturale (6). La seconda, anzi, appare come un'applicazione della prima, o mostra nei confronti di quella scopi

(6) La fondamentale equazione 'causa seu aequitas' di cui parla il CALASSO (*Causa legis*, cit., p. 31; *Il negozio giuridico*, cit., p. 230 sg.) rappresenta forse il cardine della teoria medievale della causa, quale viene svolta dai giuristi. Essa è apparsa evidente anche allo Chévrier, che pure ha limitato la sua indagine a quella materia delle obbligazioni, ove l'aspetto altamente tecnico della figura poteva sembrar destinato a celarne i motivi più spiccatamente etici (CHÉVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, 1929, p. 25 sg., 46 sgg. e *passim*): se anche si volesse sorvolare sulla vivace funzione di difesa contro il formalismo, che i glossatori intesero appunto come compito equitativo (*ibid.*, p. 15 sg.), resta che l'intervento di quella causa che non per nulla ottenne l'appellativo di 'naturalis' contribuì a render la materia del negozio, almeno nei primi tempi, «... toute imprégnée de préoccupations morales...» (*ibid.*, p. 89 sg.). Guardando ancora più largo, il Calasso ha sottolineato come lo stesso termine 'natura' evocasse al glossatore l'immagine della volontà divina, e comunque bastasse a stabilire saldi contatti con quel diritto naturale, immutabile ed eterno, che serviva appunto a garantire l'adeguamento d'ogni realtà giuridica ai canoni primi della morale (CALASSO, *Il negozio*, cit., p. 220 sgg.). Al di là dalla materia negoziale, questi motivi possono facilmente estendersi, con i dovuti adattamenti, a tutta la teoria generale della causa.

soltanto strumentali: sulla base dei loro rapporti si svolgerà gran parte della vita dell'una e dell'altra immagine.

3. Su questo sfondo, poi, s'inquadra il progressivo accostarsi della causa alla figura della *ratio*; fenomeno d'altronde che nel pensiero filosofico si è rivelato usuale fin dal tempo degli stoici. Nel medioevo esso era facilitato da taluni presupposti della Scolastica, in specie dal suo concentrare nella sussistenza d'una causa la condizione della *rationabilitas* d'ogni fenomeno umano (7): e tale qualità d'ordine inizialmente logico si arricchiva per il giurista di fortissime implicazioni morali.

La funzione della causa si spostava allora con naturalezza a offrire il criterio primo per la valutazione etico-giuridica dell'atto umano — a questa luce si spiega il suo intervento, più sopra esaminato, nella legislazione *contra ius* e in ogni estrinsecarsi della *potestas plena* — tanto che col passar del tempo la scuola dei commentatori vedrà diffondersi una massima significativa, modellata almeno esteriormente su qualche fonte letteraria latina. Così Luca da Penne, dopo aver iniziato un discorso osservando che «...in omni eo quod agendum est causa requiritur... nihil etiam Deus agit in terra sine causa...», e aver lungamente enumerate tutte le applicazioni della causa nel diritto, giunge con un crescendo molto suggestivo all'enunciazione della regola che egli, quasi per una civetteria, scandisce come un verso, modificando appena un po' l'andamento di una formula di Cicerone: «... nec agere quicquam debes cuius non possis causam probabilem reddere. Nam et temeritas est sine causa quid agere velle...» (8). Ma il gusto per il significativo

(7) È il dato storico che trasforma quella convergenza dei termini *causa* e *ratio* in una necessità anche logica: cfr. DEMERS, *Les divers sens du mot «ratio» au Moyen Age. Autour d'un texte de Maître Ferrier de Catalogne (1275)*, in *Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du XIIIe siècle (Publications de l'Inst. d'études médiévales d'Ottawa, I, 1932)*, pp. 108-112.

(8) LUCAE DE PENNA *In tres libros Comm. in Cod. 10, 55, 1, de his qui non impletis stipendiis, l. ignominiae*, nrr. 1, 2 e 4: egli doveva attingere a un passo del *De officiis* ove qualsiasi esercizio *sine causa* di attività veniva qualificato frutto di negligenza e cosa temeraria (CICERONIS *De officiis*, I, 29, § 101: «...omnis autem actio vacare debet temeritate et neglegentia, nec vero agere quicquam, cuius non possit causam probabilem reddere, haec est enim fere discriptio officii...»): non va naturalmente escluso che a un conoscitore del *De officiis* altri brani di quest'opera potessero consigliare la definizione della causa come misura etica degli atti umani (cfr. ad es. *De off.*, I, 4, § 11, o anche I, 21, § 73 in fi.). Se Luca non nasconde affatto

passo dello scrittore latino doveva essere già diffuso nella scuola, se è facile notare che esso raggiunse presto anche i canonisti (9).

In realtà il favore per questa massima nascondeva una lunga preparazione.

4. Gli avevano dato un certo impulso esigenze che riflettevano — come per lo più accade nelle posizioni più caratteristiche del pensiero medievale — taluni insegnamenti della Chiesa: non v'è dubbio che l'impegno con cui la Patristica si è adoperata da tempi immemorabili a sottolineare la necessità di una valutazione intrinseca di ogni atto umano, tale da superare l'aspetto esteriore del *factum* per giungere alla realtà spirituale dell'agente, avesse finito con l'incidere sul pensiero stesso dei giuristi.

D'altronde qualche passo che riportava l'insegnamento in tal senso di padri della Chiesa era stato inserito nel Decreto, e il canonista aveva pertanto avuto agio di ricamarvi sopra. Così l'esortazione di Giovanni Crisostomo a non guardare soltanto alle opere, «...sed ad tempus, et *ad causam*, et ad voluntatem...» — giacché persino l'omicidio può essere giustificabile — aveva sollecitato la glossa ordinaria a proclamare: «et ad causam omnes enim circumstantiae sunt inquirendae... quia causa potius est inquirenda quam ipsum factum» (10). All'epoca del Teutonico,

di andar debitore della formula a Cicerone, certo è che il suo trapianto nel pensiero giuridico meridionale avviene su un terreno particolarmente fertile. È vero che negli scritti di Andrea d'Isernia essa non appare ancora generalizzata sul piano di una legge etica universale, ma già certe espressioni del commentatore abruzzese preludono chiaramente, anche nel ritmo, al successivo passo di Luca: «...nihil ergo in terra sine causa fit a Deo... nec a principe qui sequitur Deum...» (ANDREA DE ISERNIA *Super usibus feudorum*, in *Lib. feud.* II, 55[56] *quae sint regaliae*, § *flumina navigabilia*, nr. 7): è proprio l'affermazione dalla quale Luca da Penne prenderà le mosse per giungere poi a riproporre la più ampia massima ciceroniana. È d'altra parte la soluzione che la scuola meridionale adotterà di regola in quel problema del potere sovrano e dei suoi limiti che, forse anche per ragioni politiche, ebbe nel Mezzogiorno particolare risonanza.

(9) Assai prossimi a quelli di Luca sono i termini in cui si esprime l'Ancharano: «...secundo nota quod quilibet princeps, maxime imperator, debet moveri semper rationabili causa ad aliquid faciendum, et nihil debet agere bonus vir, de quo non possit causam rationabilem reddere, ut ait Tullius...». Ormai, sul chiudersi del Trecento e all'epoca della tarda Scolastica, era naturale che la causa rappresentasse universalmente il metro di ogni attività umana *rationabilis* (cfr. ANCHARANI *Comm.* in c. 6, X, I, 33 *de maiestate et oboedientia*, c. *solitae*, nr. 1).

(10) Gl. *et ad causam* in c. 14, C. XXIII, q. 8.

quest'ultima era già una regola corrente: ed egli trovava modo di ripeterla a commento di una lettera di Alessandro I, che pure esortava unicamente all'indagine dell'*animus*: ma ormai guardare all'*animus* o guardare alla causa era lo stesso. Si trattava di angoli visuali che convergevano sull'identico obiettivo, quello di rivolgere l'attenzione alla realtà umana più che al fatto materiale (11).

In effetti la formula 'causa potius inspicienda quam factum' appare molto diffusa nella giovane dottrina canonistica, e la sua evidente ispirazione etica segnava la strada allo svolgersi della teoria causale e indicava il terreno, giuridico e morale al contempo, su cui essa era destinata ad agire. Se il decretista non credette di sfruttare per altre enunciazioni un passo attribuito ad Isidoro (12), egli additò peraltro una fonte civilistica (13), e a questo punto forse il principio morale e quello giuridico potevano definitivamente saldarsi.

La glossa civilistica, è vero, passò con indifferenza sopra quel passo di Ulpiano che non era sfuggito allo studioso dei canoni, né la massima che quest'ultimo propugnò con grande fervore ottenne altrettanto successo presso i legisti. Ma

(11) Ove infatti papa Alessandro affermava che «...nec tantum attendenda sunt *quae* fiant, quanto *quo animo* fiant...» (c. 1, C. XV, q. 6, § 6 ca. fi.) la glossa annota di nuovo: «potius respicienda est causa facti quam ipsum factum». La massima sarà fatta propria da tutta la scuola canonistica: una delle prime glosse al *Liber Extra*, quella di Vincenzo Ispano inserita nell'apparato ordinario, troverà il modo di ripeterla a proposito d'una norma d'Innocenzo III (cfr. la seconda gl. *ex causa* in c. 26, X, II, 24 *de iureiurando*, c. *etsi Christus*). Si può osservare come un forte impulso all'approfondimento di tale problematica venisse dal diritto penale, e precisamente da quell'indagine dell'*animus delinquendi* che si veniva facendo sempre più attenta. Le note ricerche del KUTTNER ne hanno bene illustrati gli aspetti canonistici; quanto ai legisti — nell'impossibilità di intraprendere un esame che porterebbe troppo lontano — si può soprattutto rinviare alle pagine dell'ULLMANN, *Der Versuch nach der mittelalterlichen italienischen Lehre*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVII, 1940, specialmente p. 39 sgg.

(12) Cfr. c. 1. D. XXIX.

(13) *Dig.* 47, 2, 29: è il passo in cui, ricordando che il rapitore di un'ancella altrui a scopo di libidine non è responsabile di furto, Ulpiano chiarisce: «...*nec enim factum quaeritur, sed causa faciendi*: causa autem faciendi libido fuit, non furtum...». Il discorso era condotto rigidamente su binari tecnici, ma esso apriva — com'è evidente — vasti orizzonti alle affermazioni a sfondo morale incontrate nei canonisti. Queste, d'altronde, hanno forse qualche eco nella glossa che Accursio dedica al frammento ulpiano, nel punto ov'egli spiega le parole *sed causa* osservando «*id est voluntas delinquendi...*»: sarà un motivo che verrà tratto a conseguenze più importanti di quanto i ristretti confini entro cui si muovono la norma romana e la glossa d'Accursio lascerebbero credere.

l'osmosi non poteva mancare di verificarsi prima o poi fra le due scuole: e se si pone mente alla notevole influenza che i canonisti ebbero sui commentatori meridionali da Andrea d'Isernia in poi, si scorge un'altra delle sorgenti alla quale dovette attingere Luca da Penne enunciando la sua regola, solo in parte riconducibile a Cicerone: e d'altronde, con un'esplicita citazione del pensiero canonistico, egli stesso palesa le sue fonti.

5. La rappresentazione di un potenziale equitativo proprio del concetto di causa sospinge inevitabilmente l'interesse verso talune conclusioni che il mondo romano, soprattutto postclassico, ha sollecitate, tanto più che proprio questo mondo fornisce il materiale per le costruzioni dell'età intermedia. E il discorso cade necessariamente sul tema delle obbligazioni.

Si è osservato infatti che, se la causa apre nel diritto moderno un problema logico che riguarda il contenuto giuridico del concetto di obbligazione, nel pensiero romano, pur in una gamma di accezioni diversissime, la causa rappresenta volta a volta l'elemento psicologico, individuale, morale di un atto giuridico: sotto gli auspici dell'idea di *bona fides*, o di conformità al diritto, nell'epoca classica; di principi etici più larghi nell'età postclassica. Sono dati che si intuiscono pur nella assenza di rigore logico, che scaturisce da una terminologia confusa (14).

Il Betti ha tenuto anzi a sottolineare come il punto di arrivo di quello svolgimento, nella legislazione giustiniana, si concretasse in definitiva nella tendenza a svalutare la manifestazione della volontà, in quanto tale, a mero strumento del processo formativo del negozio, esaltandosi per contro la effettiva volizione individuale: comprimendo quindi anche l'importanza della funzione pratica tipica,

(14) Cfr. ad es. GEORGESCU, *Le mot causa dans le latin juridique*, in *Revista Clasică*, VI-VII, Bucarest, 1934-35, ora in *Etudes de philologie juridique et de droit romain*, I, Paris, 1940, p. 232 sg. Se poi la causa introduce per lo più fattori psicologici, individuali e sociali nel diritto (BETTI, *Diritto romano*, I, Parte generale, Padova, 1935, p. 214; cfr. anche GEORGESCU, op. cit., p. 236 sg.), diviene facile giustificare storicamente la nota predilezione che l'epoca bizantina nutrì per quella *iusta* o *iustissima causa* che restava collegata col mondo spirituale dell'agente, garantiva l'adeguamento all'equità e alla morale ed era d'altra parte connessa per più versi con la *bona fides*: basti pensare a quella *iusta causa erroris* estranea ai classici e introdotta appunto dai compilatori (cfr. DONATUTI, *Iustus error e iusta causa erroris nelle fonti romane*, in *Arch. giur.*, LXXXVI, 1921, p. 223 sgg.).

che si racchiude, appunto, nella figura astratta della causa (15). Se il negozio finiva così col soggettivizzarsi vieppiù, quasi esaltando l'*animus* nel caso singolo a detrimento della funzione oggettiva della causa tipica, questa tuttavia, nel suo aspetto di scopo concreto posto dalle parti volta per volta, veniva ad assumere un rilievo prominente sotto il profilo soggettivo, e lungi dal contrapporsi quindi all'elemento della volontà, ne diventava in fondo un carattere integrativo.

Questa suggestiva interpretazione del Betti, sulla quale pesa con evidenza la sua raffigurazione dogmatica della categoria negoziale, spiegherebbe assai bene come la causa, tolta dalle astrazioni della teoria pura e divenuta elemento vivo dell'attività umana d'ogni giorno, restasse aperta a infiltrazioni di carattere morale, che appunto tendono a verificarsi in ogni attività concreta in quanto tale. Ma basti di aver colto in questi pochi spunti l'immagine del terreno fertile che il mondo giustiniano aveva preparato al giurista medievale.

Piuttosto occorre ricordare come il diritto romano non sembri aver costruito una vera e propria teoria della causa (16), anche se forse ha ecceduto il Capitant nel sostenere che i romani — anche quando l'epoca avanzata ebbe sciolti i primitivi eccessi formalistici del sistema — dessero a quella nozione un posto quasi secondario nel loro bagaglio di cultura giuridica (17). Comunque, l'originale sfaccettatura di quell'immagine fu per gran parte il frutto dello sforzo creativo dell'età intermedia: e non è questa l'ultima delle ragioni per le quali la figura medievale della causa rispose tanto apertamente alle esigenze del suo tempo, e vi aderì in modo così perfetto.

6. Lo Chévrier ha sostenuto con molta efficacia che, vista la causa dall'angolo visuale dei rapporti tra la dottrina e la prassi, si possono scorgere tre periodi nel

(15) BETTI, *Dir. rom.*, cit., p. 226 sg. Da questa tendenza a sopravvalutare l'*animus* del soggetto deriva con naturalezza il diverso punto di vista dei classici e dei giustiniani sul problema dei vizi della volontà, i primi guardandoli soprattutto sotto il profilo dell'illiceità dell'atto, gli altri tendendo invece a consentire che l'errore, la violenza e il dolo — in quanto vizi della volontà manifestata — incidessero sulla più intima struttura del negozio, giustificandone quindi l'annullamento (cfr. p. 229; anche p. 253 sgg., 315 sgg.).

(16) CAPITANT, *De la cause des obligations (contrats, engagements unilatéraux, legs)*², Paris, 1924, p. 80; GEORGESCU, *Le mot causa*, cit., p. 232.

(17) CAPITANT, *De la cause*, cit., p. 81.

suo svolgimento dall'epoca dei glossatori in poi: nelle prime opere bolognesi essa avrebbe cristallizzato quasi una protesta contro il formalismo, costituendo nel contempo una protezione contro i negozi inconsiderati o a fine illecito: per quello stesso aspetto soggettivo che le era stato tramandato dalla legislazione giustiniana, la causa si sarebbe volta a qualificare l'elemento individuale della volontà e a costituire quindi una difesa contro il dolo e l'inganno (18). Tanto che, prendendo lo spunto da un passo di Ulpiano ove si concedeva l'*exceptio doli* al debitore il quale, obbligatosi con regolare *stipulatio* a restituire una somma, non l'avesse in realtà ottenuta in prestito (19), gli interpreti del medioevo ne trassero la conseguenza che l'assenza di causa negli atti formali andasse equiparata al dolo, e la solennità da sola fosse impotente a creare un'*actio* interamente efficace.

Era naturalmente, questo, il terreno sul quale si verificava in certi casi lo scontro tra le cause *civilis e naturalis* cui già si è fatto un accenno. Ma era inoltre il chiaro punto di partenza degli indirizzi che tendevano a fare della causa il sostegno delle obbligazioni nate da semplici accordi. Ora, tali indirizzi sembrano costituire il perno di tutta la teoria medievale delle obbligazioni. Scaturiti da una considerazione morale del negozio, essi la rappresentano in quella figura della *causa naturalis* che assorbe la valutazione etica dello stesso momento soggettivo: la scorrettezza di una parte, per intenderci, oltre che indirizzare, mediante l'esame del dolo e della colpa, a una indagine della volontà traviata, incide soprattutto sulla *naturalis causa*, di cui può giungere a promuovere la caduta rendendo inefficace il negozio.

È un punto di vista che, nella fase scolastica del primo abbozzo d'un disegno che richiederà secoli di rifiniture, rivela sufficientemente dove stesse per i glossatori il centro di gravità del problema.

L'emersione della causa come vera fonte di efficacia vincolante è verificabile perfino nel campo dove la vecchia storiografia era usa vedere l'affermarsi del

(18) CHÉVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, 1929, p. 2.

(19) «... Si quis sine causa ab aliquo fuerit stipulatus, deinde ex ea stipulatione experiatur, exceptio utique doli mali ei nocebit...», diceva Ulpiano (*Dig.* 44, 4, 2, 3). Era logico che l'insegnamento si dovesse prestare alle interpretazioni medievali cui si accennerà tra poco.

principio opposto, quello soggettivo o consensuale (20). Si allude naturalmente alle celebri posizioni della glossa canonistica sull'obbligatorietà dei patti nudi (21).

(20) Così lo SCHUPFER (*Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del Risorgimento*, I, Milano-Torino-Roma, 1920, p. 51 sgg.), per non parlar d'altri, continua a porre accanto le esigenze fideistiche della Chiesa e le concezioni sostanziali del contratto barbarico a costituire i due pilastri del processo di esaltazione dell'elemento intenzionale. Il MEYNIAL (*Remarques sur les traits originaux de l'ancien droit français*, in *Tijdschr. voor Rechtsgesch.*, IV, 1923, p. 417 sg.) rileva l'affermarsi di quest'elemento ancora nei *coutumiers* francesi, seppur accoppiato ormai all'esigenza della causa. Tuttavia, di fronte alla tendenza più diffusa che, individuando la causa nella prestazione eseguita, vi riconosceva la fonte dell'efficacia vincolante sul paradigma del contratto reale, dal Duecento si scorgono i segni d'una qualche reazione. Jean de Blanot — e la cosa è interessante — richiama i contratti nuovi creati dalla prassi per suggerirne la validità anche prima dell'adempimento d'una parte (causa): «...neque curo utrum in promissione interveniat causa vel non...». Perché anche qualora non intervenisse «...valet tamen promissio in effectu, et hoc est verum in obligationibus que nunc primum sortiuntur effectum et que nunc de novo constituuntur...». L'impostazione rispecchiava, probabilmente, qualche aspetto dell'usuale problematica relativa ai negozi astratti, ma il modo stesso nel quale viene proposta conferma la posizione della causa al centro dei dibattiti (cfr. ACHER, *Notes sur le droit savant au Moyen Age*, in *Nouv. Rev. hist. de dr. fr. et étr.*, XXX, 1906, p. 144 e l'ed. del passo del *Tractatus de feudis et homagiis*, dal ms. parmense, a p. 150-51).

(21) È oggi indiscusso che il principio dal quale i canonisti hanno tolta l'obbligatorietà del patto è posto sul piano religioso e consiste in quell'assimilazione della promessa violata al *mendacium* ch'è frutto di una tradizione risalente al Vecchio e al Nuovo Testamento (cfr. soprattutto SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, 1928, p. 2 sgg.; ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, 1935, p. 96 sgg.) rinverdata dai primi grandi teologi del nuovo millennio (cfr. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933, p. 10 sgg.). Punto fermo, nell'attuale stato della storiografia, è dunque che la preoccupazione di evitare il *peccatum* sia stata la molla del pensiero canonistico (SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nordlingen, 1881, pp. 45, 55; F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino, 1892, p. 165 sg.; SCHUPFER, loc. ult. cit.; KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock, 1882, p. 133. Ma soprattutto CAPITANT, *De la cause*, cit., con le aggiunte del LE BRAS, nella 3ª ed., Paris, 1927, p. 126 e in generale tutto il cap. II; ROUSSIER, *Le fondement*, cit., p. 10 sgg.; ROBERTI, *L'influenza cristiana*, loc. cit.; FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali R. Univ. Macerata*, XI, 1937, in specie p. 168 sgg.; ASTUTI, *I principî fondamentali dei contratti nella storia del diritto italiano*, in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, p. 35; CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 263 sg. Cfr. anche, da ultimo, BÄRMANN, *Pacta sunt servanda. Considérations sur l'histoire du contrat consensuel*, in *Revue internationale de droit comparé*, XIII, 1961, p. 18 sgg. dell'estr.).

Se tale obbligatorietà è giustamente apparsa, alla storiografia recente, sollecitata da interessi fideistici e non da presunti trionfi dell'elemento consensuale del

Da questo angolo visuale si chiarisce storicamente il ricorso canonistico — inaugurato da Uguccio (cfr. il passo edito dal ROUSSIER, *Le fondement*, cit., Append. I, p. 237) — alla *denunciatio evangelica* per risolvere il problema della tutela dei patti. Il FEDELE (*Considerazioni*, cit., p. 129 sgg.) ha correttamente smontato la tesi del ROUSSIER (*Le fondement*, cit., p. 123) che, gonfiando oltre misura l'efficacia della *denunciatio*, aveva finito addirittura coll'accostarla a quella dell'azione, e ha anzi dimostrato come, date le premesse religiose della problematica, l'*officium iudicis in modum denunciationis*, ispirato dall'*aequitas canonica*, offrì l'unica soluzione coerente con lo spirito dell'ordinamento (p. 171 sgg.). E infatti mentre quel mezzo tecnico tende solo alla repressione del peccato, cioè a una finalità spirituale, l'adozione dell'*actio* — categoria civilistica nutrita da esigenze diverse — doveva comportare una recezione almeno parziale dell'interesse cui l'*actio* appunto intende provvedere, ossia il raggiungimento dei risultati pratici che i paciscenti si fossero proposti.

Da un punto di vista storico, quindi, la celebre tesi avanzata dal Teutonico (cfr. la glossa *distantiam* in c. 12, C. XXII, q. 5, la gl. *promiserunt* in c. 66, C. XII, q. 2 e il passo della *Summa* vaticana edito dal ROUSSIER, Append. II, p. [239] e attribuito senz'altro al Teutonico dal KUTTNER, *Eine Dekretsumme des Johannes Teutonicus* (*Cod. Vat. Pal. lat. 658*), in *Zeitschr. Sav. Stift.*, LII, *Kan. Abt.*, XXI, 1932, p. 141 sgg.) che il nudo patto generasse azione appare effettivamente rivoluzionaria, anche se i presupposti religiosi che animavano l'elaborazione non furono ovviamente rinnegati: e non potevano esserlo. Se non interessa qui ricordare il successo ottenuto dalla teoria ugucciana da una parte e dall'altra quello riscosso dalla glossa ordinaria, sulla quale — malgrado le deviazioni della prassi (Vincenzo Ispano, glossando la bolla *Rex Pacificus* con cui era stato promulgato il *Liber Extra*, narra che i catalani non concedevano l'*actio ex promisso*: cfr. l'apparato ordinario) — si fondò la *communis opinio* successiva (un elenco di giuristi sull'una e l'altra sponda in SPIES, *De l'observation*, cit., pp. 42-123, ROUSSIER, *Le fondement*, cit., p. 172 sgg., FEDELE, *Considerazioni*, cit., p. 147 sg., 153 sgg.), è invece opportuno soffermarsi brevemente sull'ambiente storico che maturò la decisione del Teutonico. Era l'epoca in cui la Chiesa, spinta dall'esigenza di rassodare la propria organizzazione, promulgava le prime codificazioni ufficiali e non nascondeva di volerle porre accanto a quel *corpus* civilistico che ne aveva costituito il modello naturale: l'ha acutamente rilevato il CALASSO (*Il negozio*, cit., p. 271 sg.). È anche un'epoca in cui i rapporti tra la dottrina canonistica e quella civilistica si stringono, la prima recepisce categorie proprie della seconda e ne adotta problematiche, mentre necessità scientifiche, ancor più che pratiche, diffondono la figura del giurista integrale, esperto *in utroque iure*.

Nessuno vuol negare che i due ordinamenti fossero reciprocamente irrilevanti e quindi, all'atto pratico, soluzioni adottate per l'uno non impegnassero affatto l'altro: ma sarebbe antistorico sostenere che sul piano dottrinale taluni interessi, quindi certi problemi, certi svolgimenti, certe soluzioni non influenzassero reciprocamente le due scuole, se non altro perché entrambe eran costituite da uomini

negozio, quanto occorre qui mettere in risalto è che la problematica si muoveva sullo stesso terreno etico che aveva nutrito la dottrina della causa. Era quindi naturale che questa fosse chiamata a fornire un surrogato della forma (22), assumendo cioè la funzione generatrice di forza vincolante: l'obbligatorietà veniva pertanto ristretta al patto causale.

che vivevano i problemi della stessa epoca ed erano consapevoli della sostanziale unità della propria cultura giuridica.

Che la bilancia degli scambi pesasse più dalla parte dei civilisti era naturale. La recezione dell'istituto dell'*actio* nel sistema canonico ne è un sintomo, il suo trasferimento nel campo dei *pacta* — dove le esigenze fideistiche sarebbero state tutelate a sufficienza dalla *denunciatio evangelica* — ne sarebbe una prova decisiva... se solo i civilisti, all'opposto, non fossero stati legati al principio romano «ex nudo pacto actio non oritur». Tanto che una parte della storiografia ha addirittura assegnato ai canonisti il merito di averlo sovvertito.

Ma qui forse è il linguaggio dei giuristi del tempo che ha tratto in errore. Perché il canonista parlando di patto nudo alludeva a quello *nudum a solemnitate sed non nudum a causa* (CAPITANT, *De la cause*, cit., se ne veda la 3^a ed., con le note del LE BRAS, Paris, 1927, p. 174 sgg. e si cfr., dello stesso LE BRAS, *Canon Law*, in *The Legacy of the Middle Ages*, rist., Oxford, 1951, p. 354. È, d'altronde, teoria comune di tutta la storiografia: rappresenta la conclusione dell'indagine dello SPIES, *De l'observation*, cit., e l'hanno ripresa lo CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 175 sgg., l'ASTUTI, loc. ult. cit., e da ultimi il SÖLLNER, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht des Mittelalters bei den Glossatoren Kommentatoren und Kanonisten*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXVII, 1960, p. 242 sgg. e il DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXVII, 1960, p. 287), mentre al civilista lo stesso patto causale appariva come un patto *vestito*: sicché per l'uno studioso come per l'altro l'inapplicabilità della regola romana era evidente.

Non che i loro risultati fossero identici: durante l'età della glossa le due scuole poterono giungere anche a soluzioni, dal punto di vista pratico, distanti. Il fatto è che, per il civilista, il problema non poteva porsi in questa materia se non in termini di *causa naturalis*, perché la *causa civilis*, individuata nella *stipulatio* o nella pubblica scrittura, era elemento del *contractus* vero e proprio. Ma la *causa naturalis* si riduceva, in prevalenza, a una *datio vel factum*; sicché la sua efficacia vincolante era portata — ma solo tendenzialmente — ad agire soprattutto nel campo del contratto reale innominato — lo si è più volte messo in rilievo — figura ch'è strano il giurista medievale risolvesse, anziché in uno schema contrattuale, nell'ampia categoria dei *pacta*.

Il canonista invece, poco sensibile alla dialettica tra *causa civilis* e *naturalis*, restava pressoché immune da queste tendenze: e poteva anzi concedere la tutela dell'*actio* — quando giunse ad accordarla — persino alla promessa unilaterale semplice, mentre i presupposti teorici or ora ricordati spingevano il legista a limitarla ai patti bilaterali.

(22) È una constatazione fatta dallo CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 175 sgg.

Ma — seppur limitatamente alle convenzioni bilaterali ove l'obbligatorietà poteva richiamarsi alla regola «adimplenti est adimplendum», com'era soprattutto il caso nei contratti reali innominati — questa era tesi accolta anche dai civilisti (23), che qui parlavano addirittura di patto non nudo ma vestito (24), sicché le due scuole, all'atto pratico, giungevano almeno su un punto a risultati teorici analoghi, malgrado l'indiscutibile diversità delle premesse — solo fideistiche da una parte, più tecnico-giuridiche dall'altra — e dell'ambito di applicazione, separato secondo i principî che governavano i reciproci rapporti dell'*utrumque ius*.

Si potrà dire, quindi, che la divergenza più considerevole stava nella maggior larghezza con cui il canonista accoglieva cause atipiche nei *pacta*.

(23) Già nelle *Questiones de iuris subtilitatibus* (VII de *transactionibus*, § 11, ed. FITTING, *Quest. de iur. subt. des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 64, ed. ZANETTI, Firenze, 1958, VIII, § 11, p. 39 sg. Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 219 sg., 257 sg.: «...sufficit autem causa quelibet nobis placita, dummodo non sit reprobata, et in civilibus obligationibus et in remissionibus...»). In queste, anzi, l'esistenza d'una causa si presume. Ancora più interessante è l'applicazione del principio alla materia specifica dei *pacta*: «...in quibus enim pactis causa deest, illa pacta ratio destituit sicut et nudam traditionem. Non enim rationabilis est pactio seu promissio, nisi ratio discutiat et probet quod promittatur et quare et quomodo, cui et a quo. Alioquin et alii pacisci possemus et omnia talia pacta valerent que scilicet non obviant iuri, sed non approbantur iure...». A distanza di qualche decennio, la glossa accursiana potrà ormai racchiudere in una formula sintetica la regola da tempo acquisita, e spiegherà la parola *causa* d'un noto frammento ulpiano con queste poche parole: «id est datio vel factum quod vestiet pactionem» (gl. *causa* in *Dig. 2, 14, 7, de pactis*, l. *iurisgentium*, § *sed etsi*. E poco oltre, al § 4 *sed cum nulla* aggiungerà: *causa*, «id est datio vel factum, ex quo vestiatur contractus innominatus, 'do ut des'...»). Sarà questa la *communis opinio* della scuola, e raramente si formuleranno dubbi su di essa. Il che non toglie che se ne trovassero eccezioni, dagli stessi civilisti, in taluni istituti (cfr. ASTUTI, *Pactum geminatum*, in *Studi Besta*, I, p. 223 sgg.): prima fra tutte scendeva qui in campo quella figura del *constitutum debiti*, la cui piena tutela era già stata riconosciuta dai giustinianeî (cfr. ancora ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento - Il costituito di debito*, II, Milano, 1941, p. 313 sgg.; ID., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 144 sgg.).

(24) Inserendo nella definizione stessa del patto nudo il vecchio insegnamento accursiano ricordato alla nota precedente, il Révigny potrà avvertire: «...sic debet pactum nudum diffiniri: pactum nudum est cui causa non subest, id est cui non subest datio vel factio...» (cfr. DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 287).

Lo nota Baldo: trattando dell'esistenza in certi accordi di una causa estrinseca per la quale l'ordinamento abbia manifestato il suo favore — come quella di liberalità o il fine di salvar la pace e la concordia — egli userà un'espressione molto significativa: «...istud non est pactum nudum sed vestitum robore canonicae sanctionis, unde tu canonista addis ad vestimenta pactorum vestimentum quod appellatur *vestmentum roboris*...» (25).

Se non è qui opportuno soffermarsi più a lungo sul campeggiare della causa presso i canonisti, nella problematica più delicata che l'autonomia del singolo offrì, è bene ricordare che nel campo civilistico si assiste a un analogo imporsi di quella figura anche in una materia apparentemente del tutto diversa: quella del negozio formale tipico, della *stipulatio* (26).

7. È ben noto che la forma solenne di questo istituto era già apparsa attenuata nella legislazione giustiniana (27) ed era venuta perdendo vieppiù in chiarezza nella prassi dell'alto medioevo, quando essa sembrò addirittura confondersi — almeno agli occhi di qualche storico — con lo *scriptum* (28). Una simile trasformazione dovette certo influenzare il glossatore, e se egli sembrò tornare agli schemi antichi restituendo, almeno sul piano delle disquisizioni accademiche,

(25) BALDI *Comm. in c. 1, X, I, 35 de pactis, c. Antigonus*, nr. 7. Lo CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 179 sgg. cita appunto Baldo come il maggior divulgatore della teoria — le cui origini risalgono tuttavia ai primordi della scuola civilistica — del patto causale: della *causa producens actionem*.

(26) Cfr. MEIJERS, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XIV, 1936, p. 368 sgg.

(27) In virtù della nota costituzione di Leone I (*Cod. 8, 37[38]*, 10): che è appunto messa nel dovuto rilievo dalle *Inst. 3, 15, 1*. Cfr. da ultimo CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 171 sgg.

(28) Fu un'opinione largamente accolta dopo che il Brunner l'ebbe formulata (BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunden*, Berlin, 1880, p. 62 sgg., 82 sgg.) e sopravvisse anche alla critica che le portò il Brandileone mezzo secolo più tardi (cfr. BRANDILEONE, *La stipulatio nell'età imperiale romana e durante il Medio Evo*, in *Riv. di storia del dir. it.*, I, 1928, p. 50 sg. e specialmente p. 288 sgg., ora in *Scritti di storia del diritto privato italiano*, II, Bologna, 1931, p. 465 e particolarmente p. 506 sgg.). Cfr. da ultimi ASTUTI, *I contratti obbligatori*, cit., p. 247 sgg.; CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 171 sgg.; VAN OVEN, *La stipulation a-t-elle dégénéré?*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXVI, 1958, p. 409 sgg.

l'oralità al negozio (29), d'altro canto discusse se aggiungerci o non come elemento necessario la sussistenza di una causa naturale, trasferendo così nel linguaggio del suo tempo un noto insegnamento di Ulpiano (30). Ma su quest'ultimo punto occorre precisare.

In realtà la disciplina romana, che al difetto di causa ricollegava sì l'inefficacia della *stipulatio*, ma solo mediante strumenti processuali del diritto pretorio, continuò a configurare il meccanismo dei rapporti tra il contratto formale e la sua causa sul piano dell'attuazione pratica del negozio. Sul piano teorico, poi, quel meccanismo si rispecchiò nella normale dialettica tra le cause civile e naturale: in omaggio agli effetti assegnati alla prima — di cui appunto l'avvenuta *stipulatio* rappresentava una delle ipotesi più importanti — il negozio risultava valido *de iuris rigore*; la mancanza della seconda si correggeva con la *exceptio* o la *condictio*, considerati come mezzi atti a curare l'anomalia dell'obbligazione intervenendo *de aequitate*, ossia nell'ambito della sua efficacia concreta, degli effetti realmente perseguibili. Sin dall'epoca della *Summa Trecensis* (31) il problema speculativo è dunque chiaramente risolto nella consueta questione dei rapporti tra equità e rigore.

(29) Basti ricordare le definizioni numerose, proposte dai glossatori, le quali poggiano tutte sul rilievo dato alla *conceptio verborum*: le ha citate e commentate il TRIFONE, *La «stipulatio» nelle dottrine dei glossatori*, in *Studi Besta*, I, p. 179 sgg.

(30) Si tratta del passo ulpiano già ricordato (*Dig.* 44, 4, 2, 3): l'*exceptio doli* prevista contro chi «...sine causa ab aliquo fuerit stipulatus...», suggeriva subito al glossatore quella mancanza di *causa naturalis* cui egli appunto aveva collegato, come unica tutela giuridica, l'opponibilità di un'*exceptio*.

(31) *Summa Trecensis*, VIII, 33 *de contrahenda stipulatione*, § 7, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 290: «...Causa ob quam promittitur naturalis esse debet, ut vel dacionem seu factum contineat, et ideo quantum ad hoc ut obligatio cum effectu teneat, causa naturalis praecedere, vel inesse, vel subsequi debet: alioquin quantum ad iuris stricti rigorem stipulatio tenet, sed doli mali seu in factum exceptione repellitur...». Ripreso dalla *Summa* di ROGERIO (VIII, 29 *de contrahenda stip.*, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 203), il motivo si rivelerà corrente presso i glossatori: e lo Chévrier, soffermandosi brevemente su quest'impostazione (CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 34 sgg.), rileva come ne discenda una diversa efficacia attribuita alla causa nel patto e nella *stipulatio*, nel secondo caso essendole consentito di produrre l'azione, nel primo venendole collegata soltanto un'eccezione (p. 41 sgg.; cfr. anche ROUSSIER, *Le fondement*, cit., p. 55 sgg.). Questione marginale appare qui l'eventuale annullabilità d'una *stipulatio* senza causa mediante una vera e propria azione, la *condictio sine causa* prevista da *Dig.* 12, 7, 1: si può rinviare alla trattazione fattane dal MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 369.

A voler dar credito ad Accursio, solo Martino avrebbe propugnato la teoria estrema dell'invalidità *ipso iure* della stipulazione senza causa, e il suo atteggiamento si adeguerebbe abbastanza bene all'idea che ci si fa di regola dei principî gosiani (32). Ricordando che Martino vedeva la *causa naturalis* della *stipulatio* nella controprestazione già eseguita — e non in quella promessa solamente — la sua opinione comportava che la causa del contratto formale fosse quella del contratto innominato (33): con l'ovvia conseguenza di un accostamento del primo al secondo, di un negozio formale a un negozio sostanziale.

Ma sia le opere — come la *Summa Trecensis* — che alla tradizione gosiana sogliono ricollegarsi, e tuttavia ripiegano subito su posizioni più moderate, sia

(32) Cfr. gl. *causa* in *Dig.* 2, 14, 7, 14, *de pactis*, l. *iurisdictionum*, § *sed cum nulla*: il punto di partenza del passo accursiano è costituito dalla consueta affermazione che una *datio* o un *factum*, ossia una *causa naturalis*, è capace di 'vestire' un contratto innominato. Ed espressa così la teoria dominante nella scuola, Accursio sposta il discorso sul quesito se la *stipulatio* abbia o non un'analogia efficace: il che equivaleva a chiedersi se la *stipulatio* avesse il potere di attribuire l'azione al contratto innominato anche in difetto della *causa naturalis*. Sembra che Martino si tenesse sulla negativa, e naturalmente Accursio ne confuta l'opinione: «...Et ideo glossa Martini, qui dicit etiam si stipulatio intercessit [contractum innominatum] non tenere, reprobatur per legem C. de rerum permutatione, l. ex placito (Cod. 4, 64, 3)...». Martino non faceva, in definitiva, che interpretare rigidamente il paragrafo del frammento ulpiano attorno al quale, appunto, si svolgevano i commenti: infatti il passo del Digesto (*Dig.* 2, 14, 7, 4) avvertiva: «...sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem...». Sempre secondo la glossa ordinaria, Azzone avrebbe interpretato con maggiore elasticità il paragrafo d'Ulpiano, da una parte tenendo al di fuori dal discorso l'eventualità d'un intervento della *stipulatio*, dall'altra contentandosi di configurare un'ipotesi di falsa causa per errore del promittente: «...sed Azo hunc paragraphum aliter intelligebat, ut puta quia credebat quis se mihi teneri, cum non teneretur, et promisit ex ea falsa causa quae non suberat: quo casu non valet promissio...» [questa impostazione, secondo Cino, sarebbe stata invece difesa da Ugolino in una sua *distinctio*, e l'avrebbero approvata Jacques de Révigny, il Belleperche, Jean de Blanot: cfr. ALBERICI DE ROSATE *Comm.* in *Cod.* 4, 30, 13, *de non numerata pecunia*, l. *generaliter*, 2^a col. ca. me]. D'altronde la l. *ex placito* addotta da Accursio a confutazione della tesi di Martino era in effetti un ottimo argomento per mostrare l'eccessiva rigidità della posizione dell'antico dottore: si tratta di un rescritto di Diocleziano che sembra fatto apposta per dirimere il problema suffragando l'opinione caldeggiata da Accursio: «Ex placito permutationis re nulla secuta constat nemini actionem competere, nisi stipulatio subiecta ex verborum obligatione quaesierit partibus actionem» (*Cod.* 4, 64, 3).

(33) MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 371.

quelle ispirate a indirizzi opposti, scritte da giuristi che si atteggiavano a paladini dell'efficacia vincolante della forma — com'è il caso del Bassiano (34) — e amano richiamare la significativa etimologia romana «...stipulum apud veteres firmum appellabatur, forte a stipite descendens...» (35), finiscono tutte col cedere al limpido insegnamento delle fonti: la mancanza di causa naturale nell'obbligazione contratta formalmente agisce soltanto in sede processuale, non esclude l'*actio*, ma le oppone un'*exceptio*.

In definitiva, quindi, le divergenze tra i vari autori si colgono, più che altrove, nel tono che essi adottano; e se il tono d'un discorso di Azzone ha condotto taluno, come Iacopo d'Arena (36), a insegnare che quel glossatore esigeva la sussistenza d'una causa nella *stipulatio*, la testimonianza non deve essere fraintesa, perché certo non intende suggerire che Azzone fosse andato al di là dalle soluzioni correnti (37). Né Accursio dice parole nuove, né Odofredo, il quale tramanda ai commentatori la chiara enunciazione che la *stipulatio sine*

(34) IOANNIS BASSIANI *Summa Authenticorum*, in *Coll. VI, de instrumentorum cautela et fide* (Nov. 73), nr. 1 ca. me. Avendo ricordato come nelle obbligazioni occorra presumere l'esistenza di una causa «...cum omnia praesumantur legitime acta... nisi probetur contra...», precisa: «...nec obstat ei quod dixi stipulationem sine causa valere id quod dicitur ff. de doli exceptione, l. II, § circa (*Dig. 44, 4, 2, 3*), quia ibi respectu certae causae stipulatio fiebat, quae causa non suberat, unde exceptio in factum, vel doli, opponitur, ut ibi dicitur...». L'obiezione posta dal frammento citato da Giovanni era destinata a far cadere la teoria di questo entro i termini tradizionali già enunciati nelle *Summae* di Troyes e di Rogerio: si trattava infatti del consueto insegnamento ulpiano che prevedeva appunto l'opponibilità di un'*exceptio doli* all'esperimento di un'*actio ex stipulatu*, allorché risultasse il difetto di causa in quella *stipulatio*. Si osservi che il passo della *Summa* delle autentiche rispecchia certo il pensiero originale di Giovanni e non è il frutto d'interpolazioni accursiane: la glossa ordinaria appare infatti assai più cauta in merito a questo problema (cfr. gl. *eamque*, in fi., in *Cod. 4, 30, 13, de non numerata pecunia*, l. *generaliter*).

(35) Cfr. *Inst. 3, 15 pr.* Sulla sorte dell'etimologia adottata dai glossatori cfr. TRIFONE, *La «stipulatio»*, cit., p. 181, nota 1.

(36) IACOBI de ARENA *Comm. in Cod. 4, 29, 25, ad Velleianum*, l. *generaliter*, nr. 2: ma deve trattarsi in realtà del commento a un'altra l. *generaliter*, quella contenuta in *Cod. 4, 30, 13, de non numerata pecunia*. Comunque Iacopo vi afferma che «...in hac opinione est Azo in summa huius tituli, quod in stipulatione exigatur causa...».

(37) Cfr. AZONIS *Summa Codicis*, IV, *de non numerata pecunia*, nr. 6: «...sed si... stipulatione promisit se redditurum, quod sperabat sibi numerandum esse, nec numeratum est intra biennium, si ex stipulatione conveniatur, opponit exceptione in factum et condicit obligationem...».

causa vale de rigore iuris, ma viene inficiata *de aequitate* mediante l'eccezione di dolo (38).

8. Quando poi il Révigny giunse all'ardita equiparazione dei contratti *litteris e verbis* (39), le stesse soluzioni poterono adattarsi a entrambi i tipi, che videro così estendersi alquanto la propria sfera d'efficacia. La tesi ebbe non soltanto il merito di permettere una reinterpretazione unitaria della categoria complessiva del negozio formale, ma consentì anche di rinforzare i contatti tra la teoria e la prassi. Era infatti la vita dei commerci a offrire forme negoziali nuove, il cui unico addentellato coi vecchi schemi del *Corpus Iuris* stava in un elemento comune, la scrittura; se si ricordano le varie specie di titoli di credito che si venivano diffondendo — le lettere di pagamento che annunciavano la moderna cambiale, la lettera di cambio o altre — è facile comprendere come un'accentuazione del valore formale della scrittura, nell'ambito del contratto letterale, fosse il mezzo migliore per ricondurre i bisogni della vita ai modelli della tradizione.

Qui l'esigenza della *causa naturalis* finì dunque col venir espressa nei modi ch'erano stati messi a punto per la *stipulatio*, ma non è escluso che al tempo della

(38) Nella nota gl. *eamque* in *Cod.* 4, 30, 13, *de non numerata pecunia*, l. *generaliter*, Accursio riferisce dapprima come taluno affermi che la *stipulatio* è efficace anche *sine causa* — e non è affatto escluso che tra quei *quidam* egli vedesse Giovanni Bassiano —, ma poi torna a sottolineare l'opponibilità dell'*exceptio*: «...Sed an stipulatio valeat sine causa? Potest dici quod sic secundum quosdam, sed nisi causa probetur reus absolvitur...». Quanto all'accostamento dei binomi *stipulatio-rigor* ed *aequitas-exceptio* attuato anche in questo tema, cfr. ALBERICO da ROSATE, nel *Comm.* in *Cod.* 4, 30, 13, *de non numerata pecunia*, l. *generaliter*, 2^a col. ca. me.

(39) Cfr. MEIJERS, *La théorie des ultramontani concernant la force obligatoire et la force probante des actes sous seing privé*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XII, 1933, p. 45 sg. L'equiparazione voluta dal Révigny si inserisce nel suo tentativo di accentuare il carattere formale della stessa *stipulatio*: tutto il suo pensiero è ben rappresentato in un paragrafo della sua *repetitio* della l. *generaliter* (*Cod.* 4, 30, 13) edito dal Meijers in appendice al lavoro ricordato ora (p. 97, § 17). D'altronde lo Chévrier ritiene che proprio alla scuola francese — in particolare al Révigny e al Blanot — vada ricondotta l'iniziativa d'una rivendicazione dell'autonomia del negozio astratto: e confuta la testimonianza di Giovanni d'Andrea, che vorrebbe Martino da Fano a capo di quel movimento (CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 92 sgg.). In effetti, da quel poco che si può dedurre dall'esortazione data da Martino nel tratteggiare la formula della *stipulatio* («...et semper ponas causam...»); MARTINI de FANO *Formularium*, § 69, ed. WAHRMUND, *Quellen zur Gesch. des röm.-kan. Processes im M. A.*, I, fasc. 8, p. 26), si è portati a credere ch'egli non si discostasse dall'opinione della glossa.

glossa la si fosse sentita nei negozi *litteris* ancora più acutamente (40): in fondo la distinzione del Bassiano — il quale, all'idea che la scrittura fosse fonte immediata dell'obbligazione, opponeva il suggerimento di paragonarne l'efficacia a quella di una confessione stragiudiziale — aveva sottolineato in questa seconda raffigurazione il valore autonomo del contratto sottostante, e quindi quello sostanziale della causa (41).

Comunque, dall'esame della rilevanza di tale causa nel processo genetico dell'obbligazione gli angoli visuali si andarono spostando vieppiù, nel XIII secolo, sul momento della prova della sua effettiva sussistenza e sul meccanismo con cui il relativo onere fosse da addossare all'una o all'altra parte nei singoli casi (42). Anche qui la spinta di interessi praticistici è probabile.

Ma su questo punto è inutile dilungarsi. Piuttosto è bene rivolgersi agli arricchimenti ch'ebbe la teoria generale da una particolare problematica tecnica, affrontata sin dagli inizi della scuola bolognese: ossia come andasse interpretata un'obiettiva insussistenza della causa in un negozio, allorché il debitore ne fosse consapevole.

È noto che, almeno agli indirizzi prevalenti della glossa, una tale mancanza sembrò segno che il debitore, qualora non ignorasse alcuna delle circostanze della sua obbligazione, fosse stato spinto a contrarla da intendimenti di liberalità, avesse cioè soltanto voluto donare (43).

(40) È opinione dello CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 64 sg.

(41) IOANNIS BASSIANI *Summa Authenticorum, de fide instrumentorum* (Coll. VI, tit. 3, Nov. 73), nr. 1 («...Quod est de confessione aliqua debet ibi subesse causa... Si autem est de obligatione, licet non sit ibi causa, praesumitur subesse...»). Si noti, tuttavia, che il problema del Bassiano è quello dell'esistenza d'una espressa dichiarazione della causa più che della sua sussistenza reale: ma ovviamente le due questioni erano legate).

(42) Cfr., oltre lo CHÉVRIER, il MEIJERS, *La théorie des ultramontani*, cit., p. 42 sg. I due problemi, comunque, erano stati trattati insieme sin dal tempo della glossa.

(43) La tradizione individuò in Bulgaro e Ugolino i fautori più significativi di tale teoria, sebbene la sua diffusione ce la riveli come una costante dottrinale dell'intera scuola. A Bulgaro e a Ugolino la riporta infatti ACCURSIO (gl. *per exceptionem* in Dig. 13, 5, 3, 1, *de constituta pecunia*, l. *quod si maritus*, § *si quis autem*: «...Sed quid si sciens se quis nullo modo teneri constituat? Responde: tenetur secundum Bulgarum et Hugolinum, quia donare videtur...»), agli stessi la riconduce MARTINO da FANO, forse però traendo la notizia soltanto dalla glossa ordinaria («...Confortat me tamen quod Bulgarus et Hugolinus

9. Presto l'elementare soluzione della glossa ebbe a ricevere qualche approfondimento, e ci si chiese anzitutto quali fossero le conseguenze di un

notaverunt ff. de constituta pecunia, l. III, § I, quod, si constituat quis se soluturum quod scit se non debere, donare videtur...»: cfr. ACHER, *Notes sur le droit savant*, cit., p. 133): ed entrambi concordano nel testimoniare che quei due glossatori ne avevano trattato a proposito di *Dig.* 13, 5, 3, 1.

In realtà sappiamo che Bulgaro la espose anche nelle sue *regulae iuris*, commentando un frammento di Paolo che rappresentava un ottimo argomento testuale (in *Dig.* 50, 17, 53: «Qui tutus est exceptione pacti vel doli vel senatus consulti Velleiani, sed ignorans solvit, repetere potest... Verum si conscius predictarum exceptionum solvit, quia donasse videtur, non reposcit»: ed. BECKHAUS, *Bulgari ad Digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius*, Bonn, 1856, p. 48). È anzi qui che il Piacentino rileva l'esistenza di eccezioni, in una nota polemica di significato oscuro nella tradizione manoscritta prevalente («Si tamen quis filius familias cum pater promississet vel e contra per errorem iuris numerans et putans se teneri solvit, etiam conscius repetit. Item inter coniuges sibi donantes posteaque donata tradentes potest repeti...»: cfr. ed. BECKHAUS, loc. cit.), limpida nel testo reso dall'Agustì, sia che tale testo facesse capo ad altra tradizione manoscritta, sia che fosse il frutto di adattamenti più o meno arbitrari dell'editore («si tamen filius familias, cum stipulanti promississet et postea vel per errorem iuris, id est putans se teneri, vel etiam conscius solverit, repetit...»).

Comunque, la posizione velatamente critica del Piacentino non incise affatto sui successi raccolti dalla regola, come non aveva trovato riscontro, per quanto si sa, negli insegnamenti anteriori. Risolta è infatti l'esposizione del principio generale nella *Summa Trecensis*: «...Si enim quis promittat, cum se obligatum non esse sciat, cum satis rationabilis causa obligandi sit donantis voluntas, non est necesse ut alia causa naturalis ad obligationem parandam interveniat...» (*Summa Trecensis*, VIII, 33 *de contrahenda stipulatione*, § 7, ed. FITTING, cit., p. 290): a onor del vero questa frase non è inserita in tutti i manoscritti della *Summa Trecensis*; essa si ritrova invece negli identici termini (con la sola variante di un 'praestandum' anziché 'parandum' in taluni manoscritti) nella *Summa* di ROGERIO (VIII, 29 *de contrahenda stip.*, ed. PALMIERI, cit., p. 203).

Che l'impennata del Piacentino restasse inoltre senza conseguenze sulla scienza immediatamente successiva è dimostrato dall'adesione di Giovanni Bassiano ai termini dell'enunciato tradizionale, come testimonia l'azzoniana gl. *donari* in *Dig.* 50, 17, 82, *de regulis iuris*, l. *donari videtur* (VATICANO, *Vat. lat.* 9665, fo. 183rd: «si quis naturaliter est obligatus et solvit non videtur donare, ar. supra, de donationibus, l. hoc iure, § si quis servo — *Dig.* 39, 5, 19, 4 — et de solutionibus, Stichum, § aditio — *Dig.* 46, 3, 95, 2 —. Hoc autem verum est de naturali obligatione que propter pactum nascitur. Si vero quis dicatur obligatus naturaliter, idest instinctu nature, ut in eo evenit cui est aliquid donatum, nam instinctu nature, qua benefacere tenemur benefacientibus nobis, tenemur ad antidora, ut supra, de petitione hereditatis, sed etsi lege, § consuluit — *Dig.* 5, 3, 25, 11 —

d u b b i o sulle vere intenzioni del debitore-donante: probabilmente vi erano già stati dibattiti da tempo allorché Iacopo d’Arena si risolse a ritenere che, quando nell’obbligazione mancasse la causa e non si fosse certi dell’*animus donandi* dell’obbligato, si dovesse reputare ch’egli fosse incorso in errore: è ovvio non potersi fare oggetto di presunzione che gli uomini sperperino il proprio denaro e lo perdano, donandolo, senza manifestarne il proposito. Presumere l’esistenza di un errore avrebbe poi fatto cadere l’elemento della *scientia*, impedendo così il trasformarsi del rapporto obbligatorio *sine causa* in donazione (44). È importante notare come, nello stesso giro d’anni, un’opinione sostanzialmente analoga fosse difesa pure in

nihilominus *donare videtur, ut scripsit b. cui absentit cremonensis. az.*»). E gli allievi di Giovanni lo seguirono: tralasciando di soffermarsi sul pensiero di Ugolino, individuabile nelle testimonianze ricordate, quello di Azzone risulta sufficientemente chiaro sia dalla glossa or ora trascritta, sia da un passo della *Summa Codicis* (IV, *de conditione indebiti*, nr. 10); ACCURSIO, infine, illustra la teoria in più luoghi, e la precisa con esaurienti distinzioni a proposito del frammento di Paolo già commentato da Bulgaro (*Dig.* 50, 17, 53).

In fondo, la necessità di presumere una donazione quando il debitore avesse stretto un rapporto obbligatorio pur conoscendo l’insussistenza d’una causa, cioè d’un suo debito, era conclusione che si poteva desumere senza difficoltà da due passi romani, per non parlare che dei più significativi. L’uno, di Ulpiano, descriveva il caso d’un debitore il quale, pur sapendo di potersi liberare mediante un’*exceptio doli mali*, avesse delegato un altro debitore: s’inferiva ch’egli «...similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur...» (*Dig.* 46, 2, 12). Il secondo frammento, di Paolo, introdotto addirittura tra le *regulae iuris* (*Dig.* 50, 17, 53) e più volte ricordato, insegnava in elegante sintesi che «cuius per errorem dati repetitio est, eius consulto dati donatio est»: erano, entrambi, passi che configuravano ipotesi destinate a venir descritte, nel linguaggio dei glossatori, come obbligazioni prive di *causa naturalis* e contratte con la consapevolezza di tale deficienza.

La teoria è dunque assai più antica di quanto la ritengono il SÖLLNER (*Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 232), che la riporta a qualche commentatore, o il DILCHER (*Der Typenzwang*, cit., p. 287, nota 81 e p. 290 sg.) che preferisce ascriverla al Blanot.

(44) Cfr. IACOBI de ARENA *Comm.* in *Cod.* 4, 29, 25, *ad Velleianum*, l. *generaliter*, nr. 2: «...si vero credat se teneri ex aliqua causa ad promissionem faciendam et non tenetur et promittit, tunc obstat exceptio doli... Si vero dubitatur, tunc cum homines non iactant pecuniam, et quia qui donat perdit... *credo magis errare*, et sic obstat exceptio doli, nisi probetur causa...». Iacopo rinvia ad Azzone, ma non sembra affatto che il glossatore abbia preso esplicitamente posizione su questo punto particolare.

Francia (45), sicché due filoni diversi poterono alimentare nel commento italiano trecentesco un'esigenza critica nei confronti della glossa.

Se il Bottrigari credette di dover presumere l'*animus donandi* solo «...ex coniunctione personarum, et ex modica quantitate...» (46), un ritorno più deciso alle idee di Iacopo d'Arena e del Révigny si ebbe soprattutto, nel commento alla norma di Diocleziano che aveva fornito lo spunto alla problematica (47), con Cino da Pistoia, il quale non è escluso si avvalsesse anche di quella 'parva apostilla' di Dino del Mugello, della quale narra Alberico da Rosate (48). Poco più tardi, una parziale ripresa dell'opinione della glossa, almeno nel caso in cui la causa dell'obbligazione non fosse stata espressa, si ha in un vigoroso e polemico passo di Bartolo (49), ma ecco Baldo attestarsi subito sulla sponda opposta (50): e nell'alternarsi del favore per la tesi di Bartolo o per quella di Baldo i dibattiti proseguiranno per secoli.

(45) Cfr. per es. IACOBI de RAVANIS *Repetitio* della l. *generaliter* (*Cod.* 4, 30, 13), § 17 post me., ed. MEIJERS, *La théorie des ultramontani*, cit., p. 97 sg.: «...Promittis mihi X per stipulationem, causa aliqua non est adiecta... Si dicas 'excipio de dolo, quia causa non suberat, et ex stipulatione sine causa non agitur cum effectu' dicam: 'proba quod causa non subest'. Si dicat reus et probat quod causa non subest, esset in causa absolvendus, nisi dicat actor: 'et tamen sciens causam non subesse promisisti'. Et incumbit onus probandi actori *quia praesumitur ignorans, nisi probetur sciens*, ff. de probationibus, l. verius (*Dig.* 22, 3, 21). Quod si probaverit actor quod reus sciens causam non subesse promisit, ergo probatur eum donasse, ff. de conditione indebiti, l. I (*Dig.* 12, 6, 1). Et quod hoc sit verum, quod qui promittit sciens causam non subesse videatur donare inconditionaliter, potissime lege ff. de operis libertorum, l. campanus (*Dig.* 38, 1, 47)...».

(46) IACOBI BUTRIGARII *Comm.* in *Cod.* 4, 30, 16, *de non numerata pecunia*, l. *indubitati*, in fi.: il commento è in realtà dedicato tutto alla l. *generaliter* (13) dello stesso titolo.

(47) Si allude alla nota l. *generaliter*, *de non numerata pecunia*, contenuta nel *Cod.* 4, 30, 13.

(48) Cfr. ALBERICI de ROSATE *Comm.* in l. *generaliter*, cit., 2^a col. ca. me. Nello stesso Alberico, d'altronde, il favore per la teoria di Iacopo d'Arena è manifesto: di Iacopo egli riprende testualmente le parole.

(49) BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 44, 4, 2, 3, *de doli mali et metus exceptione*, l. *palam*, § *circa primam*, nr. 1: «...quando nulla causa exprimitur, an videatur inesse tacita causa donationis? Dicant doctores quicquid velint, nos habemus huius quaestionis casum in l. hoc iure, supra, de pactis (*Dig.* 2, 14, 7, 1-5? o *Dig.* 39, 5, 19?) quod satis est causa ipsa liberalitas...».

(50) BALDI *Comm.* in l. *generaliter*, cit., nrr. 13 e 14: «...dicunt quidam quod ubi non apponitur causa vera quam contrahentes sciunt non esse veram, quod tunc non intelligitur donari, sed est potius stultitia promittentis quam liberalitas, nam si voluisset donare hoc expressisset. Sicut ergo nulla inserta causa praesumitur stultitia, non liberalitas, ita inserta falsa causa ex certa scientia, nisi

Il fondo comune di tali discussioni stava evidentemente nella messa a fuoco della *certa scientia* del debitore, ossia della sua consapevolezza di non essere obbligato da alcuna *iusta causa*; e vi sarà taluno che, facendo un ulteriore passo avanti, ricondurrà a quell'elemento della *scientia* la causa stessa del rapporto (51). Il nesso logico stabilito tra quelle due figure si porrà così nel campo privatistico alla radice di una problematica animata, ma lo si vedrà riaffiorare con forza ancora maggiore in quella materia legislativa che i giuristi affronteranno tanto spesso facendo leva sulla teoria del negozio.

Ma torniamo all'interpretazione che la glossa diede al difetto di causa negli atti formali.

10. Il presumere che questi si trasformassero in donazioni aveva naturalmente un altro presupposto implicito, ossia che l'*animus donandi* assumesse il rango di causa (52); ma qui si ergeva uno scoglio. Alla causa della donazione si era infatti propensi ad attribuire talvolta un significato improprio, e non era raro che la si individuasse in quella *ratio* speciale che avesse eventualmente motivato l'atto di liberalità, magari un onere imposto al donatario a scadenza lontana che non fosse comunque tale da far cadere l'atto fra quelli a titolo oneroso: se una siffatta concezione appare un po' forzata, qui basta rilevare che essa tendeva da una parte a

qualitas personarum suadeat contrarium... et hoc tenet hic Cynus, quod in dubio non praesumitur donare, sed stulte et sine causa promittere, unde nuda voluntas non facit eum debitorem...». E poco oltre conclude (nr. 15): «...Et haec est veritas quicquid notet Bartolus in dicto § circa...».

(51) Così Iacopo d'Arena, allorché riporta i ragionamenti destinati a suffragare la teoria che un'obbligazione senza causa si risolva in una donazione, così li spiega: «...Tertia est opinio quae hic ponitur...: aut quis promittit ex certa scientia sciens se non teneri, et tunc *ista scientia est causa*, scilicet donatio, nam donare videtur...» (IACOBI de ARENA *Comm. in Cod.* 4, 29, 25, *ad Velleianum*, l. *generaliter*, nr. 2).

(52) E infatti nei passi della *Summa Trecensis* e di quella di ROGERIO, riportati più sopra, l'esplicito punto di partenza del ragionamento è che «...satis rationabilis causa obligandi sit donantis voluntas...», tale da poter sostituire così altre *causae naturales obligationis*. E il Piacentino, descrivendo la *donatio simplex et mera*, dirà ch'essa «...propter aliam nullam causam celebratur, nisi ubi liberalitas et munificentia celebratur...»: ove l'identificazione della *causa donationis* nella *liberalitas* è probabilmente condotta sulla falsariga d'un insegnamento di Giuliano (*Dig.* 39, 5, 1 pr.). Cfr. PLACENTINI *Summa Codicis*, VIII, 57 *de donationibus*, ca. pr.

dare troppa importanza a motivi d'ordine psicologico, e dall'altra testimoniava di quella tendenza ad accostare causa, modo e condizione, che è stata d'altronde molto a lungo una caratteristica della scuola (53).

Certo è che tale tendenza trovava nella donazione una materia particolarmente ostica, appunto perché la natura unilaterale del negozio contribuiva a spostarne la causa tipica, ossia la liberalità, sul piano psicologico, e poteva apparire più difficile sceverarne le ragioni particolari che movevano il soggetto a compiere l'atto: ragioni che noi vorremmo veder cristallizzate in clausole condizionali, o in quelle che già i giustinianeî chiamarono modali. Ma proprio la valutazione prevalentemente soggettiva che buona parte della dottrina intermedia assegnò al concetto di causa — come si vedrà tra poco — sollecitava ad attirare entro i confini di questa figura quei motivi concreti che volta per volta promuovevano la donazione. Non è escluso che a ciò contribuisse il desiderio di sistemare la materia entro quei rigidi meccanismi della causa che il medioevo ebbe cari, e offrivano naturalmente la possibilità di trattare i problemi alla luce di principi e di regole precise. All'epoca del Piacentino, per intenderci, quando ancora la condizione

(53) Cfr. CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 83 sg.

È appena opportuno rilevare che tale convergere insieme dei vari elementi del negozio configura un problema storiografico sottile proprio perché lo si vede verificarsi anche in quel tipo di donazioni che andrebbero definite come sostanzialmente gratuite, e non soltanto in quelle compiute per uno scopo preciso, diverso dai motivi psicologici e tale da condurre l'*animus donandi* ad offuscarsi: come potrebb'essere il caso dell'atto di liberalità nei confronti di ente morale o di persona fisica con l'onere di devolvere il bene donato a fini — per esempio — di beneficenza. È chiaro che il sovrapporsi dei concetti di causa, modo e condizione ecciterebbe qui una curiosità minore.

Comunque è bene ricordare, a scanso di sorprese, che per quanto riguarda gli elementi accidentali del negozio, e specialmente il modo, l'uso di una terminologia conforme a quella odierna è molto raro; il linguaggio che più oltre si vedrà proprio dei maggiori maestri rivela quanto fosse eccezionale l'insegnamento d'un dottore poco noto, collega ad Orléans del Révigny intorno al '70, Râoul de Chenevières: «...quaedam obligatio fit sub conditione, quaedam sub modo. Sub conditione fit obligatio ut 'si navis venit ex Asia'; alia sub modo ut 'dabo tibi X ut vadas pro me Roman'...» (RADULPHI de CHENEVERIIS *Super tit. de litterarum obligationibus*, § 5 in fi., ed. MEIJERS, *La théorie des ultramontani*, cit., p. 103). Si può tenerne a mente le espressioni; giacché il secondo degli esempi addotti, diffusissimi entrambi perché tratti dalle fonti, ricorrerà a illustrare soprattutto tipi ora di condizioni, ora di cause: d'altra parte il ricordo dell'incerta terminologia classica, l'accostamento del modo ora alla causa, ora alla condizione potestativa, era rimasto nel *Corpus Iuris* e non poteva fare a meno d'influenzare i giuristi medievali.

non era confluita nel concetto di causa finale, si metterà in rilievo l'importanza del distinguere se un elemento di una donazione «...causa donandi fuerit an condicio...», perché il venir meno della prima non giustifica la *repetitio*, e il venir meno della seconda invece sì (54): è la stessa distinzione che più tardi avrà come termini la causa impulsiva e la finale, e potrà essere ragionata sul filo della regola 'cessante causa cessat effectus'; massima che appunto trovava applicazione nel secondo caso, e non nel primo (55).

Ma senza inoltrarci troppo, per ora, in questi aspetti del pensiero medievale, ci si può limitare a mettere in risalto come, dilatando così la causa della donazione, si rischiasse talvolta di velare assai la natura di atto unilaterale propria di quell'istituto, per avvicinarlo vieppiù a un tipo di sinallagma: ed è un fenomeno che si rivela specialmente nei punti di vista della prassi, come possono dimostrare taluni suggestivi esempi della prima letteratura consiliare (56). Sul piano della discussione

(54) PLACENTINI *Summa Codicis*, VIII, 58 *de donationibus quae sub modo vel sub conditione*, in fi. Prende lo spunto dal consueto esempio: ho donato X a Tizio perché potesse acquistare il servo Stico, ma questi è morto prima che la compravendita fosse conclusa. Potrò io, donante, *condicere*? La soluzione è prospettata con testuale aderenza a un passo di Giuliano (*Dig.* 39, 5, 2, 7): «...nam si in hoc dedi ut Stichum emeret, aliter non daturus, condicam Sticho mortuo. Si vero alias quoque donaturus Titio decem, quia interim emere Stichum proposuerit, dixerim in hoc ei donare, ut Stichum emeret, causa magis donationis est quam condicio...». Ma quanto importa è, nelle conclusioni, di sentire i primi echi delle regole che governano il congegno della causa: «...Et multum interest, causa donandi fuerit an condicio: si causa fuit, cessare repetitionem, si condicio repetitioni locum fore...».

(55) Così, ad esempio, in una *quaestio* del Belleperche il ragionamento fila sugli stessi binari sui quali scorre quello del Piacentino ricordato sopra, con la sola sostituzione della causa impulsiva e della finale ai termini più antichi di 'causa' e 'condizione': PETRI de BELLAPERTICA *Quaestio* 142.

(56) Oldrado affronta un caso interessante: un vescovo, con l'assenso del capitolo, concede a un nobile una pensione annua sul reddito della mensa vescovile, per ottenere in cambio la protezione di quel personaggio altolocalo e influente; ma il successore del vescovo chiede la revoca della concessione ch'egli ritiene troppo onerosa per la chiesa. Agli occhi del giurista non appariva dubbio che si trattasse di una donazione: da una parte gli avversari del nuovo vescovo sottolineano l'esistenza della causa e la esaltano al rango di prestazione già avvenuta: «...praeterea concessio non fuit *vera* [= mera?] *sed ob causam*, scilicet ob merita personae, et propter servitia quae dictus nobilis exhibuit ecclesiae... et sic non est revocanda...»; ed è significativo il richiamo a un passo di Pomponio (*Dig.* 39, 5, 27) ove si ammette la tesi che una concessione fatta a titolo remunerativo non sia una *mera donatio*, ma quasi una

accademica, invece, non mancarono voci che, cominciando a trattare nell'età dei glossatori l'improprietà di talune donazioni condizionali (57), portarono col tempo a insegnamenti significativi riguardo all'improprietà del concetto di donazione causale — Bartolo insegna (58) — e si venne convincendosene sempre più, tanto che furono escogitati singolari espedienti per aggirare l'ostacolo: un Ancharano, per esempio, trattando il caso molto incerto di un atto di liberalità compiuto per esprimere la gratitudine in séguito a servizi ricevuti, vorrà addirittura precisare che «...non enim dici potest proprie donatio ob causam sed cuiusdam debiti naturalis restituito...» (59), preferendo così scivolare su un terreno ancora più pericoloso, pur di abbandonare una improprietà di linguaggio che sembrava ormai inaccettabile.

Questi pochi spunti dottrinali — che si son visti da una parte indirizzare i contratti senza causa verso una *praesumptio donationis*, e tendere dall'altra a

mercede, la cui assegnazione, pertanto, non è soggetta a revoca. I fautori dell'opposta tesi sostengono invece che la concessione debba commisurarsi alla sua causa, cioè non solo l'ammontare della somma, ma anche la durata dell'erogazione debba proporzionarsi ai meriti del donatario (OLDRADI PONTANI *Cons.* 226, specie i nrr. 2 e 8). Entrambi i ragionamenti delle parti in contesa svelano un sostrato comune: ossia la promozione d'un motivo al rango di causa del negozio, sicché la donazione tende a essere coartata entro lo schema del sinallagma e falsa così la propria figura.

(57) Lo spunto era fornito dal frammento ove Giuliano asserisce che solo la donazione fatta per puro spirito di liberalità «...*proprie* donatio appellatur...», ma quando vi sia inserita una qualche condizione «...*non proprie* donatio appellabitur...» (*Dig.* 39, 5, 1 pr.). Se già i glossatori avevano distinta la condizione posta dal donante per un'utilità propria — «*cuius intuitu donat*», aveva detto Martino — da quella che Azzone e Ugolino avevano definita 'semplice e libera' perché non posta «...ad effectum seu proficuum dantis... ut 'si navis ex Asia venerit'...» (cfr. gl. *accurs. secutum, ibid.*), il *casus* di Francesco d'Accursio aveva decretato persino di quest'ultima forma che non «...est proprie donatio...», sebbene una condizione sospensiva o risolutiva di questo tipo non intaccasse la sostanza del negozio come poteva farlo una condizione della prima specie, tale da porre addirittura in ombra lo spirito di liberalità del donatore.

(58) «...Donatio propria est — spiega Bartolo — quae fit ex liberalitate et irrevocabiliter, sed quae sub conditione fit, vel pure sed sub conditione resolvenda, donatio impropria appellatur...» (BARTOLI *Comm. in Dig.* 39, 5, 1, *de donationibus*, l. *donationes*, in pr.). E poco oltre, toccando il nucleo del problema che qui interessa, tratta della «...*donatio ob causam* quae est *impropria donatio*...».

(59) ANCHARANI *Cons.* 247, nr. 2.

escludere ogni causa obiettiva dall'atto di liberalità in senso proprio — delineano un congegno per cui, a seconda che sopraggiunga o venga meno, la causa — nel tipo dalla sostanza più pregnante, per cui i glossatori la chiamaron *naturalis* — sembra governare un processo di metamorfosi dei negozi unilaterali in bilaterali e viceversa. Se è vero che a prima vista, e analizzate una per una, le singole conclusioni teoriche non eccitano in se stesse alcuna meraviglia, esse rivelano tuttavia una netta propensione della causa per il sinallagma: il che implica, ovviamente, una speciale configurazione della sua struttura.

Puntualizzata di preferenza in un *factum* empirico, per sua natura stabile, essa conserva però una certa dinamica sotto la spinta di situazioni soggettive differenti: e ciò mostra l'inidoneità a una tipicizzazione totale — che le darebbe una immobilità astratta — e il correlativo collegamento con il mondo spirituale degli individui agenti in concreto. Questo suo aspetto è chiaramente il risultato d'una sua funzione etica: dal fatto empirico, trasfigurato in una realtà equitativa, sgorga un dovere morale, ancor prima che giuridico (60). E in tal senso il Medioevo fu convinto che la causa fosse la vera fonte dell'obbligazione: siccome questa, poi, prevede un momento sociale che a sua volta presuppone un rapporto tra almeno due soggetti, ecco intervenire il sinallagma.

Tralasciamo l'ipotesi della promessa semplice di cui sopra si è discorso: la stessa *stipulatio*, che *de iure civili* genera un impegno unilaterale prescindendo dal comportamento della controparte, si adatta male ad accogliere la causa tra i propri requisiti sostanziali. Superata, almeno per le ipotesi dei contratti tradizionali, la reazione francese nel senso dell'autonomia del negozio astratto, il bartolismo italiano teorizzò una soluzione le cui premesse erano già state chiaramente poste dalla glossa: anziché inserire la causa nella *stipulatio*, si preferì sdoppiare in due realtà autonome ogni negozio stipulato; l'una ne formava le fondamenta, ed era rappresentata dal contratto sostanziale, l'altra una mera sovrastruttura costituita appunto dalla *stipulatio*. Quest'ultima poi si andò sempre più sbiadendo finché si formò la regola che ogni stipulazione dovesse assumere la natura dell'atto sot-

(60) Si leggano le suggestive pagine del CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 220 sgg.

tostante, e riprenderne quindi gli elementi accessori che ne limitassero la portata, come le eventuali clausole condizionali, o altre (61).

In questo procedimento, che intendeva contrapporre senza compromessi il contenuto e la forma del negozio, si rivela ormai in uno stadio avanzatissimo la tendenza del primo ad assorbire la seconda: era un fenomeno attraverso il quale la dottrina aveva superato senza scosse taluni insegnamenti di mondi ormai caduti e si apprestava a porre le premesse della teoria moderna del contratto.

11. Era inevitabile rivolgersi alla materia delle obbligazioni per cogliere, rapidamente, l'ambiente entro il quale si maturava la dottrina generale della causa: d'altronde quest'ultima figura, per chi ricordi le parole che Papias aveva tolte a Isidoro e che furono certo note ai glossatori (62), prendeva le mosse proprio dal negozio privato per percorrere poi tutto il fenomeno giuridico. Né si può uscire definitivamente dal campo delle obbligazioni per indagare la struttura interna, il meccanismo stesso della causa: qui il punto di partenza della ricerca può essere costituito da un'altra definizione di Papias (63).

Tra le tante spiegazioni ed etimologie di quel termine, lo si vede anche descritto come «*animi impulsus ad aliquid agendum*». È una definizione che da un punto di vista logico potrebbe apparire banale, ma che acquista un significato pregnante sul piano storico, perché non è dubbio che ad essa vada collegata l'immagine della *causa impulsiva* delle posteriori teorie giuridiche in materia.

(61) Tanto per ricordarne un esempio, ci si può rivolgere a un bel *consilium* dell'Ancarano, dedicato proprio alla revocabilità di una *donatio mortis causa* compiuta mediante *stipulatio*. Nel punto più saliente del discorso l'Ancarano ragiona: «...stipulatio enim quae interponitur super aliquo contractu sive dispositione assumit eius naturam et secundum illam regulatur, l. si stipulatus, ff. de usuris (*Dig.* 22, 1, 4) et l. I, § si quis sub conditione, ff. ut legatorum nomina caveatur (sic: *Dig.* 36, 3, 1, 14), et hinc *stipulationi eadem causas, omnes conditiones inesse mere dicendum est...* cum ergo principalis contractus fuerit sui natura revocabilis per poenitentiam in casu nostro, ergo similiter et stipulatio quae sibi accedit videtur habere eandem naturam revocabilem, et tacitam conditionem quod promittit dare et tradere nisi poeniteat...».

(62) PAPIAS, *Elementarium*, s.v. *causa*: «causa dicta a casu, a quo venit: est enim origo et materia negotii, quae dum praepositur causa est, dum discutitur iudicium, dum finitur iusticia». È una formulazione tolta pari pari a ISIDORO di SIVIGLIA, *Etym.*, XVIII, 15, 2.

(63) Sempre alla stessa voce *causa*. Tra i primi glossatori, ve n'è taluno che saccheggia Papias e ne riporta queste definizioni per esteso e addirittura senza modifiche: così fa, ad esempio, il più vecchio dei

L'accezione proposta da Papias non riesce ad adeguarsi completamente ad alcuna figura della *turba causarum* aristotelica, eppure basta un superficiale sguardo ai primi glossatori per rendersi conto di come la definizione del più antico lessico fosse inizialmente la più familiare al giurista. Se è vero infatti che sin dalla nascita della scuola di Bologna si può leggere di cause finali ed efficienti, materiali e formali, ciò avviene tuttavia, come si è notato, solo nei prologhi, in omaggio a freddi insegnamenti della retorica. È solo un po' più tardi che quelle immagini contribuiscono alla definizione di singoli problemi giuridici, e viene spontaneo di pensare che ciò si verificasse al contempo per la maturazione del pensiero giuridico e di quello filosofico (64).

Se può essere comprensibile che oggi si tenda inconsciamente a far rientrare la causa impulsiva entro la quadripartizione aristotelica e la si accosti alla *causa efficiens* (65), certo è che un tale accostamento si rivela rischioso; una vera e

seguaci di Graziano, il Pocopaglia (PAUCAPALEAE *Summa*, C. I ca. pr., ed. SCHULTE, Giessen, 1890, p. 51).

(64) Ma già una qualche applicazione a problemi giuridici delle teorie causali derivate dal pensiero aristotelico si può osservare talvolta nei primi glossatori. Anzi, già Irnerio, leggendo in un frammento d'Ulpiano ch'era concessa un'actio dalle XII Tavole pei danni arrecati da quadrupedi, ne inferiva che tale legge andava considerata come la causa efficiente del diritto d'azione e concludeva: «...omnis autem actio duplicem causam habet, materialem et efficientem...» (Gl. *ex lege* in *Dig.* 9, 1, 1 pr., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur*, l. *si quadrupes*, ed. BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II, Torino, 1896, p. 93). Più tardi, poi, sembra di cogliere nel pensiero di Rogerio un tentativo di utilizzare l'intera quadripartizione aristotelica proprio in quella materia legislativa che particolarmente interessa: quand'egli avverte che «...in condendis legibus inspicitur qua de causa sint condendae, qui habeat potestatem condendi, qua in re sint condendae et qualiter...», si indovina che Rogerioolgeva lo sguardo, rispettivamente, alle cause finale, efficiente, materiale e formale del processo creativo della legge.

(65) Il problema dei rapporti tra le due figure non sembra essere stato mai trattato esaurientemente. Si può solo notare che, anche di recente, si è continuato a parlare di 'causa efficiens o impulsiva', quasi presupponendo un intimo legame logico tra le due figure, se non addirittura la loro equivalenza (così FEENSTRA, nella peraltro pregevolissima recensione a LANGE, *Schadensersatz und Privatstrafe in der mittelalterlichen Rechtstheorie*, apparsa nella *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXIII, 1956, soprattutto p. 473); anzi, lo stesso Meijers sembra assumere talvolta un analogo atteggiamento (MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., ad es. p. 379), egli che pure ha fatto acutamente rilevare come, da un'esplicita contrapposizione compiuta dal Bottrigari tra le due figure, occorresse dedurne la diversità. Ultimamente, poi, il SÖLLNER è giunto a considerare la causa impulsiva una particolare *Ausprägung* dell'*efficiens* (*Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 185).

propria equazione è poi da escludere. È vero che talvolta qualche glossatore l'ha proposta (66), ma solo eccezionalmente in casi limite, perché di regola le due figure restano separate: lo stesso Meijers — che pure in certi momenti sembra adombrare implicitamente una identità dei due tipi di causa — in talune altre occasioni lo ha riscontrato (67).

12. All'inizio della scuola la figura della causa impulsiva ebbe certo le maggiori applicazioni a singoli problemi giuridici, tuttavia già all'epoca di Rogerio una evidente insoddisfazione segna il maturarsi di nuove soluzioni dottrinali.

(66) È del tutto eccezionale una glossa d'Accursio ove i termini di causa efficiente e impulsiva sono dati, almeno in apparenza, come sinonimi: una norma di Diocleziano disciplinava il caso d'una donna che volesse disporre per testamento della dote, e ne stipulasse quindi col marito la restituzione; morendo, poi, intestata, la *stipulatio* avrebbe avuto ugualmente valore, perché, al momento di concluderla, l'intenzione della donna di render in tal modo possibile un successivo testamento non si atteggiava come una 'condicio', ma soltanto come una 'causa'. E Accursio, parendogli insufficiente il linguaggio dell'imperatore, aveva creduto di dover ulteriormente spiegare l'accezione che al termine 'causa' andava assegnata: «... *impulsiva vel efficiens*, non finalis...» (gl. *mulier* in *Cod.* 5, 12, 25, *de iure dotium*, l. *si mulier*). Non si può seriamente dubitare che la particella posta tra le due parole 'impulsiva' ed 'efficiens' stesse a indicare un vero accostamento tra di esse: accostamento che — insieme, d'altronde, con tutta la glossa — confluisce nel *casus* di Viviano.

(67) Un significativo passo del Bottrigari, riproponendo il vecchio problema dell'efficacia della regola 'cessante causa cessat effectus', aderiva in un primo momento alla soluzione tradizionale — ossia che la regola si applicasse nell'ipotesi di causa finale e non di impulsiva — per poi allargare la questione in modo insolito: e si chiedeva cosa avvenisse della causa efficiente, della materiale e della formale. Quanto qui interessa è che la soluzione adottata nel caso dell'*efficiens* è diversa da quella accolta nel caso dell'*impulsiva*: «...ut quaero de causa efficienti, et ipsa cessante cessat effectus si res est in fieri, non in facto esse...», concede il Bottrigari, negando invece secondo l'insegnamento comune qualsiasi applicazione del brocardo all'impulsiva (IACOBI BUTRIGARI *Comm.* in *Cod.* 1, 3, 51[52], *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*, post pr.). Sicché il Meijers ha trovato conferma esplicita all'idea che il binomio causa impulsiva-finale dei giuristi fosse diverso dalla coppia causa efficiente-finale dei filosofi scolastici, pur consentendo a ritenere che questa avesse generato quell'altro. A tale ultima ammissione, tuttavia, non sembra possa aderire senz'altro chiunque ricordi come il concetto di causa impulsiva si ricolleggi alla definizione di Papias, restando, così, sostanzialmente autonomo nei confronti della *causa efficiens* anche alle origini, e non soltanto nelle più mature elaborazioni dei giuristi tardi, come si limita a riconoscere il MEIJERS (*Les théories médiévales*, cit., p. 388, soprattutto nota 1).

«...Causa equivoce dicitur...», lamenta Rogerio. Da una parte, infatti, l'autorità tuttora viva del vocabolario di Papias invogliava il giurista a raffigurare la causa come un fatto psicologico che fosse servito di spinta a qualche azione — e qui era chiaro il riferimento alla causa impulsiva — tanto che essa si contrapponeva necessariamente al concetto di *condicio*: col quale si indicava invece una sospensione dell'atto in attesa di un evento il cui verificarsi, o non, dipendesse dal futuro (68). D'altra parte, però, cominciava già a manifestarsi la tendenza ad attenuare il contrasto logico tra causa e condizione per giungere talora a collegare addirittura la prima figura alla seconda, la quale, anziché volta al passato, appariva, così, proiettata nell'avvenire: ed è appunto questo diverso atteggiamento nel tempo che si risolverà infine nella celebre distinzione fra la causa impulsiva e la finale (69).

Pochi anni dopo Rogerio il concetto di causa finale appare infatti introdotto per la prima volta nel meccanismo del diritto civile: Giovanni Bassiano, trattando la regola 'causa non secuta repetitio datur', la mette a raffronto con una norma del Codice (70) che a quella regola sembra creare un'obiezione, e risolve il problema

(68) Si tratta di una glossa, ripresa poi da Accursio, che Rogerio pone alla rubrica *de conditionibus et demonstrationibus* (*Dig.* 35, 1) per spiegare appunto l'accezione dei vari tipi di clausole aggiunte nei testamenti (tratta da un ms. di Leida ed edita dal MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 378 sg.): «causa equivoce dicitur; si hic causa dicatur quedam de preteritis factis procedens, quomagis nostro testamento, quem honoramus, suasio sive animi nostri impulsio a nobis expressa...». La *condicio*, per contro, «...est quedam relicti suspensio, cuius defectus seu etiam consummatio et certificatio pendet de futuro. R.». L'incertezza, denunciata da Rogerio, del valore semantico della parola era ovviamente accresciuta dalla singolare versatilità ch'essa mostrava nel linguaggio del giurista (basti richiamare taluni esempi recentemente riportati dal KAUFMANN, «Causa debendi» und «causa petendi» bei Glanvill sowie im römischen und kanonischen Recht seiner Zeit, in *Traditio*, XVII, 1961, p. 107 sgg.).

(69) Proprio commentando il passo di Rogerio il Meijers ha osservato infatti come i giuristi successivi, per rappresentare l'antitesi romana tra *causa* e *condicio*, abbiano preferito una terminologia diversa, adottando piuttosto la contrapposizione della causa impulsiva alla finale.

Significative, in proposito, talune glosse interlineari, quasi certamente preaccursiane, del VATICANO, *Pal. lat.* 754, fo. 19va. Ove Ulpiano esorta a distinguere la *causa donandi* dalla *condicio* (*Dig.* 39, 5, 2), le parole *si causa fuerit* sono spiegate: «scilicet impulsiva», le parole *si est condicio*: «scilicet finalis: et ita causa fuit finalis».

(70) *Cod.* 2, 3, 1. Sull'espressione *ob rem* i giuristi si fermarono: e furono presto concordi nel ritenere ch'essa designasse la *causa futura*.

osservando: «...regula illa tunc vera est quando datum est aliquid *ob causam finalem*, id est ut quid contingat veluti ut Romam eas, fossam facias et his similia ut ff. de donatione causa mortis, l. senatus (*Dig.* 39, 6, 35)...» (71).

Il Meijers (72), giustamente colpito dal passo di Giovanni, ha messo in rilievo come il glossatore, secondo qualche testimonianza degli antichi, dovesse essere *artista*, avesse cioè studiato le arti liberali, e quindi la filosofia: ma se è ben possibile che una speciale preparazione filosofica di Giovanni abbia potuto rendergli familiare il concetto di *causa finalis*, è bene tuttavia tenere a mente che quella figura, pur nelle meschine applicazioni insegnate dalla retorica, era già nota ai giuristi sin dall'epoca di Irnerio, ed è naturale che essa scivolasse a un certo punto nei congegni tecnici degli istituti. Il passo di Rogerio poc'anzi citato rivela da una parte come i tempi fossero ormai maturi perché il diritto si impossessasse di quell'importante concetto, dall'altra poi come quest'ultimo si andasse ormai delineando sotto il manto della figura della *condicio*.

A questo punto diviene facile pensare che, sin dalla sua prima apparizione, la *causa finalis* si ponesse in antitesi con l'*impulsiva*.

13. Il significato di questo arricchimento della teoria causale stava nell'ulteriore contributo a una visione dinamica del fenomeno giuridico; fissato il gioco della causa soprattutto intorno alle figure dell'*impulsiva* e della *finale*, veniva infatti messo a fuoco il punto di partenza e quello di arrivo di uno svolgimento continuo dei singoli fenomeni giuridici. Visione dinamica, d'altronde, che rispecchiava almeno in parte quella suggerita dalla teoria causale aristotelica.

I giuristi furono consapevoli del movimento che il mondo del diritto riceveva da quest'ultima e anzi, col passar del tempo, giunsero a teorizzarlo: e, spiegando la quadripartizione di Aristotele, chiarirono che, di fronte alla *materia* e alla *forma*, che sono due *causae essendi* — ossia categorie di una visione statica — si contrappongono l'*efficiens* e il *finis*, che sono invece *causae fiendi*. Lo stesso

(71) Il passo di Giovanni è edito anch'esso dal MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 379.

(72) E ultimamente il SÖLLNER, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 187.

ricorso alla parola *feri* rilevava appunto il dinamismo della realtà che questo secondo gruppo di cause rappresentava.

Mutuata dal pensiero filosofico e affacciata da Jean Le Moyne (73), la distinzione piacque molto ai giuristi successivi e — come dubitarne? — incontrò soprattutto l'approvazione di Baldo (74).

Ancor prima che i concetti di causa impulsiva e finale venissero utilizzati, ed opposti l'uno all'altro, al giurista non era sfuggito come il diritto romano desse in più luoghi una diversa valutazione a *causae praeteritae* e a *causae futurae*. In fondo proprio su tale distinzione, per non dare che l'esempio più appariscente, si fondava la diversa disciplina della *condictio indebiti* e della *condictio ob causam datorum*: già un passo di Pomponio (75) aveva affermato che ogni attività di 'dare' si effettuava «...aut ob causam aut ob rem: ob *causam praeteritam*, veluti cum ideo do quod aliquid a te consecutus sum vel quia aliquid a te factum est... ob rem vero datur, ut aliquid sequatur, quo non sequente repetitio competit». Probabilmente questa

(73) IOANNIS MONACHI *Praefatio glossae in Sextum Decretalium*, § *in nomine Domini*, nr. 1: «...causae autem sunt quatuor, duae *essendi*, ut materia et forma, 32, q. 2, c. quod vero (c. 8, C. XXXII, q. 2) et de cons., dist. II, quia corpus (c. 35, D. II, *de cons.*). Et duae *fiendi*, ut *efficiens* et *finis*, 23, q. 5, c. de occidendis (c. 8, C. XXIII, q. 5) et c. non frustra (c. 18, C. XXIII, q. 5). Et est notandum quod finis est causa causarum in intentione, sed effectus causarum in executione, 35 dist., ab exordio (c. 2, D. XXXV) et c. VI. die (c. 8, D. XXXV)...». Soprattutto quest'ultima considerazione, che tratteggiava la causa finale come punto di partenza — nell'intenzione dell'agente — e come punto d'arrivo — nella realizzazione obiettiva — di tutto lo svolgersi dell'azione, doveva piacere ai giuristi successivi, che al centro della teoria della causa ponevano ormai quella finale.

(74) Riprendendo entusiasticamente la distinzione di Jean Le Moyne, Baldo, naturalmente, si sofferma su quella *causa finalis* disegnata come «...principium considerationis et postremum perfectionis et operationis...» (BALDI *Prooemium Decretalium*, § *rex pacificus*, nr. 49). Ma poco oltre, consapevole della visione dinamica che il concetto di *causa fiendi* racchiudeva, proprio a questa dà la sua attenzione: «...sed quaero, quare causae finalis et efficiens dicantur fiendi causae. Respondeo: quia sunt causae exteriores, quae post factum esse, non requiruntur ad esse...» (*ibid.*, nr. 51): il che equivale appunto a dire che la loro efficacia si esaurisce col trascorrere, dal momento dinamico e creativo dell'azione, a quello statico e sterile della realtà effettuale. Qui Baldo, come la materia richiedeva, parla il linguaggio del filosofo: nel mondo del diritto non esiste invece lo stadio immobile ove le *causae fiendi*, esaurita la loro funzione, si cancellino del tutto: lo si vedrà meglio in séguito.

(75) *Dig.* 12, 6, 52.

fonte pesò sul pensiero dei glossatori, in ispecie quando, chiudendo nelle *Summae* la trattazione della *condictio indebiti* e aprendo quella della *condictio ob causam*, concentrarono la differenza tra le due figure appunto nel rilievo che la prima riguardava il passato e la seconda il futuro (76). Se il valutare cronologicamente la posizione della causa di fronte all'atto era un metodo diffuso presso le prime generazioni di studiosi, esso verrà col tempo utilizzato in una infinità di casi. Si può proporre un solo esempio tra i mille: già il Piacentino risolveva il problema della causa nella manomissione aggiungendone una *ex praesenti* a quelle classiche *ex praeterito* e *in futurum*, arricchendo così di un nuovo stadio il succedersi nel tempo dei vari atteggiamenti della causa (77).

A questo stesso rapporto con un esame, diremmo, cronologico dell'atto, si collega la distinzione tra causa *proxima* e *remota*, distinzione ben diversa da quell'altra. Il punto, forse, della sua maggiore applicazione fu trovato dai canonisti nel campo del diritto penale, ove sin dai primi tempi della glossa ebbe una particolare risonanza la questione del nesso tra l'attività criminosa e l'evento: e in indagini che appaiono particolarmente minute si vedono all'inizio contrapposte una *occasio directa*, *propinqua* o *proxima* a una *occasio remota*, le prime soltanto assurgendo alla dignità

(76) Già l'ignoto e antico autore dell'opera contenuta in quel codice Haenel edito dal Fitting (I, 9, in FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 118) sottolineava che la *condictio ob causam datorum* era concessa per ripetere cose date *ob causam futuram* o anche *praeteritam*, purché, in questo caso, *condicionaliter*: ovviamente la debolezza di tale spiegazione stava proprio nell'ultimo punto, ossia nell'incompatibilità logica — che solo gli approfondimenti della tarda glossa e del primo commento riusciranno a cancellare — delle due qualificazioni d'una causa al contempo *praeterita* e *condicionalis*. I glossatori finirono infatti col lasciar cadere tale immagine e preferirono aprire le loro *summae* del tit. *de conditione ob causam datorum* avvertendo, con una monotonia spezzata da varianti di ben poco conto, di aver trattato al titolo precedente (*de conditione indebiti*) «de ea conditione quae datur ob causam praeteritam», e di accingersi a parlare «de ea quae datur ob causam futuram»: così la *Summa Trecentis* (IV, 4, § 1, ed. FITTING, cit., p. 76), la *Summa* di ROGERIO (IV, 6, § 1, ed. PALMIERI, cit., p. 104), quella del PIACENTINO (IV, 6 pr.) e di AZZONE (IV, 6 pr.).

(77) PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 6 *quibus ex causis manumittere non licet*, ante fi.: «...causam autem iustam aestimare oportet, alias *ex praeterito*: ut si servus dominum liberaverit in proelio; alias *ex praesenti*: ut si servus suus sibi sit filius; alias *in futurum*: ut si servum suum velit constituere procuratorem...».

di causa: e occorre appena ricordare come a quei tempi i vincoli tra le figure dell'*occasio* e della *causa* fossero piuttosto stretti (78).

Il problema penalistico era stato risolto, come è noto, facendo leva sulla regola di Paolo 'qui causam (occasionem) damni dat damnum dedisse videtur', alla quale si portò presto una precisazione importante: la massima valeva solo nell'ipotesi di *causa proxima*, quella *remota* essendo rilevante solo nel caso dell'intervento di un particolare *animus nocendi* o di una particolare negligenza (79).

(78) Se numerose glosse di Vincenzo, di Alano, di Riccardo Anglico contrappongono semplicemente la *causa* all'*occasio*, per lo più attribuendo soltanto alla prima una rilevanza nella determinazione del nesso causale (si vedano i passi riportati dal KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano, 1935, p. 196, nota 1), la Glossa di Stoccarda, le *Distinctiones Halenses* al Decreto, la *Summa* di Bamberg, e passi di Tancredi, di Damaso, del decretalista Alberto delineano le figure della *causa* od *occasio remota* e della *causa* od *occasio propinqua, proxima, directa*; spesso contrappongono l'una categoria all'altra, o inseriscono la distinzione a spiegare meglio il brocardo 'qui causam [od occasionem] damni dat, damnum dedisse videtur': che è appunto regola corrente già nella prima scuola canonistica (le fonti sono citate dal KUTTNER, loc. cit., nota 2). È una massima tolta di peso da un frammento di Paolo (*Dig.* 9, 2, 30, 3): che i canonisti citano regolarmente, insieme con altri passi del Digesto (14, 2, 1 e 12, 2, 2, 1). È strano, invece, che i glossatori civilisti passino su quella fonte con una certa indifferenza: Accursio, per esempio, si contenta di ricordar la regola senza spendere parole ad illustrarla (gl. *fecisse videtur* in *Dig.* 9, 2, 30, 3, *ad legem Aquiliam*, l. *qui occidit*, § *in hac quoque*).

(79) La cristallizzazione della regola 'qui causam damni dat ecc.' nella glossa ordinaria al Decreto, ricordata dal Bussi (*La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, I, Padova, 1937, p. 204), rappresenta quindi il punto d'arrivo di un'elaborazione che aveva avuto come tappe specialmente i passi della *Summa Bambergensis*, dei brocardi di Damaso, della glossa di Alberto alla *Compilatio II* rammentati dal Kuttner (cfr. nota precedente). Proprio tale antica tradizione sollecitò anzi Bartolomeo da Brescia a precisare l'enunciazione della regola, fatta da Giovanni, con le parole: «... hoc intelligendum est de *causa proxima*, maxime cum malo zelo causam vel occasionem praestant. B.». Il motivo, poi, d'un aggravamento della responsabilità per *malum zelum* si potenzierà tanto da muovere Bernardo da Parma ad affermare che la massima 'qui causam damni dat damnum dedisse videtur' trovava, sì, normale applicazione allorché la causa fosse *propinqua*, ma che «... *idem videtur in remota*, si animo nocendi hoc faciat, vel minori diligentia...»: e a questo punto l'esame della causa dell'atto, nella determinazione della colpevolezza, raggiunge i confini più vasti, comprendendo al contempo le ipotesi di *causa proxima* e *remota* (cfr. gl. *causam dedisse* in c. 11, X, V, 12 *de homicidio voluntario vel causali*, c. *de caetero*).

14. Se pure con minor frequenza, la stessa distinzione apparve presto anche nel pensiero civilistico (80). Essa aveva infatti una qualche utilità, perché contribuiva a soddisfare un'esigenza fondamentale in questo primo stadio dell'elaborazione: quella di graduare l'efficacia delle molteplici cause che stanno alle radici di ogni atto. La misura di quell'efficacia si otteneva in modo alquanto primitivo, fondandola cioè su una priorità cronologica dell'una sull'altra; e già questa osservazione basterebbe a impedire l'accostamento, cui si sarebbe portati a tutta prima, tra il binomio *causa proxima e remota* e l'odierna distinzione dei concetti di causa e di motivo. Distinzione, questa, che la dottrina

(80) Si ricordi, a titolo d'esempio, il pensiero d'ACCURSIO in tema d'accrescimento d'usufrutto nella gl. *accrescit* in *Dig.* 44, 2, 14, 1, *de exceptione rei iudicatae*, l. *et an eadem*, § *qui cum partem*. O anche l'altro passo, ancora più importante, ove sembra ormai tracciata quell'equazione, presto diffusissima, tra causa prossima e finale: era la glossa a un famoso rescritto di Severo che dirimeva un'importante controversia: un padre era morto lasciando il patrimonio a due figli e chiedendo che, se uno di essi decedesse a sua volta e non lasciasse prole, la sua porzione andasse al fratello. Ma uno degli eredi, perdendo la speranza di aver figli, si accorda col fratello, gli cede subito un sesto dell'eredità a patto ch'egli e i suoi — nel caso gli sopravvivano — rinuncino ad ogni pretesa. Ma ecco che gli nasce un figlio: il quale chiede la reintegrazione del patrimonio paterno e la restituzione del sesto, già trasferito in séguito al patto rammentato: Severo gliela nega. Era un caso che aveva presto alimentato approfondimenti vivaci e, tra l'altro, aveva costituito una fonte di prim'ordine per la definizione dei concetti di causa impulsiva e finale. Accursio, poco prima di chiudere una sua lunghissima glossa, ragiona infatti: «... Quinto [opponitur] hoc pactum ideo sumpsit vires, quod liberos Philinus non sustulit: ergo causa secuta, quia suscepit filium, cessat pactum. Respondeo: haec fuit impulsiva, non finalis, argumento ff. de donationibus, l. II, § fi. (*Dig.* 39, 5, 2, 7). Vel *finalis causa proxima* fuit remissio: non autem quia filios non habet...» (cfr. gl. *te filio* in *Cod.* 2, 3, 1, *de pactis*, l. *conditionis*). Se l'importanza di quest'ultima glossa è aumentata dalla risonanza ch'ebbe la fonte presso i giuristi medievali proprio nella trattazione della causa, occorre tuttavia ricordare ch'essa rappresenta solo uno degli esempi, ai quali potrebbero aggiungersene altri, sebbene non numerosissimi, dell'apparizione della *causa proxima*. E si nota che questa — al pari della sua antagonista, la causa remota — venne presto individuata sulla scorta della particella che l'introduceva nel discorso, secondo un gusto già vivo in qualche glossatore, ma specialmente diffuso nei commentatori. Fu un procedimento seguito soprattutto per l'identificazione degli elementi accessori del negozio: Bartolo potrà dire che in una legge del Codice «...dictio 'ex' habet denotare causam proximam, dictio 'ob' causam remotam...» (BARTOLI *Comm.* in *Cod.* 1, 14, 5, *de legibus et const.*, l. *non dubium*, nr. 23). Ma sono regolette tutt'altro che stabili: le si vede spesso variare da caso a caso.

moderna ha proposta per sancire la prevalenza del polo oggettivo su quello soggettivo del negozio, mentre per lo più la suddivisione medievale restava legata a una veduta soltanto soggettiva di entrambi i tipi di causa. I quali, inoltre, non furono mai ritenuti separati da una netta frattura, ma si cercò al contrario di conservare i vincoli, oltretutto logici, che li univano.

È vero che solo alla causa *proxima* era conferita l'efficacia piena, ma ciò non toglieva che anche alla causa *remota* apparisse necessario fare concessioni: basti pensare che Baldo, sempre sensibile alle questioni filosofiche, leggendo in una epistola di Gregorio IX che una lettera monitoria del papa è vincolante anche se successivamente sia emessa la lettera esecutoria, ne traeva conforto per asserire che «...causa remota inspicitur: quia est fundamentum causae proximae; et sic causa prima magis inspicitur quam secunda...»; ma, per rientrare nella scia dell'insegnamento tradizionale, aggiungeva subito dopo: «...quod est verum quando ambae causae tendunt ad eundem finem, sed, si alterius sint naturae, inspicitur magis causa proxima quam remota... hoc etiam natura nos docet: nam si quis in pruno inserat pirum, facit pira et non pruna...» (81). Ove ciò che più colpisce è la riluttanza a spezzare, nella valutazione d'un atto, il suo lungo processo formativo, consentendosi a considerarne anche le scaturigini più lontane.

Il punto però più interessante nello svolgersi del dualismo tra causa prossima e remota sta nel suo sollecito innestarsi su quello corrente tra causa impulsiva e finale.

15. A parte gli accenni più antichi, sintomi chiari del fenomeno si rivelano già all'epoca di Accursio (82); dal tempo, poi, del Belleperche e di Cino si ripeterà usualmente che «...causa finalis est propter quam aliquid *immediate* conceditur, causa impulsiva est quae occasionem *remotam* praestat...» (83).

Questa convergenza di motivi diversi, che tendono a confluire in una unificazione della teoria causale, spiega anche come la contrapposizione romana tra *causa* e *condicio* finisse col sovrapporsi a tutte le altre finora ricordate.

(81) BALDI *Comm.* in c. 39, X, I, 3 *de rescriptis*, c. *litteris*, nr. 3.

(82) Cfr. il passo della gl. *te filio* riportato a nota 80.

(83) Cfr. quei commenti della l. *generaliter* (*Cod.* 1, 3, 51[52]), già più volte incontrata, che ha riportati il MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 383. Lo stesso MEIJERS nota come tale idea si incontra spesso in Bartolo.

Già il passo di Rogerio citato poco sopra aveva definito la causa «...quedam de *preteritis* factis procedens...», essendo invece la condizione «...quedam relictis suspensio, cuius defectus seu etiam consummatio et certificatio dependet de *futuro*...» (84). Il Meijers, anzi, sembra spiegare l'efficacia maggiore data alla causa finale, nei confronti dell'impulsiva, proprio osservando che essa si collegava all'idea romana di *condicio*: questa infatti indicava una circostanza che incidere sulla validità dell'atto, mentre nella terminologia latina la causa rappresentava un elemento che non influenzava tale validità. Ad accogliere la notazione del Meijers, certo ampiamente corroborata dalle fonti, occorrerebbe concludere che la dialettica tra *causa finalis* e *impulsiva*, con le più ampie conseguenze riferite alla prima, sarebbe stata non l'effetto, ma il presupposto dell'applicazione di taluni risultati filosofici al mondo del diritto, e la diversa rilevanza dell'una e dell'altra figura avrebbe avuto origine da esigenze tecnico-giuridiche.

Comunque, sulla scorta dei vari motivi che si son visti intrecciarsi, una corrente dottrinale vorrà risolvere un problema che affaticava la scuola — quello di riconoscere quando una causa fosse impulsiva e quando finale —, consigliando di controllare se essa sia *de praeterito* o, rispettivamente, *de futuro*. Baldo, anzi, — abbia egli trovato o non l'interpretazione già nel Révigny e nel Belleperche — affermerà addirittura che una medesima causa «...concepta de praeterito est impulsiva, et concepta de futuro est finalis...» (85), chiarendo che nella

(84) Ed. MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 378 sg.

(85) BALDI *Comm.* in *Dig.* 12, 6, 52, *de conditione indebiti*, l. *damus autem* [aut]. Si trattava del noto frammento di Pomponio che insegnava come ogni atto di 'dare' si compisse sia *ob causam praeteritam*, sia *ob rem*; risultando falsa la causa, non perciò diveniva lecito ripetere, non essendosi conseguita invece l'attesa *res* la *repetitio* era concessa. E Baldo: «Datum *ob causam impulsivam de praeterito* non repetitur, licet causa non subsistat, secus si causa finali de futuro, si causa non existat: hoc dicit...». Quindi prosegue: «...nota quod *eadem causa concepta de praeterito est impulsiva, et concepta de futuro est finalis*. Verbi gratia: do tibi quia gessisti negocia mea, impulsiva est et cessat repetitio; do tibi quia geres, finalis est et repetitur causa non secuta: causa ergo de praeterito praesumitur impulsiva, causa de futuro praesumitur finalis...»: precisa tuttavia che anche una causa passata si presume finale «...quando quis non erat alias daturus...» — tesi che risentiva forse d'un insegnamento papiniano (*Dig.* 35, 1, 72, 6) e i glossatori già avevan divulgata — e così pure una causa che, se fosse stata vera, avrebbe comportato un debito valido — era l'opinione del Révigny e del Belleperche (in molte edizioni di Baldo le sigle di questi due giuristi sono erroneamente scambiate con quelle di Piacentino e di Iacopo d'Arena) — e, infine, ogni causa che riguardi il *commodum*

prima categoria rientra il desiderio di remunerare un servizio passato, nella seconda quello di remunerarne uno futuro.

L'esame del rapporto temporale corrente fra un'azione e la sua causa portava inevitabilmente a elaborare quest'ultima adottando criteri puramente soggettivi, ispirati cioè all'indagine dell'intenzione delle parti.

A questo angolo visuale va ricondotta una teoria che ebbe vita lunga nella scuola, e si vede già insegnata da Azzone, ossia che la causa finale andasse individuata nel motivo espresso dalle parti, e l'impulsiva nel non espresso, e ciò perché si diceva correntemente che la falsità della *causa finalis* desse luogo a *repetitio*: tale *repetitio* parve ad Azzone non potersi accordare se non quando la causa fosse stata manifestata (86). È certo che la teoria acquistava significato soltanto se collegata con la ricerca dell'intenzione, o comunque di motivi psicologici del soggetto.

Più chiaramente volta a questa medesima ricerca è un'impostazione che certo fu la meglio accolta a Bologna, e individua la causa finale nella considerazione che avesse deciso una persona ad agire.

L'idoneità di un fatto a determinare un certo comportamento era stata presa in esame sin dalla scienza più antica: un fatto «...cuius contemplatione quis donavit alias non donaturus...» l'aveva definito — trattando della *repetitio* di cosa donata — una glossa che potrebbe essere di Rogerio, risalire cioè a un tempo in cui la problematica non ricorreva ancora al concetto di causa finale (87). Ma quando questa fu diventata strumento d'uso quotidiano per il giurista, ecco Odofredo definirla appunto come lo scopo per cui «...quis dat alias non daturus...»; la causa impulsiva venendo per

tradentis anziché l'*utilitas recipientis*: ed era quest'ultima un'idea che risaliva a un passo del francese Guido de Guinis, come meglio si vedrà ora.

(86) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *provocare proposueras* in *Cod.* 4, 6, 7, *de conditione ob causam datorum*, l. *si repetendi*, nr. 2: la *repetitio* di una donazione, *causa non secuta*, è accordata da Azzone se la causa sia stata *expressa vel finalis*, non *se tacita vel impulsiva*. Cfr. in proposito MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 380 e nota 1. La labilità della teoria azzoniana, che lo stesso autore, evidentemente, volle condurre a fornire un mero criterio di presunzione, è dimostrata dal suo precisare che talvolta «... etsi non sit expressa causa, sed in corde retenta, causa non secuta datur repetitio».

(87) In *Dig.* 39, 5, 1, *de donationibus*, l. *donationes*, *PARIS, lat.* 4458, fo. 349ra. La glossa porta la sigla R. e la sua importanza sta soprattutto nel mutuo della terminologia dal frammento successivo (*Dig.* 39, 5, 2, 7): un mutuo che servirà in séguito proprio alle definizioni della causa finale.

converso tratteggiata come il motivo che potrebbe avere anche spinto alla prestazione, ma la cui mancanza non l'avrebbe tuttavia impedita: «...nam sive Philinus — e Odofredo riprendeva la fattispecie della norma di Severo che egli commentava (88) — haberet filios vel non, volebat dare sexstantem ut exhonoret se ab illo fideicommissio, sed citius dedit quia non habebat liberos...». Oppure: ti vedo senza scarpe in tempo di gelo, ti dono venti soldi perché tu compri delle calzature, ma tu fingevi di essere povero e avuto il denaro corri a spenderlo in bevande. Posso ripetere? Certo sì, perché la causa finale della mia prestazione non s'è verificata. Se tu invece mi hai servito e devi avere da me in ricompensa venti soldi, se anche io, vedendoti senza scarpe, ti abbia pagato la somma più presto del dovuto, non potrò mai ripeterla anche se tu, anziché comprarti delle scarpe, abbia impiegato il denaro in altro modo: e ciò perché il vederti scalzo è stato soltanto la causa impulsiva della prestazione (89). A questo chiaro esempio conveniva anche la distinzione azzoniana tra causa espressa e tacita, che Odofredo riprende infatti poco oltre, inserendola nella trattazione.

È vero che non mancò anche una distinzione fondata su criteri oggettivi.

Tralasciando il somnesso richiamo a tali criteri, accennato nella prima delle due glosse di Rogerio or ora ricordate, una loro manifestazione più decisa si ebbe in una serie di teorie che vennero imponendosi col tempo. Il problema — per esempio — della valutazione del *commodum* offerto all'uno o all'altro soggetto del rapporto poteva facilmente inserirsi nella rappresentazione dei due tipi di causa,

(88) *Cod.* 2, 3, 1.

(89) Un'esposizione più succinta ma quasi altrettanto lucida offrirà più tardi Iacopo d'Arena, in un'*additio* alla fonte romana che offriva alla problematica l'argomento testuale più significativo (*Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filius*, § *tertio*): *additio* che appare siglata in un codice vaticano dei commenti *in universum ius* di Iacopo, ma non ricorre nell'edizione: «...In eadem lege II, § titio X, si ergo (= si vero). Cum aliquid do alicui ut aliquid faciat, si quidem alias non eram daturus competit mihi repetitio etiam (?) si illud non fecerit: causa fuerit causa impulsiva (?), ut in hoc § habes hic. Quid ergo in dubio si non apparet utrum alias eram daturus vel non? Dic quod semper presumitur me alias daturum, et ita non possum repetere licet illud non fecerit propter quod dedit (= dedi), ut infra (= supra), de conditionibus et demonstrationibus, l. Titio (*Dig.* 35, 1, 73) et habes de donationibus inter virum et uxorem, l. si mors (*Dig.* 24, 1, 13). ia. de ar.» (VATICANO, *Ortob. lat.* 1307, fo. 95rb). Una sintesi di tale dottrina, e sempre con la sigla di Iacopo, è introdotta nel corrispondente commento di ALBERICO da ROSATE.

se non altro perché il principio che il fatto favorevole a qualcuno non debba trasformarsi in un suo danno imponeva che cessando la *causa favorabilis* ne cessasse l'effetto, ed evocava pertanto una regola che alla distinzione tra causa finale ed impulsiva era stata subito legata indissolubilmente.

Nella prima metà del '200 Guido de Guinis — allievo di Iacopo Baldovini e di Uberto da Bobbio, poi tra i primi professori di Orléans (90) — spiegherà: «...quando effectus illius causae tendit *ad commodum promittentis*, tunc dicitur causa finalis: promitto tibi decem quia negocia mea bene gessisti vel quia ivisti pro me Romam. Si vero effectus illius causae non tendit ad commodum promittentis sed magis *eius cui promittitur*, tunc illa causa dicitur impulsiva, ut si dicam: do vel promitto tibi decem ut emas tibi caligas...» (91). Così come è esposto da Guido, quest'ultimo esempio non sembra quadrare molto: dal Belleperche in poi la scuola ridurrà tutto il ragionamento a un mero criterio di presunzione, e in questa veste esso finirà col definirsi meglio combinandosi con tutti gli altri motivi che si sono venuti descrivendo finora (92).

(90) Cfr. MEIJERS, *Un centenaire oublié*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XIV, 1936, p. 252 sgg., ora in *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 33 sgg. Nel 1243, 8 anni dopo che Gregorio IX aveva autorizzato l'insegnamento del diritto romano a Orléans, Guido veniva già consultato in questa città su una questione sollevata dalla morte del Papa.

(91) La glossa di Guido è riportata dal MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 383. Occorre notare che il glossatore francese innestava la sua teoria su un tronco assai antico, perché, nella materia delle *condiciones* così strettamente legata alle prime elaborazioni della causa, già a Bologna si era tenuto a distinguere tra quelle che tornassero a utilità del donante e quelle che facessero invece unicamente il comodo del donatario: erano teorie che sembra si inoltrassero nel tempo fino all'epoca di Martino ed erano state poi approfondite da Azzone e Ugolino, almeno a voler credere ad Accursio (gl. *secutum* in *Dig.* 39, 5, 1, *de donationibus*, l. *donationes*).

(92) Il MEIJERS (*Les théories médiévales*, cit., p. 384) ha messo in rilievo un passo del Bottrigari, ove l'antico spunto di Guido si inserisce ormai in un disegno assai complesso: disegno che Alberico da Rosate e Bartolo prenderanno in prestito quasi senza varianti. Avendo ricordato le varie opinioni il Bottrigari conclude infatti: è necessario distinguere se la causa sia *de futuro* o *de praeterito*, se contenga «...favorem eius cui datur...» — e si presume impulsiva — o «...favorem dantis vel alterius...», e si presume finale. Riguardo alla *causa de praeterito* occorre ancora indagare se risulti che il *dans* sia stato «*alias daturus*» o non, e si presume rispettivamente una causa impulsiva o una finale. Nei contratti l'inesistenza di causa dà luogo a *repetitio* o la esclude a seconda che la causa presunta

16. Ma su uno di tali motivi occorre tornare per un attimo. La rappresentazione della causa finale come sempre vòlta al futuro non poteva fare a meno di trovare un ostacolo nella massima ‘causa est de praeterito’, che già si è vista portata innanzi dalle fonti romane.

Non è escluso che questa massima avesse un certo peso — forse soltanto psicologico — sulla singolare sopravvivenza della causa impulsiva, che appunto era la sola a rispondere ai requisiti richiesti dalla regola; e si è già accennato come effettivamente quel tipo di causa nei primi tempi riscuotesse il successo maggiore. Certo è che proprio il principio ‘causa est de praeterito’ finiva col portare in luce la profonda antitesi teoretica tra i concetti di *causa impulsiva* e *finalis*, pur racchiusi entrambi entro un’unica categoria generale — quella appunto della causa —; concetto statico il primo, che toccava l’attimo immediatamente anteriore all’azione e vi si esauriva: dinamico il secondo, portato quasi a svolgersi in modo continuativo fino al suo estinguersi nel raggiungimento dello scopo. Persino Bartolo, per non parlar d’altri, credette in quella regola e se ne lasciò influenzare nelle sue definizioni della causa: d’altronde le definizioni già correnti la rispecchiavano a loro volta: ‘causa est quaedam de praeteritis praecedens suasio’, diceva l’una; ‘causa est animi impulsio a nobis expressa’, diceva l’altra.

A Bartolo — nella materia dei legati — erano parse entrambe insufficienti, e ciò perché, interpretando con esattezza le fonti romane, egli preferiva qui all’idea di una *suasio* o di una *impulsio* soggettive una concezione obiettiva, che indicasse cioè piuttosto «...*id propter quod* inducitur impulsio seu suasio...». E propose allora la definizione «...causa est quid praeteritum, vel instans, quo impellimur ut aliquid disponamus...»; definizione in sé vaga, dove l’esigenza di intendere la causa come *de praeterito* veniva sottolineata dalla natura oggettiva di essa. Era una formula, comunque, che si mostrava riluttante a comprendere nel *genus* della causa la finale, sia per gli aspetti soggettivi che questa — lo si volesse o non riconoscere — era venuta accentuando coll’atteggiarsi sempre più come lo scopo, seppur tipicizzato, posto da un agente alla propria attività individuale; sia, appunto, per la sua posizione cronologica, necessariamente individuabile in un *posterius*

abbia o non condotto a stabilire un vincolo obbligatorio: nel primo caso si tratterebbe di causa finale, nel secondo d’impulsiva.

dell'atto, in un traguardo da raggiungere che, per esser tale, occorreva configurare *de futuro*.

Fu probabilmente questa la ragione prima che consigliò Bartolo a non parlare nemmeno dei rapporti tra la propria definizione generale e la specifica figura della causa finale, tanto più che la rappresentazione obiettiva di quest'ultima era resa ancor più difficile dalla materia dei legati, ove l'unilateralità e l'*animus donandi*, come già si è visto per la donazione, complicavano le cose. Ed egli preferì dire che vòlti al futuro erano solamente la condizione e il modo (93), riprendendo così dagli antichi glossatori un linguaggio incerto, ormai largamente superato.

La stessa massima che «...causa debet praecedere suum causatum...» assilla talmente Bartolo da ripresentarsi a porlo in imbarazzo persino in problemi piccini, dalle implicazioni teoriche modeste: com'è il caso dell'*interrogatio*, che in giudizio deve precedere la trattazione principale, pur essendo quest'ultima la causa di quella e dovendo quindi teoricamente esserle anteriore (94).

(93) Cfr. BARTOLI *Comm. in Dig.* 35, 1, 17, 2, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *demonstratio*, § *quod autem*, nr. 2. Non certo che Bartolo si rifiuti di scorgere che talvolta la causa di una disposizione possa apparir vòlta al futuro: ma la materia dei legati indica al commentatore la strada per forzare anche tale ipotesi entro gli schemi che gli sono cari. Il testatore dichiara 'si negotia mea curaverit, lego'? Almeno *per coniecturas* la causa riguarda il passato, se solo la si commisura al momento della morte del legante (nr. 3)! È vero che la definizione della causa, proposta qui, sembra essere intesa ad aver valore solo negli stretti confini della materia. Ma quell'accezione «...large sumpta...», che Bartolo contrappone subito all'altra, è poi capace di mutare effettivamente i punti di vista sulla causa? «...Nam alias causa *large sumpta* est omne id, *ex quo aliquid sequitur*...» (nr. 4): si tratta sempre della figura di una causa *de praeterito*! Una vera deroga alla visione bartoliana di fondo si configura solo intendendo la causa in modo improprio: forse questo è il senso della lunga disamina del quesito «an causa proferatur *causaliter* an *conditionaliter*» (nr. 6-13). Cfr., comunque, CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 298 sg.

(94) BARTOLI *Comm. in Dig.* 11, 1, 21, *de interrogationibus et interrogatoriis actionibus*, l. *ubicunque, repetitio*, nr. 1: la soluzione del dubbio mostra una qualche incertezza e non si rifa a criteri teoreticamente molto fermi: «...Respondeo et dico quod expositio tua est vera quod causa debet praecedere suum causatum, quo ad producendum rem in esse... et ita est etiam hic, quia quo ad proponendam rem in esse, id est materiam huius tituli, oportet quod talis actio praecedat, et quod competat actori, sed quo ad ordinem iudicarium ista debet praecedere...».

La situazione cronologica della causa in un momento precedente l'atto finiva dunque con l'indirizzare Bartolo alla causa impulsiva (95).

Persino quando egli affronterà il problema normativo e sarà costretto ad incontrare quella finalità della norma che è *de futuro*, lo si vedrà preferire il termine 'ratio' a quello di 'causa finale' (96) — termini che una larga corrente aveva già portato a coincidere — quasi per ragioni di chiarezza, per evitare che la stessa denominazione di causa indicasse al contempo due realtà così diverse per natura ed efficacia.

(95) È singolare l'insistenza con cui, nel famoso problema se la causa debba presumersi finale o impulsiva, egli finisce col cader sempre nei concetti di modo o condizione quando volge il pensiero alla causa *de futuro* (ossia finale), per riservare alla causa in senso stretto la sola sfera d'azione propria dell'*impulsiva* (cfr. BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filius*, § *titio*, nr. 2).

(96) BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 35, 1, 17, 2, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *demonstratio*, § *quod autem*, nr. 18. Il frammento di Gaio ribadiva la regola — d'altronde posta a più riprese e ancora più esplicitamente da altre fonti — che la causa falsa non vizia il legato. E Bartolo: «...octavo quaero, quid de causa legis? Nam in tantum cohaeret legi, ut ea cessante cesset lex... et glossa quae est infra, eodem, l. cum tale, § falsam (cfr. gl. *non cohaeret* in *Dig.* 35, 1, 72[71], 6) dicit aliud in ratione legis, aliud in ratione legati: propter quam glossam communiter dicitur, aliud est causa legati, aliud causa legis. Sed certe hoc non dicit, sed dicit aliud *in ratione* legis etc. *Et longa est differentia inter causam prout hic sumitur et rationem, quia causa est de praeterito et ratio de futuro*. Dico ergo idem in causa legati et causa legis, *ponendo causam prò aliquo praeterito vel instanti*, quo quis impellitur ut legem faciat... Sed si *ratio* legis non est de praeterito sed de futuro, tunc viget legis observantia cum viget ratio... idem dico de *ratione* legati...». In fondo, tralasciando di soffermarsi sulle incertezze denunciate da Bartolo nel comune insegnamento — ma erano poi incertezze proprio diffuse? — la precisazione ch'egli avanza consiste tutta nella sostituzione dell'antitesi tra *ratio* e *causa* a quella corrente tra causa finale e impulsiva. D'altronde, fin sul tardi, parecchi civilisti (cfr. ad es. SALYCETI *Comm.* in *Cod.* 1, 6, 51, *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*, nr. 3 in fi.) e canonisti (si veda per es. IOANNIS de IMOLA *Comm.* in c. 11, X, 1, 9 *de renunciatione*, c. *post translationem*, nr. 40) useranno lo stesso procedimento: questo poi va collegato alla convinzione, viepiù diffusa specie dopo gli ammaestramenti di Dino, che i concetti di *causa finalis* e di *ratio* fossero intercambiabili. Né tale convinzione porterà solo su una meccanica sostituzione di parole derivata da una sinonimia sul piano terminologico: il procedimento sarà piuttosto il frutto d'un fenomeno ben altrimenti profondo, quello della consapevole e graduale convergenza di *causa* e *ratio* sotto il profilo concettuale; convergenza tanto pronunciata che — se a rigor di termini essa coinvolgerà la sola causa finale — in casi limite renderà possibile la singolare espressione di 'ratio impulsiva', composta di due termini in evidente contrasto logico.

Ma il dogma ‘causa est de praeterito’ non riuscirà a reggere al definitivo imporsi della causa finale, *concepta de futuro*, soprattutto dopo gli ultimi approfondimenti ch’essa otterrà ad opera di Baldo. E la massima dovrà allora cadere.

17. Se dallo svolgersi di tutti questi motivi l’antitesi tra la causa impulsiva e la finale sembra uscire rafforzata, il legame logico che di quell’antitesi era il necessario presupposto conduceva l’una e l’altra figura a muoversi sullo stesso piano, così da consentire, anzi, a entrambe di venir racchiuse entro l’unica categoria causale. Quel nesso non è difficile individuarlo anche solo alla luce del buon senso: è certo che la situazione di fatto generatrice dell’*impulsus animi* — per esprimersi in conformità con la visione oggettiva di Bartolo —, o anche l’*impulsus* stesso — per adottare un punto di vista soggettivo — pone subito alla volontà il compito di modificare quello stato di fatto o di soddisfare quell’impulso.

È un processo evidente (97): l’aveva già descritto uno dei glossatori più antichi, che potrebbe essere nientemeno che Irnerio stesso. Esaminando, nello stile di ogni buon lavoro esegetico, le cause che avevano condotto alla compilazione del Codice giustiniano, una *Materia Codicis* osserva: «...finalis causa ex occasione constituendi poterit perspici. Si enim videris, quare hoc opus sit constitutum, poteris videre quis sit eius finis...». E si dilunga poi a spiegare come l’*occasio* fosse rappresentata dal numero eccessivo di cittadini, o ignoranti o caduti nell’errore, che occorreva in qualche modo erudire nel diritto; altri poi erano consapevoli dell’esistenza di certe leggi, ma le trasgredivano, comportandosi, come usava dire, da ‘contumaces’: sicché gli imperatori erano stati costretti a intervenire. Sotto la denominazione di *occasio* era qui descritta la tipica figura della causa impulsiva. Ma, secondo il glossatore, la *causa finalis* ne scaturiva logicamente: era quella primordiale finalità di ogni codificazione che i giuristi continueranno a richiamare con insistenza, ossia che i disobbedienti fossero costretti ad obbedire, che gli ignoranti venissero istruiti e gli errori corretti (98).

(97) Se il sostanziale rapporto tra i due concetti è stato visto dal BATTISTONI (*La causa nei negozi giuridici*, Padova, 1932, p. 40 sgg.) esso non si limita certo a rappresentare un utile strumento per l’esatta definizione — mediante il ricorso al termine antitetico — della causa finale (p. 49): la quale d’altronde — come fa osservare lo stesso Battistoni — non ne ha alcun bisogno, e trova in se stessa gli elementi per la propria definizione.

(98) Cfr. la *Materia Codicis secundum Irnerium* al § 5, ed. KANTOROWICZ, *Studies*, cit., p. [237].

La consapevolezza del vincolo logico che univa le due figure non si offuscherà nemmeno in séguito, e anzi potrà far leva su motivi che si sono già visti svolgersi con l'andar del tempo: il più importante sta certo nell'idea che la *causa praeterita* — identificatasi, come è noto, con l'impulsiva — potesse talvolta atteggiarsi come causa finale quando fosse stata determinante dell'azione; e anche tardi commentatori potranno dire che «...etiam impulsiva causa efficitur finalis, quando constat quod quis alias non esset facturus...» (99).

Colpisce inoltre, nella *Materia Codicis* irneriana, il suo racchiudere un'immagine così vicina alla causa impulsiva entro la figura dell'*occasio*; e viene spontaneo di scorgervi un segno premonitore, o addirittura il germe, di tutto lo svolgimento successivo di quel tipo di causa. Se infatti, per il giurista come per il filosofo, l'idea di *occasio* stava un po' al di fuori dal processo vitale dell'azione, nella tendenza ad abbassare allo stesso livello la causa *impulsiva* questa vedeva rappresentato il proprio destino, che si sarebbe palesato vieppiù avverso. E così i rapporti logici che la legavano alla causa finale si trasformarono in nuovi motivi di un'antitesi; e il filo conduttore di tutto il lavoro della scuola poté consistere — come si è visto — nell'opporre quelle due figure dapprima attribuendo loro un'uguale importanza teorica, per esaltare poi col tempo la causa finale a detrimento dell'altra.

È un processo sul quale occorre soffermarsi.

18. Già all'inizio del XIII secolo il Cacciavillano, nelle sue *Additiones* ai brocardi azzoniani, restringeva esplicitamente la funzione della causa impulsiva descrivendola come solo *cooperans, coadiuvans* della finale (100).

(99) BALDI *Comm.* in *Cod.* 7, 58, 3, *si ex falsis instrumentis*, l. *falsam*, nr. 2.

(100) Alla rubr. XXIII *de feudis et beneficiis et causis* (nr. 23) dei *Brocardica* di AZZONE. L'immagine, che rispecchiava così bene l'interesse decrescente della scuola per la causa impulsiva, non verrà dimenticata. Baldo, in fondo, non farà altro che darle forma tecnicamente più precisa quando la inserirà in un discorso volto a spiegare che «...loco finalis causae de voluntate promissoris potest inferri causa impulsiva, id est non cogens, sed persuadens...» (BALDI *Comm.* in *Cod.* 4, 30, 13, *de non numerata pecunia*, l. *generaliter*, nr. 22). E fino all'epoca del TARTAGNI (*Cons.* 76, vol. 6, nr. 3) l'idea di Baldo resterà viva: a proposito d'una *promissio* senza causa tipica, che cade quindi nella categoria del contratto innominato, se ne tenterà la definizione ricorrendo all'esame dei rapporti tra la 'causa *obligatoria* seu finalis' e la 'causa *persuasiva* seu impulsiva'.

Il sintomo era grave. E in breve il ritmo dello svolgersi di quel processo diverrà rapidissimo: già ai tempi di Dino del Mugello sembra che la causa impulsiva toccasse il fondo della propria fase discendente. «In veritate causa impulsiva non est proprie causa, istud est brocardum quod Dynus solvit...», scrive Cino da Pistoia, quasi meravigliandosi di udire ancora intorno a sé voci discordi e di vedere qualcuno mantenersi su posizioni superate: «tamen adhuc non est expeditus» (101).

È certo che resistenze non dovevano mancare nella scuola, ma ormai l'alto valore speculativo attribuito dai filosofi alla causa finale contribuiva a segnare la sorte dell'antagonista.

Quasi nello stesso giro di anni in cui scrive il commentatore delle *leges*, Giovanni d'Andrea ne ripete l'affermazione nella sua *Novella* al Quinto, anzi l'arricchisce di una notizia che dà la piena misura dell'importanza delle nuove posizioni: anche in giudizio — egli informa — «...vidi defendi, quod in dubio causa dicatur finalis ea ratione propria, quia *significatio huius verbi causam sapit finalem, impulsiva videtur dicenda occasio...*» (102).

Erano tempi ormai lontani da quelli dei primi decretisti che, ricorrendo con tanta frequenza alla figura dell'*occasio*, non avevano saputo tuttavia separarla nettamente dalla causa, giungendo talvolta a confondere l'una con l'altra (103): confusioni che nella stessa scuola canonistica a distanza di qualche secolo saranno inammissibili (104).

(101) CYNII *Comm.* in *Cod.* 1, 3, 51, *de episcopis et clericis*, l. *generaliter* [inserito nel *Comm.* al titolo seguente *de episcopali audientia*], nr. 3.

(102) IOANNIS ANDREAE *Novella Comm.* in c. 10, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *nisi cum pridem*, nr. 29.

Il ricorso al concetto di *occasio* per definire la causa impulsiva era d'altronde generale: anche il Bottrigari — negli stessi anni e proprio nella materia legislativa — preciserà le parole «in ratione finali» d'una glossa accursiana (gl. *non omnium* in *Dig.* 1, 3, 20, *de legibus et senatusconsultis*, l. *non omnium*) chiarendo: «...quae dicitur *causa*; secus est in impulsiva quae dicitur *occasio...*» (BUTRIGARII *Comm.* in *Dig.* 1, 3, 20, nr. 1).

(103) Cfr. *supra*, le note 78 e 79.

(104) Il punto centrale su cui s'impennierà la configurazione dei rapporti tra *causa* e *occasio* verrà individuato nella constatazione che la prima 'consistit in iure et est rationabilis', la seconda 'in facto et est irrationabilis': è una teoria che i decretalisti continueranno a esporre, specialmente a proposito del c. *solitae, de maiori et oboedientia* (c. 6, X, I, 33), dal tempo dell'ANCARANO (*ibid.*, nr. 1) e di ANTONIO da BUDRIO (*ibid.*, nr. 4) fino a quello del PANORMITA (*ibid.*, nr. 1) e di FELINO SANDEO (*ibid.*, nr. 2). Ma già i primi decretalisti amavano ripetere che la *causa* 'infert causatum', l'*occasio* no.

Alla testimonianza di Giovanni d'Andrea è facile credere; già alla sua epoca doveva circolare un detto, seppur non ne fu egli stesso l'autore, che in una di quelle assonanze che tanto piacevano alla scuola trovava lo stimolo alla propria diffusione: e cioè che la *causa impulsiva* fosse una *causa abusiva* (105).

Sicché l'iniziale preponderanza di questa figura, che già con i glossatori aveva incominciato a declinare per l'efficacia più ristretta che le veniva assegnata (106), coi commentatori giunge al tramonto, e se i giuristi del Quattro o del Cinquecento ricorreranno ancora a quel concetto, si ha l'impressione che essi lo facciano o per istanza erudita o per puro attaccamento a vetuste tradizioni dottrinali.

19. Alla figura della causa finale, per converso, si volgeranno gli interessi della dottrina: è un fenomeno già palese nel passo di Cino da Pistoia citato poco sopra (107). Non è tuttavia escluso che si possa credere al richiamo che Cino fa del pensiero di Dino del Mugello, in bocca al quale un'esaltazione della *causa finalis* certo non stupirebbe: anche l'identificazione con la *ratio* — specialmente

D'altronde la convergenza dell'*occasio* e della *causa impulsiva* aveva coinvolto quella nel declino di questa.

(105) È un'espressione che Baldo, il grande fautore della causa finale, riprende con piacere: cfr. BALDI *Super Decretal. Comm.* in c. 11, X, I, 9 *de renunciatione, c. post translationem*, nr. 4. Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 302.

(106) Si vedrà in séguito come tale limitazione della sua efficacia fosse il frutto naturale del meccanismo della regola 'cessante causa cessat effectus', che, sin dal tempo di Azzone, funzionava soltanto in relazione alla causa finale e non all'impulsiva. Anzi, è proprio con un esplicito richiamo a tale massima che Accursio giustifica un'affermazione estremamente significativa, alla quale si ricorrerà volentieri per tutta l'età del commento: contrariamente a quanto avviene per l'impulsiva, senza la finale «... res esse non potest...» (gl. *adiuvantur*, in fi., in *Inst.* 2, 11 pr., *de militari testamento*, § *illis autem*).

(107) Delle tendenze di Cino fa fede anche quel suo *consilium* (cfr. *Cons.* XX, in *Le quaestiones e i consilia*, a cura di G. M. MONTI, Milano, 1942, p. 147) riportato testualmente da Baldo (*Comm.* in *Cod.* 1, 3, 15, *de episcopis et clericis, l. conventicula*, nr. 4), ove si commentava uno statuto fiorentino sulla capacità delle donne di succedere alla madre morta intestata in mancanza di fratelli maschi: il giurista ne deduceva che, esistendo dei fratelli maschi, le sorelle venissero automaticamente escluse dall'eredità, e giustificava la conclusione «... ponderata ratione causae finalis, quae semper inhaeret legi...!» Ardita deduzione che non piacerà, ad esempio, a Paolo di Castro (PAULI CASTRENSIS *Comm.* in *l. conventicula*, cit., nr. 2).

attuale nel fenomeno legislativo e ovvio corollario di una valorizzazione della causa come fonte di forza cogente — verrà ricondotta dalla scienza successiva all'autorità di Dino, sebbene in effetti risalisse al tempo del Bassiano (108).

Già dall'epoca di Giovanni d'Andrea (109), ma con frequenza e convinzione sempre maggiori col passar del tempo (110), si finì poi col ritenere che in qualsiasi tipo di disposizione la *decisio*, cioè l'elemento centrale dell'atto, configurasse per lo più la sua causa finale, l'impulsiva essendo invece da scorgere in quella *narratio*, che da un lato aveva solo il valore d'uno sfondo e di cui d'altro canto si diceva che 'non facit ius'. Era, questo, un tentativo che aveva dietro di sé esigenze di portata molto ampia: enucleare la causa finale dal comando contenuto in una disposizione non rappresentava un risultato delle consuete ricerche di espedienti meccanici atti a facilitare l'individuazione della causa — come quello, per esempio, che la localizzava nei proemi di norme o atti privati —, ma intendeva addirittura raffigurare un punto d'incontro tra i due elementi contrapposti di ogni atto, ossia della *voluntas* e, appunto, della *causa*. Ma di tale problema si tratterà a suo tempo.

Persino Bartolo, che pur s'è visto ancora incerto nel dare una prevalenza logica alla causa finale, si preoccupa di precisar che questa, rappresentando negli atti bilaterali la *causa proxima*, appare la sola realmente *obligatoria* (111), ed è quindi

(108) La confluenza di *causa* e *ratio* — come si vedrà — s'era verificata in realtà già all'epoca dei glossatori, e nel Bassiano se ne scorgono tracce chiarissime; comunque, i giudizi che Cino attribuisce a Dino del Mugello, intorno al declino della causa impulsiva e all'affermarsi della finale, non sono reperibili in alcuna delle opere di Dino che ci sono rimaste, almeno nella forma recisa che viene fatta risalire al suo insegnamento. Ma non per questo è lecito dubitare della testimonianza di Cino, scienziato assai più preciso di quanto non lo fosse la maggior parte dei suoi colleghi e dei suoi successori.

(109) IOANNIS ANDREAE *Novella Comm.* in c. 4, VI, III, 24 *de immunitate ecclesiarum*, c. *quoniam*.

(110) Confluendo infine nelle rigide impostazioni dei trattatisti del pieno Quattrocento e oltre (cfr. ad es. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *De interpretatione legis extensiva*, cap. I *de generali extensione interpretativa*, nrr. 89-90).

(111) Indagando la causa del legato, che volta a volta può limitarsi a quella tipica — ossia la liberalità — o comprendere speciali motivi del donante, ne esamina l'efficacia facendo leva sulla classica distinzione tra causa *proxima* o *finalis* e causa *remota* o *impulsiva*: e racchiude la soluzione nella qualifica di 'obligatoria' assegnata alla prima e di 'non obligatoria' attribuita alla seconda (cfr. BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 35, 1, 17, 2, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *demonstratio falsa*, § *quod autem*, nr. 13). L'impostazione, in fondo, fa confluire il problema in quello antico, volto a riconoscere quale causa, risultando vera, fosse creatrice di un *verum debitum* e quale non: salta agli

l'unica sorgente di forza vincolante. Ma è soprattutto significativo — come tappa ultima dello svolgersi d'un atteggiamento dottrinale — quel processo apologetico, per così dire, cui la figura della causa finale viene fatta segno da Baldo: né stupisce che a ciò giunga il giurista filosofo per eccellenza, sensibile sempre alla sostanza umana dei problemi, mai dominato dalle questioni tecniche — magari tralatie — al punto da farsi precludere orizzonti vasti. Ed eccolo proclamare volta a volta che la causa finale è il «...fons causarum...» (112), è «...de substantia dispositionis...», è l'«...obiectum intellectus sicut signum est obiectum visus et portus est obiectum navigantium...» (113); con speciale riguardo alla legge è la «...virtus intrinseca legis et tanquam genus praedicans de suis singulis speciebus...» (114); talvolta le converrà la qualifica di *causa urgens* (115) quasi a rappresentare la pressione ch'essa esercita, al contempo, e sui soggetti che pongono in essere un atto giuridico, e sugli interpreti che debbono valutarlo; talvolta andrà definita come la radice di quegli atti, quasi a indicare in un'immagine ch'essa è la forza da cui scaturisce il loro processo genetico e lo strumento che li rende stabili e sicuri (116).

Se queste espressioni di Baldo, pur talvolta pompose, rivelano di per sé a sufficienza quale fosse il posto che la causa finale era venuta conquistando

occhi comunque che la scelta stessa delle qualifiche imposte all'una e all'altra figura ha un valore pregnante per la loro definizione concettuale, e già si è visto come — da Baldo al Tartagni — l'idea fosse ripresa, pur con una terminologia diversa: forse meno tecnica, ma certo più immaginosa.

(112) BALDI *Comm.* in *Cod.* 6, 42, 14, *de fideicommissis*, l. *ea quam*, nr. 1. Le varie definizioni offerte da Baldo sono state illustrate dal CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 300 sgg.

(113) BALDI *Comm.* in *Cod.* 6, 44, 1, *de falsa causa adiecta legato*, l. *verba testamenti*, nr. 17.

(114) BALDI *Comm.* in *Auth. post fratres*, II, post *Cod.* 6, 58, 3, *de legitimis heredibus*, nr. 3.

(115) E il Meijers trova che tale qualifica, di fronte alle altre inutili proclamazioni, ha per lo meno il vantaggio di rappresentare la differenza con la causa impulsiva meglio di quanto non faccia lo stesso termine di causa finale (MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 387).

(116) BALDI *Comm.* in *Cod.* 6, 44, 1, *de falsa causa adiecta legato*, l. *verba testamenti*, nr. 12: «...quaero quomodo cognoscimus causam finalem in contractibus? Respondeo: illa est causa finalis de cuius radice emanat obligatio...». E richiama un passo di Pomponio nel quale ci si è già imbattuti più volte. Fa notare il MEIJERS (*Les théories médiévales*, cit., p. 386) come ancor oggi nel diritto inglese si faccia uso della stessa metafora e si parli di 'root of the contract'.

nell'impostazione tecnica dei problemi, il loro valore storico, poi, si ravviva ancora, perché le raffigurazioni fantasiose scoprono uno slancio quasi affettivo del giurista.

Di fronte all'entusiasmo di Baldo, qualche studioso successivo potrà crederci in dovere di porre limitazioni o di tornare in parte a qualche motivo superato, ma in realtà un reciso ripudio delle posizioni raggiunte dalla causa finale non sarà più possibile.

Il più grande dei giuristi culti, ormai lontano dalle controversie che aveva alimentate nel passato la fluidità stessa dei nuovi concetti filosofico-giuridici, riprenderà integralmente spunti che sin dal tempo di Cino erano stati consacrati, e riassumerà in poche parole il risultato degli studi di glossatori e commentatori: «...causam autem non pro principio agente accipimus, sed pro fine, quae res dicitur proprie, non pro causa praeterita — e qui si nega il principio che tanto tempo innanzi era parso grave ostacolo allo stesso Bartolo — sed pro futura...» (117).

20. Ma ritorniamo a qualche secolo innanzi.

Se vi fu un problema nel quale lo svolgersi dei rapporti tra causa impulsiva e finale venne rispecchiato con particolare evidenza, questo ebbe origine dal quesito se nel dubbio la causa dovesse presumersi del primo tipo o dell'altro. Se lo posero già gli ultimi glossatori, sin da quando cioè, dopo l'affacciarsi della causa finale, esso ebbe luogo di venir trattato (118).

L'indagine più delicata aveva forse ad oggetto la materia delle donazioni, perché qui al centrale *animus donandi* potevano aggiungersi i motivi psicologici individuali, manifestati in clausole che oggi si chiamerebbero condizionali o modali, ma che il glossatore tendeva a far rientrare nella categoria della causa. Che Accursio volesse orientare la presunzione verso l'impulsiva, e non verso la finale, appare logico, tanto più che gli argomenti tratti da fonti romane (119) mostravano che i motivi di un atto di liberalità non andavano considerati tali da autorizzare, allorché venissero a cadere, una *condictio* (120). Era d'altronde una soluzione, quella ac-

(117) CUIACII *Recitatio* in *Cod.* 4, 6 *de conductione ob causam datorum*.

(118) Qualche cenno al problema in CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 296.

(119) Cfr. soprattutto *Dig.* 24, 1, 13, 2 e 35, 1, 71 pr.

(120) Il paragrafo di Giuliano (*Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filiusfamilias*, § *titio*) insegnava che, qualora io avessi donato una somma a Tizio perché egli acquistasse il servo Stico, tale

cursiana, che poteva anche essere stata dettata da motivi di prudenza, appunto per evitare la troppo frequente applicazione della regola ‘cessante causa cessat effectus’, inutilizzabile nei confronti della causa impulsiva, e per impedire quindi che troppi negozi venissero invalidati.

Restando confinata tra gli atti di liberalità, la teoria della glossa poteva venire sottoscritta da chiunque; persino un assertore della causa finale come Dino del Mugello non ebbe difficoltà ad ammetterla, sia nel commento al paragrafo che già aveva sollecitato la glossa accursiana, sia completando la sua spiegazione della regola *decet* di Bonifacio VIII (121). Viene tuttavia spontaneo di supporre che il punto di vista di Accursio sia stato facilitato dalla preminenza logica della causa impulsiva, che all’epoca dei glossatori risentiva ancora del peso della vecchia definizione di Papias e della fresca introduzione della causa finale nel diritto.

I guai vennero quando si cominciò ad attribuire un’efficacia più generale alla regola. E allora Cino da Pistoia, pochi decenni più tardi, poté ironizzare sulla facilità della glossa e deprecare l’ingenuità con cui questa aveva creduto di raggiungere soluzioni univoche: «...se expedit uno verbo...», lamentò infatti il commentatore con sufficienza (122).

In realtà già da tempo erano cominciate le distinzioni: e si eran per lo più richiamati quegli stessi motivi, venuti in uso a scopi definitori, sui quali si è sopra fermata l’attenzione. Il Belleperche (123) aveva fatto leva sulla teoria di Guido de Guinis, che aveva visto la causa finale là dove intervenisse l’utilità dell’agente o di terzi, e l’impulsiva dove si configurasse quella del destinatario: e aveva trasformato questa regola in un mero criterio di presunzione. È singolare che Guglielmo Durante, spostando il quesito sul terreno normativo, giungesse a conclusioni diametralmente opposte, avvertendo che la causa di una disposizione è finale quando

ultima clausola «...causa magis donationis quam conditio dandae pecuniae existimari debet...». Accursio, forte ormai della tendenza, da qualche decennio sviluppatasi presso i glossatori, ad assimilare il concetto di condizione a quello di causa finale, spiegherà: *causa magis*, «id est modus liberalitatis: et sic fuit impulsiva, non finalis causa...»; e poco oltre aggiungerà: «...in dubio autem praesumam non finalem...».

(121) Reg. 16, VI, *de regulis iuris*.

(122) CYNI *Comm. in Cod.* 1, 3, 51[52], *de episcopis et clericis*, l. *generaliter* (inserito nel *Comm.* al titolo seguente, *de episcopali audientia*), nr. 5.

(123) Cfr. MEIJERS, *Les théories médiévales*, cit., p. 383.

rappresenti una situazione favorevole al soggetto cui la norma si rivolge, impulsiva invece nel caso contrario (124).

È difficile definire gli atteggiamenti mentali che hanno condotto Guglielmo a proiettare la causa *favorabilis* nel futuro, in uno scopo da raggiungere, e a scorgere invece la causa *odiosa* nella statica situazione di fatto da cui prendesse origine la manifestazione di volontà; così come è difficile scoprire i presupposti teorici che hanno portato Guido de Guinis e il Belleperche a conclusioni contrarie. Probabilmente il significato di questa divergenza sta solo in ciò che i giuristi si lasciavano guidare dalle esigenze tecniche che, volta per volta, si rivelavano confacenti ai singoli problemi giuridici. Anzi, proprio questo tentativo di spezzare analiticamente l'indagine per adeguarla alle varie fattispecie giustifica forse le casistiche complesse già dei primi commentatori.

Si tralasci pure quel particolare favore per la *causa pia* che li condusse a considerarla sempre finale, affinché ogni atto che non fosse stato in grado di realizzare quella causa potesse considerarsi nullo o inefficace. Le argomentazioni di maggior peso si appoggiavano piuttosto alla distinzione tra causa *praeterita* e *futura*, di cui s'è detto più sopra, oppure si rifacevano a un criterio, facilmente desumibile dalle fonti romane, che consigliava di indagare se la causa fosse stata determinante per l'agente o non lo fosse stata: e si sarebbe avuta, rispettivamente, una presunzione di causa finale o di impulsiva. Sono questi, in fondo, i pilastri sui quali poggerà il pensiero del Belleperche e di Cino da Pistoia e serviranno poi al Bottrigari per la sua costruzione ancora più massiccia (125): al pensiero di quest'ultimo, poi, attingeranno a man salva tutti i giuristi posteriori, i quali non riusciranno a mutarne gran che la consistenza, sebbene l'ansia di rendere sempre più completa la casistica li solleciti a offrire qualche precisazione o anche taluni criteri nuovi, ma tutti di modesta importanza (126).

Parve alla tarda scuola che uno dei criteri dal quale desumere quando la causa fosse impulsiva e quando finale potesse consistere nell'accertar se il suo

(124) GULIELMI DURANTIS *Speculum*, III, part. 2 *de disputationibus et allegationibus*, § 4 *post hoc autem*, nr. 12: «...causa autem finalis est, cum constitutio *ob favorem* inducta est, ut cum in favore condemnati statutum est quod possit a gravamine appellare...». Per converso si dovrà parlare di causa impulsiva «...cum *in odium* alicuius aliquid statuitur...» (*ibid.*, nr. 13).

(125) Cfr. *supra*, nota 92.

(126) Bartolo, per esempio, sembra seguire pedissequamente la casistica del Bottrigari: cfr. BARTOLI *Comm. in Cod.* 12, 6, 52, *de conditione indebiti*, l. *damus*, nr. 4.

estinguersi comportasse o non l'inefficacia dell'atto (127): ma una tale formula non era che il corollario della comune interpretazione di un noto adagio: 'cessante causa cessat effectus'.

21. Era un adagio diffuso sin dal tempo dei primi glossatori, e sembra lecito immaginare che questi, dal magistero delle Arti, avessero avuto conoscenza della *maxima propositio* enunciata da Boezio: «...causa ab effectis suis non separari...» (128).

Ed è forse proprio perché si perde nelle nebbie dell'insegnamento altomedievale che l'origine di questo adagio e il suo ingresso nel campo del diritto sono apparsi misteriosi a certa storiografia (129). Se infatti l'impossibilità d'individuare la derivazione da fonti romane ha spostato recentemente l'attenzione (130) su fonti canonistiche — il Decreto stesso enuncia la massima esplicitamente —, il fatto ch'essa risulti nota anche ai civilisti intorno alla metà del secolo XII — sembra l'adducessero Bulgaro e Iacopo in una loro polemica — postula una più antica radice comune alle due scuole. In ogni caso i rapidi progressi ch'essa fece son confermati dall'efficacia presto riconosciuta nei campi più svariati, di modo che la si trasformò di buon'ora in uno strumento logico proprio della teoria generale (131).

(127) Così, proprio in materia legislativa, si svolge il pensiero del Decio: cfr. PHILIPPI DECII *Super Decretal. Comm.* in c. 60, X, II, 28 *de appellationibus*, c. *cum cessante*, nr. 14. Se per l'innanzi i ragionamenti dei giuristi avevano normalmente preso come punto di partenza il quesito se la causa fosse finale o impulsiva, per giungere ad applicare la regola 'cessante causa' solo nell'ipotesi che fosse risultata del primo tipo, ora l'ordine del procedimento viene rovesciato, e dalla riscontrata efficacia della massima viene dedotta la qualità della causa. Era un'applicazione di ovvi principi logici certo non nuova nella tarda scuola: non è escluso che tra i primi ad adottarla, seppur senza farla assurgere al rango di un metodo ufficialmente consacrato, fosse addirittura AZZONE (cfr. i *Brocardica*, rubr. XXIII *de feudis et beneficiis et causis*, nr. 22).

(128) BOETHII *In Topica Ciceronis Commentaria*, V, ed. MIGNE, *Patr. lat.*, LXIV, col. 1080.

(129) Si accontenta di questa malinconica constatazione, senza spingere oltre l'indagine, lo CHÉVRIER, *Essai*, cit., p. 45.

(130) KRAUSE, *Cessante causa cessat lex*, in *Zeitschr. Sav. Stift.*, LXXVII, *Kan. Abt.*, XLVI, 1960, p. 82 sgg. Qualche esposizione della dottrina canonistica — intorno all'efficacia della massima in quella materia normativa che qui più interessa — avevano offerta soprattutto il BRYS, *De dispensatione in iure canonico praesertim apud decretistas et decretalistas*, Bruges-Wetteren, 1925, p. 135 sgg., 234 sgg. e il LINDNER (vedi KRAUSE a p. 89-90).

(131) Già il Révigny si mostrerà compiaciuto della grande efficacia della regola: «...Habetis hic quod cessante causa cessat effectus, quod verum est *et in causa legis, et in causa pacti, et in*

Dopo la testimonianza di talune raccolte di dissensi — ove la regola figura come l'argomento proposto da Iacopo per dimostrare che la carenza del giudice autorizza il privato a farsi ragione — v'è un esempio sicuro di poco posteriore che suggerisce proprio un'applicazione al campo legislativo: le *Questiones de iuris subtilitatibus* spiegano infatti che soltanto qualora la causa della legge sia temporanea e non perpetua «...ea cessante cessabit prohibitio legis...» (132). Già nel bisogno di inserire quella distinzione nel meccanismo del brocardo si svela quale fosse il problema principale che esso poneva al giurista: occorreva rendere la massima più duttile per adeguarla ai singoli casi previsti dal diritto; né era in effetti cosa da poco l'introdurre nella realtà giuridica un precetto che risentiva ancora troppo delle origini affondate nel mondo astratto della filosofia altomedievale. E per giungere a una applicazione per quanto possibile uniforme, e comunque razionale, il giurista non poteva procedere altrimenti se non togliendo validità al precetto in certi casi e conservandogliela in altri, ossia procedendo per distinzioni, secondo l'uso scolastico.

Ora, l'impostazione che al problema diedero le *Questiones* si inserisce proprio negli indirizzi iniziali che concentrarono l'analisi sul primo dei due termini contenuti nel brocardo, cioè sul concetto di causa, quasi volendosi trovare in

testamentis...» (IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* — attr. al Belleperche — in *Cod.* 1, 3, 51, *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*).

(132) Già la *Vetus collectio* (§ 38, ed. HAENEL, *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, p. 26 sg.) ricorda che l'origine della polemica stava nel quesito se il cittadino *qui ius sibi dicit* fosse sempre assoggettato alla sanzione della perdita del proprio diritto o non lo fosse: «...argumentatur Iacobus — narra la *collectio* — cum quis rationem habere non potest, si ius sibi dicat, non amittere ius suum, cum iudiciorum vigor iurisque publici tutela ideo in medio sit constituta, ne quis valeat ultionem sibi sumere; remota ergo causa removetur et effectus...» (un sintetico commento a questa polemica e ai suoi svolgimenti successivi ha già offerto il MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVII, 1940, p. 126 sg.). Abbia o non Martino adottato la medesima argomentazione, certo è che la *Vetus collectio* e la raccolta di ROGERIO (§ 9, ed. cit., p. 78) pongono il suo nome tra quelli dei difensori dell'idea di Iacopo, mentre la *collectio* di UGOLINO aggiunge ora il nome di Ugo (§ 120, ed. cit., p. 351 sg.), ora quello —addirittura — d'Irnerio (§ 377 in pr., ed. cit., p. 506 sg.).

Quanto alla problematica delle *Questiones de iuris subtilitatibus*, si veda il tit. III *de legibus et constitutionibus*, § 5, ed. FITTING, cit., p. 58, ed. ZANETTI, cit., p. 19 sg.; qualche altra fonte antica è stata ultimamente ricordata dal KAUFMANN, «*Causa debendi*» und «*causa petendi*», cit., p. 125, nota 102.

certi suoi modi di atteggiarsi la capacità di condizionare o non la durata dell'effetto.

Più o meno nello stesso giro d'anni il Piacentino portava la regola anche nel campo delle azioni, riferendola in particolare a quell'*actio ad exhibendum*, le cui condizioni di ammissibilità offrivano problemi delicati. Il Piacentino ragiona così: se ogni richiesta di *exhibitio* deve essere suffragata da una *causa honesta*, se ne deduce logicamente che «...probabili causa cessante, haec actio cessat: puta si quis dicat interesse sua, alterius rationes et summas sibi exhiberi, ut eis exhibitis doctior et beatior efficiatur...» (133).

Spostata da una materia all'altra, con Giovanni Bassiano la regola mostra finalmente il suo valore generale. In quel *Libellus de ordine iudiciorum*, che palesò al Seckel l'influenza della prima Scolastica francese — particolarmente nel gusto dell'opposizione di principî contrari in quei *generalia* che, da Pillio in poi, acquisteranno il nome classico di *brocarda* (134) —, Giovanni testimonia che si erano già racchiuse in un preciso elenco tutte le *concordantiae* allegabili in pro dell'efficacia della massima e tutte quelle contrarie (135). Può essere interessante osservare che lo spunto per la trattazione veniva da una legge del Digesto ov'era consentito ai *rustici* di non rispondere a una chiamata in giudizio durante il tempo delle messi, e il medievale si domandava se la norma andasse estesa al *vir scholasticus* o ad altri che non fosse impedito dai lavori dei campi (136): norme, e problema, che diver-

(133) PLACENTINI *Summa Codicis*, III, 42 *ad exhibendum*, ca. pr.

(134) SECKEL, *Ueber neuere Editionen juristischer Schriften aus dem Mittelalter*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, XXI, 1900, p. 289.

(135) IOANNIS BASSIANI *De ordine iudiciorum*, § 69, ed. TAMASSIA e PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, II, p. 220: «...Unde queritur si eo tempore vocetur vir scholasticus vel etiam alius qui non impeditur rebus rusticis, utrum hanc possit declinationem habere. Quod non possit probatur per legem ff. de iudiciis, l. de eo et l. quid enim (*Dig.* 5, 1, 26 e 27); et omnes concordantias illius generalis 'sublata causa vel cessante tollitur vel cessat effectus'. Dico tamen quod declinabit quia ista prohibitio generalis est; et pro me allego legem illam ff. qui et a quibus manumissi, l. prospexit legislator (*Dig.* 40, 9, 12) et concordantias illius generalis 'causa sublata vel cessante non tollitur eius effectus neque cessat' et totum aliud generale 'standum est legis generalitati', ut ff. de testamento militis, l. in fraudem, in fine legis (*Dig.* 29, 1, 15)...».

(136) *Dig.* 2, 12, 1. Quanto alle altre applicazioni ch'egli fece della regola, una *quaestio* di GIOVANNI l'applicò discutendo sulla reversibilità al patrono dei beni donati a un monastero, qualora questo fosse stato successivamente 'assorbito' da altro ente (SECKEL-GENZMER, *Die Quaestiones Vindobonenses des Johannes Bassianus*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LV, 1935, *quaestio* IV,

ranno uno dei consueti punti di appoggio per gli approfondimenti della regola 'cessante causa cessat effectus'. Alla stessa fonte romana, d'altronde, si rivolge anche quell'*Ordo invocato Christi nomine*, che fu già attribuito a Pillio e risale forse a Bencivenne da Siena (137): vi si narra come taluno sostenesse che la legge in questione fosse applicabile ai soli contadini perché «...sublata causa vel cessante, tollitur vel cessat effectus...». Ma l'autore reagisce contro quest'opinione schierandosi con quella opposta, che già era stata difesa dal Bassiano, era divenuta dominante e sarebbe stata consacrata dalla glossa ordinaria (138): «...sed non bene dicunt, quoniam ferie invente sunt propter publicam utilitatem, igitur omnibus, tam occupatis quam non occupatis, debent vacationem prestare... item et alia ratione, quoniam ista prohibitio generalis est... et standum est legis generalitati... et hec consuetudo, que est optima legum interpres, magis approbat et hodie sic firmiter tenetur et observatur inter omnes...» (139).

22. Il tormentato frammento del Digesto costituiva un punto dolente proprio perché sfuggiva all'efficacia della regola, ma non mancavano leggi che questa invece suffragavano. Azzone fa delle une e delle altre un elenco piuttosto completo nei suoi *Brocarda*. Se egli stesso nella *Lectura Codicis* non perde occasione di citar la massima ogni volta che incontra un'*auctoritas* adeguata (140), nei *Brocarda* egli

p. 340 sg.); una notizia tramandata da UGOLINO sembra testimoniare un richiamo in materia di diritto processuale (*Dissensiones*, § 66, ed. HAENEL, cit., p. 306: il passo è ricordato dal SÖLLNER, *Die Causa im Konditionen- und Vertragsrecht*, cit., p. 196); si sa anche che Giovanni allegava la massima persino in *consilia*, in vista della soluzione di casi pratici (cfr. MEIJERS, *Les glossateurs et le droit féodal*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XIII, 1934, p. 148, § 16, ora in *Etudes*, cit., III, p. 276 sg.).

(137) Cfr. KANTOROWICZ, *Studies*, cit., p. 72.

(138) Nella gl. *occupati* in *Dig.* 2, 12, 1 pr., *de feriis et dilationibus*, l. *ne quis messium*. È da notare che, tra le più mature argomentazioni d'Accursio, rientra quella già divenuta dominante in séguito all'insegnamento di Azzone, ossia che, applicandosi la regola 'cessante causa' solo in fatto di causa finale, il brocardo non poteva quindi avere efficacia nel caso prospettato, e non poteva impedire che il divieto di ogni chiamata in giudizio dei contadini in tempo di messi o di vendemmia fosse esteso anche al *miles* o al *clericus*, che pure «...procul a rure sunt...»: perché la speciale condizione dei contadini era stata una mera causa impulsiva e non finale della legge.

(139) *Ordo invocato Christi nomine*, parte I, ed. WAHRMUND, *Quellen*, cit., V, fasc. 1, p. 20 sg.

(140) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *si conversi fuerint* in *Auth. idem est post Cod.* 1, 5, 19, *de*

si spinge assai più in là, ed enuncia alcuni dei principî che reggono l'utilizzazione della regola. Il primo, pur essendo abbastanza ovvio, ebbe un'importanza storica notevole e fu ripetuto a lungo: se la causa cessata non sia sola e ne rimangano altre, l'effetto potrà e dovrà continuare a prodursi. Il secondo criterio è di gran lunga più importante e si riferisce alla distinzione tra la causa impulsiva e la finale: per quanto riguarda la prima l'adagio non si applica, per quanto riguarda la seconda invece sì (141): le più larghe applicazioni sono fornite da quella materia della *condictio*, a proposito della quale si è già visto con quanta insistenza fosse affiorata la separazione della causa *de futuro* da quella *de praeterito*, binomio che appunto si mostra presto equivalente alla coppia causa finale-impulsiva (142). L'utilizzazione della regola in questa materia verrà naturalmente consacrata da Accursio (143), ma nel suo pensiero essa invade ormai con particolare forza i campi più diversi, e soprattutto quello normativo.

Ritenere estinta una legge per l'estinguersi della sua *causa finalis* non significava soltanto inserire il congegno meccanico d'un aforisma nella macchina di un istituto.

haereticis et manichaeis, l. *cognovimus*, nr. 18 in fi.; gl. *ne quisquam* in *Cod.* 1, 9, 14, *de iudaeis et caelicolis*, l. *nullus*, nr. 3 in pr., ecc.

(141) AZONIS *Brocardica*, rubr. XXIII *de feudis et beneficiis et causis*. Dopo aver riportato numerose fonti *pro* e *contra* l'efficacia della massima (nrr. 19 e 20), ne argomenta anzitutto l'inapplicabilità in relazione a quella «...causa quae non assignatur, et si sit sufficiens non tamen sola, unde ea cessante non cessat eius effectus...» (nr. 21), per poi dilungarsi sulla distinzione che più gli sta a cuore: «...causa cessante etc.: hic distinguitur causa finalis ab impulsiva: causa enim finali cessante cessat effectus, et in hac rubrica — che verte, si ricordi, sui benefici feudali — est causa finalis, qua deficiente lex vel homo voluit finire beneficium: contra vero si sit impulsiva, puta quod ideo me impulit ad donandum amicus meus, quod te id mihi fecisse, vel facturum putem: nam nihilominus habet locum effectus...». E richiama taluni passi del Codice (nr. 22).

(142) Così Azzone — pur dopo aver adottato in un primo tempo la terminologia fino allora dominante e aver affermato che la *condictio* si dà *ob causam futuram* — preferisce poi spiegare che «...inducit autem istam actionem causae defectus... hoc ita *si causa fuerit finalis*, id est quae finita vel non completa voluit uterque restitui quod datum est: secus *si fuerit impulsiva causa*, id est in corde tradentis retenta, ob quam impellebatur animo suo ad dandum...»: e occorre appena notare come su tale distinzione s'innesti l'altra — che si è già vista cara al glossatore — tra *causa expressa* da una parte e *causa tacita* o, appunto, *in corde retenta*, dall'altra (AZONIS *Summa Codicis*, IV, *de conditionibus ob causam datorum*, nr. 3).

(143) Con l'espresso richiamo all'insegnamento di Azzone: cfr. gl. *non secuta* in *Cod.* 4, 6, 6, *de conditione ob causam datorum*, l. *cum ancillam*.

Ben più: era l'affermazione del valore *ad substantiam* riconosciuto a quel principio di giustizia cui il legislatore si era ispirato e che la causa finale rappresentava.

È ben noto che la fonte prima della glossa fu a questo proposito il frammento ulpiano ove si narrava di un editto pretorio emanato per proibire alle donne di rappresentare altri in giudizio: lo scopo era stato quello di tutelare la pudicizia del sesso; l'occasione il grave scandalo offerto da una donna di cattivi costumi in un processo (144). Accursio si era domandato se, nel caso si fosse presentata in giudizio una donna onesta, la proibizione fosse caduta per mancanza di causa: ma la risposta negativa gli era stata suggerita dal fatto che lo scandaloso comportamento di Calpurnia aveva costituito la causa impulsiva, ma non quella finale dell'editto, e la regola 'cessante causa' vigeva invece per questa e non per quella.

Non v'è bisogno di soffermarsi sulle altre fonti cui attinsero gli interpreti medievali (145); ci si può contentare di mettere in rilievo come la soluzione accursiana non sia stata più toccata. Quando Dino del Mugello, fautore dell'identificazione della causa finale con la *ratio*, la riprenderà, essa potrà riemergere in una formulazione che, pur del tutto equivalente all'altra, toglierà definitivamente ogni motivo di discussione: «...ubicumque cessat *ratio* legis cessat et lex...» (146).

(144) Cfr. *Dig.* 3, 1, 1, 5, *de postulando*, l. *hunc titulum*, § *secundo loco* e la gl. *causam*, ivi. Occorre inoltre ricordare come uno degli spunti più sfruttati dalla dottrina medievale, a proposito della cessazione della *causa legis*, fosse offerto da un noto frammento di Papiniano in tema di legati: materia imperniata su un istituto che rappresentava forse la più significativa tra le manifestazioni unilaterali di volontà, e i giuristi intermedi sentivano quindi strettamente collegata con il problema della legge. La famosa asserzione che «...falsam causam legato non obesse verius est...» (*Dig.* 35, 1, 72, 6, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *cum tale*, § *falsam causam*) non poteva fare a meno di dar fastidio agli interpreti: è già noto che Accursio se l'era cavata osservando: «...secus autem est in ratione legis, nam ea cohaeret in tantum, ut ea cessante cesset lex...» (gl. *non cohaeret*, ivi). Qui basti ricordare come i giuristi successivi abbiano talvolta equivocato sulla pur significativa sostituzione del concetto di *ratio legis* a quello di *causa* (cfr. BARTOLO, *Comm.* alla legge cit., § *quod autem* [2], nr. 18); taluno, poi, prese alla lettera la soluzione accursiana scavando una frattura concettuale tra la causa del legato e quella della legge: la fonte romana costituì comunque sempre una spinta all'indagine dell'applicazione del brocardo 'cessante causa etc.' al fenomeno normativo.

(145) Cfr. l'esposizione di tutta la materia in CALASSO, *Causa legis*, cit., p. 31 sgg.; ID., *Il negozio giuridico*, cit., p. 235 sgg. Anche, da ultimo, KRAUSE, *Cessante causa*, cit., p. 92 sgg.

(146) DYNI MUXELLANI *Cons.* 49, nr. 1.

La formula di Dino, in fondo, non sarà il frutto di una semplice sostituzione di parole nell'enunciato di una regola ormai tradizionale; essa costituirà piuttosto l'ultimo risultato di quella tendenza a una valutazione sostanziale della norma che aveva già portato ad affermare la necessità della sua *rationabilitas*: quell'esigenza, per intenderci, che condurrà più tardi qualche canonista a mutare alquanto i termini della regola, spostandone il problema sul quesito se *cessante causa* la costituzione divenga *irrationabilis* o non (147).

Ma torniamo ai glossatori.

23. Se specialmente tra i civilisti l'entusiasmo per il brocardo, e la comodità del criterio che esso offriva per spiegare questioni innumerevoli, condusse talvolta a una sua applicazione troppo meccanica (148), assai più spesso il precetto venne esaminato con prudenza: e ciò accadde soprattutto nella materia legislativa. È facile comprendere come qui l'investigazione dovesse farsi delicata, perché a maneggiare la formula in modo troppo rigido si rischiava di attentare a quella *auctoritas legis*

(147) BELLAMERAE *Comm.* in c. 4, X, II, 4 *de consuetudine*, c. *quanto*. L'identificazione della *causa* e della *ratio legis* era d'altronde anche il portato di quel potenziale di *rationabilitas* che — soprattutto dopo Dino, come già ci è noto — la causa ebbe sempre a racchiudere: Baldo è perfettamente consapevole del fenomeno e proclama «...quod illa dicitur causa, cui ratio inest, nam si ratio non inest, non dicitur causa proprie sed abusive...» (cfr. BALDI *Super Decretal. Comm.* in c. 8, X, III, 1, *de vita et honestate clericorum*, c. *monasterium* [*monasteria*], nr. 2).

(148) Così il meridionale Francesco di Telese, allorché tra il terzultimo e il penultimo decennio del Duecento glossò le Istituzioni, si chiese a un certo punto se il cittadino cui fossero stati requisiti dei terreni per motivi bellici potesse *automaticamente* — *auctoritate propria* — riprenderne il possesso alla fine della guerra. E si convinse che lo poteva non solo in virtù dell'Auth. *si servus* (post *Cod.* 1, 3, 36, *de episcopis et clericis*), ma soprattutto in forza della regola che, cessando la causa, impone il cessar dell'effetto (FRANCISCI de THELESIA gl. in *Inst.* 4, 6 *de actionibus*, ed. MEIJERS, *Iuris Interpretes saec. XIII*, Neapoli, 1925, p. 171). Il momento più interessante del quesito e della soluzione sta nell'ipotesi della capacità del privato a rientrare nel possesso dei suoi beni *auctoritate propria*: non si tratta quindi soltanto di riconoscergli un diritto sostanziale, ma di ritenere del tutto cancellati sia il diritto della *civitas*, sia l'intera situazione creata dalla guerra, quasi il ritorno della pace potesse *meccanicamente* — e senza alcun intervento del potere pubblico — riportare quella situazione in pristino e far svanire persino il ricordo delle vicende intermedie: l'applicazione della regola 'cessante causa etc.' somiglierebbe così allo scattare d'un congegno.

che, inquadrata nell'alto concetto in cui si teneva la norma imperiale, esercitava una forte pressione sul pensiero dei giuristi.

È forse proprio in virtù di questi presupposti spirituali che qualche autore raggiunse posizioni estremiste, e si mostrò addirittura scettico sulla validità della formula nel campo legislativo: a ben vedere, tali atteggiamenti erano il frutto d'uno spostarsi del punto di vista dal quale il brocardo veniva esaminato, perché il giurista tralasciava l'indagine della *causa* per focalizzare l'altro termine della regola, cioè l'*effectus*. Il che equivale a dire che la ricerca era spinta a investire la natura della legge stessa.

Quest'ultimo indirizzo si svolge soprattutto presso i canonisti; già nella glossa ordinaria al Decreto appare saldamente impostata una teoria che avrà vita lunga e una certa diffusione e che in definitiva vuole far dipendere l'applicazione del precetto dalla disciplina specifica dell'ordinamento: «...constitutio... tunc cessat, quando *hoc in iure exprimitur* quod cessare debeat...» (149).

È una precisazione che sembra togliere alla massima la capacità di trasformare la propria forza logica in un'azione invalidante della norma, attenua di riverbero l'importanza della causa accentuando invece quella dell'*auctoritas legis*. I decretalisti d'altronde la riprenderanno: Bernardo da Parma la porrà accanto alle distinzioni tra causa finale e impulsiva, tra *dispensatio* e *ius commune*, quando elencherà i criteri che governano l'applicabilità della formula (150).

(149) Gl. *causa* in c. 9, D. LXI, c. *neophytus*.

(150) Gl. *cessante* in c. 11, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *post translationem*: «...si per causam fiat dispensatio vel aliquid consimile, cessante causa cessat factum est ex causa... *si vero ius commune statutur ex causa, licet causa cesset, tamen remanet ius quod statutum fuit ex illa causa*, ff. de postulando, l. I, § sexum (*Dig.* 3, 1, 1, 5)... vel sic, licet causa impulsiva cesset, remanet ius quod ex ea statutum est... si finalis est causa, quamdiu durat causa, durat quod ex causa statutum est, vel quod ex illa causa sit, ea vero cessante cessat constitutum ex illa causa... vel *cessat, quod ex causa constitutum est, quando ex constitutione dictum est, quod causa cessante cessat constitutio...*». BALDO, nel commento allo stesso capitolo (nr. 6), se la prende con Bernardo perché ritiene che questi voglia limitare l'efficacia della regola 'cessante causa etc.' all'ipotesi «...si lex est dispensatio...», e la neghi «...si sit ius commune, quia tunc licet cesset causa remanet iuris auctoritas...». Colga o non nel segno, la critica di Baldo si fonda su un'interpretazione del passo di Bernardo ch'è oltremodo interessante, perché rivela come la problematica canonistica in materia si concentrasse sull'antitesi tra l'*auctoritas* e la *causa legis*. Quanto poi al giudizio negativo sull'impostazione del suo predecessore, egli lo formula forse in modo

Date queste premesse, si comprende come qualche corrente estremista porti alle ultime conseguenze l'atteggiamento sospettoso verso la massima, e ne dichiara addirittura — come si è accennato — l'inapplicabilità al fenomeno legislativo. Sono voci rare, è vero; la più autorevole risale forse a Domenico da San Gimignano (151), essa è ripresa da qualche scolaro minore di quel canonista, ma la sua eco si spegne presto: e la teoria che esige sempre una revoca espressa per l'estinzione dalla legge verrà tutt'al più ricordata in séguito per mera istanza erudita. Comunque non è un caso che proprio nell'opera sulle Decretali, che egli scrisse cioè in veste di canonista, Baldo sottoponga l'efficacia della regola a una nuova condizione, ossia che la causa della norma sia stata espressa in una *clausula formalis*, escludendo così dal discorso quella manifestata da una generica *clausula coniecturalis*: né la limitazione appare meno importante per il fatto di venir proposta solo in tema di consuetudine e di *dispensatio* (152).

Potrebbe apparire singolare che tutte queste voci vengano dal campo canonistico, perché proprio qui era facile trovare argomenti espliciti a sostegno della regola

tropo rigido, perché la glossa ordinaria, nell'accavallar l'una all'altra teorie contrastanti, palesa l'intenzione di riportare piuttosto le varie idee correnti nella scuola, anziché quella di prendere decisamente posizione. Non altrimenti deve interpretarsi il largo posto fatto — oltre che all'antica tendenza canonistica volta a salvare l'*auctoritas legis* pur nel cessare della *causa* — anche all'indirizzo civilistico che, imperniando la soluzione sul distacco tra la causa impulsiva e la finale, caldeggiava conclusioni contrarie. Comunque, lo stesso pensiero canonistico posteriore a Bernardo troverà il modo d'interpretare restrittivamente gli angoli visuali canonistici fin qui descritti: e riprendendo l'importante partizione tra norma che statuisca *secundum ius commune* e norma che *contra ius commune dispensatur* dirà che la prima si estingue soltanto se la causa sia legata a una situazione temporanea, la seconda cade invece ogni volta che «...nullae reliquiae prioris causae remanent...» (così già IOANNIS ANDREAE *Novella Comm.* in c. 10, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *nisi cum pridem*, nr. 29). In tal modo, per chi ricordi taluni motivi dei civilisti, il contatto tra questi e i canonisti — che pur avevano imboccato all'inizio strade divergenti — appare infine stabilito.

(151) DOMINICI DE SANCTO GEMINIANO *Comm.* in c. 2, VI, III, 7 *de concessione praebendae*, c. *de testanda*, nr. 2: «...nota quod cessante causa constitutionis per hoc non videtur cessare dispositio legis: si aliter non revocetur...».

(152) «...Cessante causa consuetudinis vel dispensationis, *expressa in ea ita quod sit clausula formalis et non coniecturalis*, cessat consuetudo et dispensatio, si causa seu ratio est de tenore statuti: alias non, nisi esset dispensatum causa necessitatis...» (BALDI *Super Decretalibus Comm.* in rubr., X, I, 4 *de consuetudine*, nr. 25).

‘cessante causa cessat effectus’ (153): in effetti ancor prima di Giovanni Teutonico, i decretisti avevano rivelato di conoscere perfettamente il precetto e di maneggiarlo con disinvoltura nei campi più disparati del diritto (154). Sicché viene naturale di dedurne che la diffidenza manifestata da talune correnti dottrinali non fosse dovuta a un imperfetto funzionamento del congegno della formula, ma piuttosto a un particolare angolo visuale di certi canonisti su tutto il problema della legge e a una preminenza assegnata agli aspetti formali di questa: in particolare, appunto, a quell’*auctoritas* di cui si è detto prima.

È certo che il sospetto dei canonisti si esplicò soprattutto nel campo del diritto singolare: ne fa fede già la glossa al Decreto quando avverte che la cessazione della causa deve verificarsi «...actu et exemplo, id est ut non possit trahi in perniciem exempli...»: e coglie l’occasione per aggiungere che la norma può estinguersi soltanto qualora tutte le sue cause siano cadute, ossia l’impulsiva, la finale, l’efficiente e l’occasionale (155). Il *ius singulare* apriva evidentemente le porte a maggiori possibilità di abusi; ma ciò non toglie che la prudenza dei canonisti toccasse punti che gli studiosi delle *leges* non sembra raggiunsero.

(153) Ne è ricordato il maggior numero nella gl. *cessante* in c. 11, X, I, 9 *de renunciatione*, c. *post translationem*. Se ne veda, comunque, l’elenco e l’illustrazione in KRAUSE, *Cessante causa*, cit., p. 82 sgg.

(154) Tra i più inclini ad utilizzarla è Stefano Tornacense: ora in tema di restituzione delle cariche agli ecclesiastici che, essendone stati privati per punizione, abbiano poi fatto penitenza (cfr. gl. *bene... propter simulatas* in c. 23, D. L, nella *Summa*, ed. SCHULTE, Giessen, 1891, p. 71); ora in problemi squisitamente politici, come quello relativo ai diritti dell’imperatore nell’elezione del pontefice, dopo le graziose concessioni fatte da Adriano a Carlo Magno: e qui le tendenze antimperiali del decretista reagiscono contro il tenore della fonte stessa ch’egli glossa: «quod hic legitur Adrianus concessisse Karolo, alii imperatores remiserunt postea beato Petro, vel quia id factum est ex necessitate, cessante causa debet pariter cessare quod urgebat» (gl. *Adrianus* in c. 22, D. LXIII, ed. SCHULTE, cit., p. 91). Suggestivo com’è questo ultimo esempio, esso torna a conferma di quanto, in fondo, si sapeva già: ossia che all’epoca di Stefano la distinzione tra causa finale e impulsiva non era ancora venuta a precisare la portata del brocardo. Se fosse stato altrimenti, è probabile ch’egli non avrebbe commesso l’errore — a onor del vero meno grave per il canonista di quanto lo sarebbe stato per il civilista — di applicare la regola a un tipo di causa che, secondo la descrizione contenuta nel Decreto, rientra chiaramente nella categoria dell’impulsiva.

(155) Gl. *causa* in c. 9, D. LXI, c. *neophitus*.

24. È vero, però, che si è tentati di avvertire analoghe esigenze di cautela in qualche impostazione civilistica che ebbe una certa voga, e dal tempo di Dino del Mugello fu spesso ripetuta: ossia che la regola svolgesse la sua funzione solo allorché la *cessatio causae* — e secondo l'insegnamento azzoniano doveva trattarsi della *causa finalis* — avvenisse in modo completo, senza lasciare *reliquiae* dietro di sé (156).

La tesi riporta in superficie quella consapevolezza dell'esistenza d'un processo vitale della causa che animava l'analisi della sua efficacia in rapporto a singole fasi cronologicamente determinate. Ossia — potremmo dire — ne 'storicizzava' l'indagine: consapevolezza che aveva già dato frutti nell'età della glossa, quando aveva condotto a definir le cause perpetua e temporanea, *praeterita* e *futura*, *remota* e *proxima* (157). All'epoca del Belleperche essa sollecita la distinzione

(156) Cfr., per es., un'*additio* di DINO alla gl. accursiana *causa magis* in *Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filius*, § *titio* (= *tertio*): «aut est certum causam esse impulsiva[m], aut certum esse finalem, aut dubium est. Primo casu cessante causa non cessat effectus, ut hic. Secundo subdistingue, aut in totum cessat, aut remanent alique reliquie. Si in totum, cessante causa cessat effectus, ut hic. Si remanent alique reliquie non cessat, infra, de decurionibus, l. finali (*Dig.* 50, 2, 14) et de questionibus, unius, § *servus* (*Dig.* 48, 18, 18, 6) cum finali. Ar[gumenta] ad hoc, supra, de inofficioso testamento, papinianus, § *nec impubes* (*Dig.* 5, 2, 8, 16); supra de vulgari et pupillari substitutione, l. ex duobus (*Dig.* 28, 6, 34) et l. finali, et ibi no[tavi]. Tertio contrarium (= casu) dic ut dicitur hac lege, et sic solvitur broccardum. dy.» (VATICANO, *Vat. lat.* 1423, fo. 19va e *Vat. lat.* 1422, fo. 15vb e 16ra: in quest'ultimo il passo è però sbiadito). Cfr. anche DYNI MUXELLANI *Comm.* in reg. 16, VI, *de regulis iuris*, reg. *decet*. Se la tesi è riesposta da BARTOLO (*Comm.* in *Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filius*, § *titio*, nr. 3), con Baldo la dottrina torna alle vecchie espressioni, evitando di ipotizzare la sopravvivenza di *reliquiae* e limitandosi a richiedere che cessi *omnis ratio* perché scatti il congegno della regola. Ma quanto più interessa nel frammento di Baldo è l'innesco di una nuova e suggestiva problematica, particolarmente collegata col fenomeno normativo, e a sua volta risolta con un'altra distinzione: occorre vedere se la *ratio* che si estingue è contenuta nella norma e descritta nei *verba* — e si tratterebbe allora della più genuina *mens legis* il cui cadere comporterebbe ovviamente l'estinguersi della disposizione —, o se invece essa «... venit interpretative per aliam legem...», nel qual caso occorrerebbe ulteriormente indagare se la *causa* o *ratio* fosse *probabilis non necessaria* o *probabilis necessaria*, se il permanere in vita della legge avesse come conseguenza uno stato di cose assurdo o una mera *temporalis incommoditas* (BALDI *Comm.* in *Dig.* 24, 3, 1, *solutio matrimonio*, l. *dotis causa*, nr. 21). Tutta la complessa impostazione poggia su un sostrato unico, ch'è poi un altro problema: quello dei rapporti tra *ratio* e *verba legis*.

(157) Cfr. *supra*, pp. 218 sgg.

tra causa momentanea e successiva che appunto si fonda sulla diversa attitudine a una valutazione cronologica (158): puntualizzata astrattamente in un attimo la prima, idonea la seconda, per sua natura, a una vita protratta nel tempo (159).

Ma ciascuna delle varie distinzioni scopriva — a un'analisi che al tempo dei commentatori stava diventando sempre più sottile — la propria incapacità di risolvere da sola tutti i problemi che il brocardo sollevava: sicché, per dare a questo un'interpretazione adeguata, la scienza si vide costretta a intensificare le combinazioni dei vari motivi dottrinali in un intreccio sempre più complesso.

Pochi sono però gli spunti interessanti: Iacopo Bottrigari sentirà il bisogno di rifarsi con maggiore aderenza alla teoria tomistica della causa, esaminando la formula in rapporto a ciascuna figura della ben nota quadripartizione (160); Baldo,

(158) PETRI de BELLAPERTICA *Quaestio* 211: «Dum quaeritur utrum cessante causa cesset effectus sic distingue, quia quaedam est causa successiva quae habet effectum successivum: et tunc dico quod cessante tali causa cessat effectus, Inst. de excusatione tutorum, § sunt qui reipublicae (Inst. 1, 25, 2); quaedam autem causa est quae est momentanea quae habet momentaneum effectum, ut est videre Inst. de heredum qualitate et differentia, § in extraneis (Inst. 2, 19, 4), et tunc distinguitur. Quia aut cessat causa ante plene inquisitum [sic] effectum, et tunc dico quod cessante causa cessat effectus, ff. unde liberi (Dig. 38, 6, 1, 9?); quaedam est causa successiva quae habet effectum momentaneum, tunc aut cessat causa ante ius acquisitum, et tunc dico quod cessante causa cessat effectus, ff. ex quibus causis maiores, l. ab hostibus, § quod simpliciter (Dig. 4, 6, 15, 3); quaedam est causa momentanea quae habet effectum successivum, ut Inst. de tutelis, in prin. (Inst. 1, 13, 3?), et tunc cessante causa cessat effectus, si ante completum effectum cessavit, ut ff. de capite deminutis, l. tutelae (Dig. 4, 5, 7)». Ripresa con la consueta chiarezza da CINO (*Comm. in Cod.* 1, 3, 51[52], *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*, in specie nr. 4), la casistica del Belleperche troverà nel nostro primo commentatore l'usuale tramite che le faciliterà l'inserimento nel patrimonio dottrinale degli italiani, e avrà vita lunghissima.

(159) CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 296.

(160) IACOBI BUTRIGARII *Comm. in Cod.* 1, 3, 51[52], *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*: «... aut est causa impulsiva et cessante ea non cessat effectus... aut finalis et interea cessante cessat effectus... aut quaero de causa efficienti et ipsa cessante cessat effectus si res est in fieri et non in facto esse... aut quaero de materiali: et tunc ea cessante cessat effectus, sive sit in facto esse sive in fieri... aut quaero de causa formali, et tunc eius defectus viciat fiendum et factum...». Le stesse idee sono esposte, con maggiore diffusione e in un intreccio assai più ricco di motivi diversi — sui quali però, ci si è già fermati — nella *Lectura* del Digesto eseguita dallo stesso Iacopo, in un frammento che il Meijers ha riportato (cfr. MEIJERS,

in parte ricollegandosi al Bottrigari, ma ben più alla distinzione di Jean Le Moyne più sopra ricordata, dirà con semplicità maggiore che, quando si elimini la *causa fiendi*, permane il «... iam factum, et perfectum...», cadendo invece la *causa essendi*, «...impeditur fiendum et tollitur iam factum...» (161). Tutto compreso, però, i progressi stanno più nella forma delle enunciazioni che non nella sostanza.

La necessità, dunque, di modellare il famoso precetto, a seconda delle esigenze proprie dei singoli casi, e di definirne l'efficacia mediante opportune restrizioni non impedì alla scienza di farne presto un caposaldo della teoria generale, al contempo criterio ontologico condizionatore della vita degli istituti e indispensabile strumento d'interpretazione. Chiaro sintomo dell'autorità che venne acquistando è la forma ritmata che si finì col dargli (162), specchio della sua natura di «...vulgatissima sententia, et vice proverbii celebrata...» (163).

Ma il valore teorico è ovviamente il risultato d'una vasta capacità di applicazione: la scuola medievale aveva sfruttato la regola per giustificare innovazioni di sostanza nella teoria della causa negoziale.

25. Fu, così, proprio mediante l'uso della massima che la dottrina giunse a ridimensionare il principio latino che la falsa causa non vizia necessariamente il negozio (164): al giurista medievale sembrò che la falsità e la cessazione totale della causa fossero da equiparare, e che il congegno del brocardo potesse agire — nei modi ormai ben noti — in entrambe le materie.

L'annuncio lontano delle nuove impostazioni medievali si può forse già scorgere

Les théories médiévales, cit., p. 384 sg.). Occorre poi notare come l'impostazione del Bottrigari ricordi — anche se da lontano — quella distinzione tra *causae fiendi* ed *essendi* che la dottrina ricollegò al nome di Giovanni Monaco.

(161) BALDI *Super Decretal. Comm.* in c. 26, X, II, 24 *de iureiurando*, c. *etsi Christus*, nr. 7.

(162) Nei discorsi del cinquecentesco Pietro Giovanni d'Ancharano, autore di *Quaestiones*, appare già ridotto in verso: 'effectum perimit causa perempta suum' (PETRI IOANNIS ANCHARANI *Quaestio* 64, nr. 3).

(163) TIRAQUELLI *Tractatus 'cessante causa'*, I, nr. 11.

(164) I giuristi la trovavano chiaramente espressa, o applicata, soprattutto nella materia testamentaria: *Dig.* 12, 6, 52; 28, 5, 93[92]; 30, 75, 2; 33, 4, 1, 8; 35, 1, 17, 2; 35, 1, 72, 6 e *Inst.* 2, 20, 31. Nel campo delle donazioni, poi, potevano reperirne tracce in *Cod.* 2, 4, 25 e 4, 6, 7 nonché in *Dig.* 12, 4, 3, 7; 12, 6, 65, 2 e 23, 3, 46, 2.

in un parere di Martino in tema di *exhereditatio* testamentaria: materia che suscitava qualche problema esegetico. Se un passo di una novella introdotta nel Codice richiedeva che la causa dell'*exhereditatio* fosse manifestata (165), i rapporti non del tutto pacifici di tale norma con altre suscitarono un vespaio (166): alle cui origini, appunto, sta un ardito approfondimento di Martino diretto a sostenere che anche la causa *non probata* comportasse la nullità del testamento (167).

Per scorgere quale ampia strada l'antico glossatore avesse aperta alla dottrina basterà guardare all'ultimo traguardo cui essa giunse secoli più tardi quando Baldo, superate le discussioni sull'applicabilità pratica della proposta, ne scoprirà tutta l'importanza teorica, e la riesporrà nei termini più adeguati al proprio gusto filosofico e alla *forma mentis* dell'epoca avanzata: «...quaeritur... nunquid falsitas causae operetur idem quod omissio facta a testatore. Martinus dixit quod sic: *quia falsa causa causato non potest praebere vires...*» (168). Spostato così il problema sul terreno della falsa causa, diveniva facile giustificare la tesi osservando che «...absurdum enim est quod potius operetur falsae causae appositio, quam tacuisse mendacium... maius est vitium falsum exprimere quam silere...». Ove è facile avvertire l'incidenza, oltre che di motivi etici, anche di un suggestivo ragionamento di Ugolino, sul quale anche Bartolo si era soffermato (169).

(165) Cfr. la *Nov.* 115, cap. 3 (*Coll.* VIII, tit. 12, § *aliud quoque*) rimaneggiata e inserita come *Auth. non licet* dopo *Cod.* 6, 28, 4, *de liberis praeteritis vel exhereditatis*.

(166) Già è facile rendersene conto dall'ampia discussione della *Summa* azzoniana al tit. *de liberis praeteritis*, cit., in specie nella 2^a col. (nrr. 12 e 13): ma un quadro ricchissimo delle opinioni dei vari autori e dei dibattiti si può trovare in BARTOLO (*Comm.* in *Auth. ex causa*, l. finale del *Cod.* 6, 28 *de liberis praeteritis vel exhereditatis*, specialmente nel lungo nr. 9).

(167) «...Aut [causa exhereditationis] non probata, et tunc ipso iure non valet [testamentum] ut hic: et hoc secundum Martinum...», riporta Accursio (gl. *irritum* in *Auth. ex causa*, cit.). L'opinione più moderata del Bassiano e di Azzone prevedeva che il testamento fosse nullo *ipso iure* solo per causa omessa, e si invalidasse invece per sentenza del giudice in séguito a querela nel caso di *causa non probata* (più tardi si preferirà alludere alla *causa falsa*).

(168) BALDI *Comm.* in *Auth. non licet*, post *Cod.* 6, 28, 4, *de liberis praeteritis vel exhereditatis*, pr. e nr. 1.

(169) L'*Auth. ex causa*, che prevedeva comunque la validità dei legati anche qualora il testamento fosse *irritum* per omissione della causa, eccitava il grave problema di come giustificare la validità di

Ma gli indirizzi che si sono così intravisti in tema di *exheredatio*, e si riscontrano nelle materie più disparate (170), si manifestarono con vivacità ancora maggiore intorno alla figura del legato. E si stabilì presto che la celebre sentenza di Papiniano — «...falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret...» (171) — andasse riferita alla sola causa impulsiva, secondo il noto principio che governava la regola ‘cessante causa cessat effectus’.

I dibattiti sul frammento di Papiniano non restarono confinati fra le questioni successorie. Per il nesso teorico — scaturito essenzialmente dalla comune natura unilaterale — che univa le due materie, ad Accursio sembrò naturale di toccare il problema legislativo. E glossò: «...secus autem est in ratione legis, nam ea (= causa) cohaeret in tantum, ut ea cessante cesset lex...» (172).

Sarà, quest’ultimo, uno dei pilastri di tutta la successiva teoria della norma. Naturalmente, l’affermazione di Accursio intendeva riferirsi soltanto alla causa finale, ma è noto come col tempo anche il cessare dell’impulsiva — quando avesse determinato l’emanazione della legge — finisse col diventar capace di estinguere il provvedimento (173).

disposizioni secondarie — i legati — una volta annullato il negozio principale — il testamento — tanto più che altre norme, contraddittorie su questo punto, si inserivano nei dibattiti. «...Quidam volentes sustinere rationem multum laborant ad respondendum ad dictas leges» osserva Bartolo. E tra quei *quidam* v’era Ugolino: «...Hugolinus tamen assignavit aliam rationem, quia quando testator inseruit causam, deliquit in duobus, scilicet in exheredando et falsam causam inserendo, sed quando non inseruit deliquit in uno tantum, merito mitius punitur...» (BARTOLI *Comm. in Auth. ex causa*, cit., nr. 9 ante me.).

(170) Analogo processo si verificò quando si trasferì entro il campo delle manomissioni il principio che la falsa causa non vizia: ma è inutile affrontare qui un altro argomento che, portando pochi dati nuovi, rischierebbe invece di prolungare oltremodo il discorso.

(171) *Dig.* 35, 1, 72, 6.

(172) Gl. *non cohaeret* in *Dig.* 35, 1, 72, 6, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *cum tale*, § *falsam*. La *ratio* identificandosi con la causa *de futuro* — spiegherà suggestivamente qualcuno — giustifica lo scattare del meccanismo del brocardo dato che la «...dispositio legis solum extendatur ad futurum...» (IACOBI BUTRIGARII *Comm. in Dig.* 1, 3, 20, *de legibus et senatusconsultis*, l. *non omnium*, nr. 1).

(173) A tale proposito è assai interessante un *consilium* di Oldrado da Ponte su un caso di *dispensatio* papale in fatto di matrimonio, *dispensatio* la cui causa era risultata falsa. Certo, sul ragionamento del giurista pesava la circostanza che nei privilegi *contra ius* la causa appariva legata da un

E questo è il punto più avanzato che il brocardo ‘cessante causa’ abbia raggiunto.

26. Come si è cercato di scorgere sin qui, il risultato che tale massima mirava a ottenere era l’inserimento nella tecnologia degli istituti del meccanismo filosofico della causalità, ossia del principio per cui la vita dell’atto giuridico considerato come effetto viene condizionata dall’azione della sua causa: con la conseguente esaltazione dell’efficacia di quest’ultima. Analoghe esigenze teoriche vengono rispecchiate da talune altre formule tolte di peso dal pensiero dei filosofi, come la sentenza ‘causa causata sapit naturam sui causantis’, che ricorre spesso in forme molto varie, contribuendo anzi a diffondere l’uso dei termini *causa causans* e *causa causata* che già i glossatori vedono di buon occhio (174). Ma sono spunti che non nacquero nel mondo del diritto e anche quando vi furono importati non molto aggiunsero al patrimonio tecnico dei giuristi, sicché la loro importanza resta marginale.

Ma occorre concludere; e si può farlo riassumendo i capisaldi del discorso fatto finora. Il binomio causa finale-impulsiva, che è originale dei giuristi e in cui essi ravvisarono, assai più che nella quadripartizione aristotelico-scolastica, l’idoneità ad agire nel fenomeno giuridico; la forza crescente della causa finale che ottenne il massimo trionfo nella formula ‘cessante causa cessat effectus’; i ragionamenti

vincolo specialmente intimo con la disposizione, il che non toglie tuttavia alla sua opinione, d’altronde tutt’altro che isolata, il suo valore indicativo delle posizioni del tempo: «...ad primum videtur quod propter talem falsam causam *motivam seu impulsivam* ad dispensandum non debeat ipsa dispensatio vitari, sicut dicitur quod falsa causa legatum non vitiat...», e si richiama ad alcune tra le più note fonti sull’argomento (*Dig.* 35, 1, 17, 2; 35, 1, 72, 6 e *Inst.* 2, 20, 31). Ma subito obietta: «...sed in contrarium me adducit, quod cum dispensatio debeat fieri cum causa... non est verisimile dominum papam sic iura communia fuisse transgressurum, ut sine causa rationabili dispensaret... hoc autem est quod ubi talis est causa, qua non subsistente concedens non esset alias concessurus, ut ibi, falsa causa concessionem vitiat...» (OLDRADI PONTANI *Cons.* 256, nr. 1): è in fondo la definitiva vittoria della regola ‘cessante causa etc.’ in un argomento scabroso, ove gli ostacoli più gravi erano sollevati dalla natura della causa, che arieggiava più all’impulsiva che alla finale.

(174) Il punto che forse maggiormente li interessò a questo proposito fu il quesito se la *causa causae* fosse al contempo anche *causa causati*: ma anche qui i rapporti tra *causa proxima* e *remota* — o *causa immediata* e *mediata* come, con sfumature appena un po’ diverse, taluni preferirono dire — attirò più vivamente i loro discorsi.

svoltisi secondo un unico indirizzo nei problemi più disparati, conformemente alla convinzione che l'intero sistema fosse animato da una sola vita; i mille fili lungo i quali si è vista snodarsi la teoria della causa, e sul piano etico, e su quello conoscitivo, e su quello ontologico stesso del fenomeno giuridico — ma cos'era un tale terreno ontologico se non la naturale premessa degli altri due? —; tutti questi dati rivelano la strada percorsa dai giuristi per definire l'acquisizione alla propria teoria generale di una figura cui anche il mondo filosofico dell'epoca guardava con estremo interesse.

E si vedrà meglio ora in quali termini questo fenomeno si manifestasse anche nel problema specifico della legge.

CAPITOLO SESTO

Intorno al problema della «causa» e della «ratio legis»

SOMMARIO: 1. Prime apparizioni della *causa legis*. — 2. L'intervento del concetto di *necessitas*: taluni angoli visuali dei canonisti e dei civilisti. — 3. L'*utilitas* e i fini 'politici' del diritto. — 4. *Aequitas, causa legis e peccatum*. — 5. Ancora sui rapporti tra l'esigenza della *causa legis* e la sanzione del *peccatum*. — 6. Un richiamo alla materia delle obbligazioni. — 7. Il perdurare della capacità etico-religiosa della *causa legis* fino a un'epoca avanzata. — 8. *Causa e ratio*: impostazione del problema. Un passo del Piacentino. — 9. Un'importante equazione stabilita dal Bassiano tra le due figure. — 10. La sorte di una formula con cui Papias le teneva separate. — 11. Convergenza dei concetti di *ratio* e *mens legis*. — 12. *Ratio ed aequitas*. — 13. Un celebre insegnamento di Dino del Mugello. — 14. Conclusioni sulla *ratio legis*: il potere normativo che le veniva assegnato.

1. Già il maestro che la tradizione colloca alle origini della scuola di Bologna, Irnerio, trovandosi a glossare quel frammento ulpiano che richiedeva un utile evidente a giustificare qualsiasi costituzione innovatrice, aveva spiegato: «*idest rationabilis causa*» (1).

Che la fonte romana dovesse evocare una problematica che andava ben al di là da un generico avvertimento di politica legislativa è indubbio: essa si riferiva allo scontro tra una situazione di diritto, che per lungo tempo avesse cristallizzato le esigenze di equità, e l'improvviso sorgere di un'*utilitas* nuova, che quella situazione e quei dati equitativi fosse destinata a sovvertire (2): e viene spontaneo di supporre che proprio per placare tale scontro Irnerio richiamasse la figura della causa.

Se la concisione di questa prima glossa non fa che aprire un piccolo spiraglio nel pensiero del suo autore, l'ampiezza dei problemi che vi si celavano è forse confermata da quel passo della *Summa Trecensis*, di non molti decenni posteriore, ove

(1) Gl. *visum est* in *Dig.* 1, 4, 2, *de constitutionibus principum*, l. *in rebus*, ed. BESTA, *L'opera d'Irnerio*, II, Torino, 1896, p. 7.

(2) «*In rebus novis constituendis — avvertiva infatti Ulpiano — evidens esse utilitas debet, ut recedatur ab eo iure, quod diu aequum visum est*» (*Dig.* 1, 4, 2).

la causa si palesa appunto rivestita di una sottile funzione mediatrice nell'antitesi sorta fra due norme di contenuto contrario: l'una di diritto comune, che per questa sua qualità medesima è simbolo di giustizia; l'altra di diritto singolare che, entrando in contraddizione con la prima, per non venirne rimossa deve trovare anch'essa una forte carica di equità. E l'ignoto glossatore ragiona: il privilegio, che per definizione è una norma *contra ius commune*, toglie la sua efficacia dalla causa «...cum non minus iusta causa est que privilegium postulat quam ea que ius commune suasit...» (3). In un siffatto argomentare è facile intravedere la complessità del mondo nel quale era ambientata quella figura della *causa legis*, di cui la stessa *Summa Trecensis* riafferma anche altrove l'esigenza, riecheggiando l'insegnamento della glossa di Irnerio e scovando fonti diverse cui appoggiarla (4): la si ode ammonire che «...leges non aliter promulgandas esse, nisi causa necessaria hoc exposcat...» (5).

Non occorre dilungarsi a ricordare i passi in cui, sin dai primi tempi della glossa, l'indagine è volta a rinvenire, in una cornice astratta o comunque generica, la causa primordiale dell'emanazione di ogni norma; causa che d'ordinario civilisti e canonisti individuavano (6) nella necessità di reprimere l'audacia e di porre freno alla facoltà dell'uomo di nuocere al suo simile: qui il pensiero appare mosso da intendimenti retorici e vagamente moralizzanti, che all'atto pratico hanno un'importanza relativa.

(3) *Summa Trecensis*, I, 17 *de rescriptis*, § 5, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 22. E il giurista non ha difficoltà a passare ad esempi pratici: tipico è quello dei privilegi, reali e personali, del clero: «...iustum est enim predia in censum conferre, tamen non minus iustum est predia ecclesiastica ab huius modi onere relaxari. Item aequum est homines officia seu munera publica subire, multo tamen aequius est personas divino cultui deputatas ab huius modi munere seu onere immunes servari...». E dagli stessi esempi la contrapposizione delle norme contrarie — il cui contatto si è già visto stabilito con l'intervento della causa — si rivela come la contraddizione di un'*aequitas* a un'altra, di una *iustitia* a un'altra.

(4) «Humanum esse probamus — avvertiva una lettera di Valentiniano e Teodosio al Senato — si quid de cetero in publica vel in privata causa emergerit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari...» (*Cod.* 1, 14, 8).

(5) *Summa Trecensis*, I, 14 *de legibus et const.*, § 4, ed. FITTING, cit., p. 16. Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*², Milano, 1959, p. 232.

(6) D'altronde l'identità delle posizioni di legisti e canonisti era una necessità di cui essi medesimi restavano consapevoli, dacché, per usare le parole di Sicardo da Cremona, «...conveniunt leges ecclesiasticae et seculares... in causa, quia illarum et istarum causa est ut humana coherceatur audacia et nocendi

Piuttosto è assai più interessante scorgere che, sin dalla prima metà del XII secolo, i giuristi si affaccendavano a raffigurar la causa di singole disposizioni normative, perché è evidente che essi vi erano sollecitati non solo dal desiderio di dare un'etichetta a un elemento della legge — che già sarebbe cosa tutt'altro che indifferente —, ma altresì perché convinti dell'utilità di un simile procedimento per la migliore utilizzazione della legge nel problema giuridico concreto. Se da una parte, nel campo canonistico, se ne hanno esempi addirittura in *dicta* di Graziano (7),

refrenetur facultas...» (passo riportato dal DE LUCA, *L'accettazione popolare della legge canonica nel pensiero di Graziano e dei suoi interpreti*, in *Studia Gratiana*, III, p. 207).

(7) Così, tra l'altro, nel *dictum* che spiega il c. 2, D. XXXI — un passo di Beda che impone ai sacerdoti la continenza — Graziano fonda la sua interpretazione sull'esame della causa che ha mosso l'autore all'avvertimento: «Causa vero huius institutionis mundicia fuit sacerdotalis, ut libere cunctis diebus orationi possint vacare...». Se il *dictum* graziano non aggiunge nulla al chiaro capitolo, il costume di guardare alla causa delle norme si prolunga anche nei decretisti, sebbene esso appaia dettato nei primi tempi più da esigenze logico-formali che non dal desiderio consapevole di indagare un elemento sostanziale della disposizione, per ricostruirne compiutamente il meccanismo. Proprio prendendo lo spunto dal primo capitolo di quella stessa *distinctio* — ma imbastendo un ragionamento che andava ben al di là dal tenore della norma — il più vecchio degli scolari di Graziano, il Pocapaglia, rilevava come la categoria attraverso la quale occorreva esaminare quel capitolo e i seguenti fosse l'elemento 'tempo', mentre la valutazione della 'causa' era necessaria a interpretare la *distinctio* precedente: la quale comprendeva un certo numero di canoni emanati intorno alla metà del IV secolo nel concilio di Gangra, in Paflagonia, per combattere taluni errori che gli Eustaziani avevano tratti dall'eresia dei Manichei (cfr. PAUCAPALEAE *Summa*, D. XXXI pr., ed. SCHULTE, Giessen, 1890, p. 26). D'altronde, proprio argomentando da quei canoni dell'antico concilio, lo stesso Pocapaglia aveva già avvertito «...quod quaedam capitula *ex causa* consideranda sint, ex quibusdam capitulis Gangrensis concilii — e poco oltre attirerà l'attenzione soprattutto sui cc. 1, 11, 13, 17 della D. XXX —, quae contra quorundam superstitiones haereticorum statuta sunt, apparet...» (PAUCAPALEAE *Summa*, D. XXX, ed. SCHULTE, cit., p. 25 sg.). E i canonisti successivi, anch'essi interessati all'argomento e tutti sulle orme del primo *summista*, spiegheranno ulteriormente che «...omnia ista capitula Gangrensis concilii — per riprendere le parole del Tornacense — *ex causa data sunt*, scilicet propter haeresim Manichaeorum...» (STEPHANI TORNACENSIS *Summa*, D. XXX, ed. SCHULTE, Giessen, 1891, p. 45). Né val la pena di seguire oltre la tradizione instaurata dal Pocapaglia, che fu ricca; basterà concludere ponendo in risalto come, proprio alle origini della scuola canonistica, la *causa legis* costituisse già un problema, per quanto ancora immaturo. Si delineano cioè posizioni

glosse certo antiche rivelano presso i civilisti un'analogo tendenza (8).

Quale fosse poi la natura della causa, che volta a volta i glossatori evocavano nei loro discorsi sulla legge, è problema diverso. Che le varie figure collegate con la quadripartizione aristotelico-scolastica fossero loro note — grazie alla eredità della grossolana tradizione alto-medievale — si è già messo in rilievo; ma tale conoscenza era troppo esteriore e lontana da ogni applicazione a problemi tecnici perché ci si possa esimere dal guardare con una certa diffidenza ai ricordi che se ne trovano nelle più antiche impostazioni del fenomeno legislativo.

Se nella *Summa* di Troyes il processo di formazione delle norme sembra indagato da due angoli visuali solamente, l'uno che indirizza l'esame sulla competenza del legislatore, l'altro sulle forme da osservare (9), la *Summa* di Rogerio, che pure prese certo la *Trecensis* a proprio modello, guarda assai più lontano: chi voglia osservare le norme nel momento in cui nascono — spiega infatti Rogerio — deve cercare «...qua de causa sint condendae, qui habeat potestatem condendi, qua in re sint condendae et qualiter...» (10): ove si è tentati di scorgere

analoghe a quelle assunte dal pensiero civilistico, che si è scorto sensibile alla questione già in una glossa del caposcuola, Irnerio.

(8) Così, una glossa certo risalente ai primordi della scuola — trovando che una legge di Valentiniano e Marciano confermava le erogazioni pubbliche a favore della Chiesa, e nel contempo proclamava che era compito dei legislatori «...dare operam ut pauperibus alimenta non desint...» — spiegava questa ultima espressione con una parola soltanto: «causa» (cfr. l'omonima gl. *ut pauperibus* in *Cod.* 1, 2, 12, 2, *de sacrosanctis ecclesiis*, l. *privilegia*, § *et quia humanitatis*, ed. PESCATORE, *Die Glossen des Irnerius*, Greifswald, 1888, p. 87). E ancora — alla costituzione ove Teodosio e Valentiniano espongono i cinque criteri mediante i quali si può giungere a riconoscere se una norma abbia carattere di *lex generalis* — si legge: «huius legis intentio est quae generalia iura sint exponere», sostituendo il termine *intentio* con la parola *causa*, secondo un procedimento che si è già visto diffuso presso i primi glossatori (gl. *leges* in *Cod.* 1, 14, 3, *de legibus et const.*, l. *leges ut generaliter*, ed. PESCATORE, *Die Glossen*, cit., p. 93).

(9) *Summa Trecensis*, I, 14 *de legibus et const.*, § 3, ed. FITTING, cit., p. 15 sg.: «...In condendis legibus spectandum est a quo et quomodo condi debeant...». Può far leggi chi ha la *potestas praecipienda* in modo originario, ossia il popolo, e chi dal popolo ne riceve facoltà, ossia il principe. Quanto al secondo punto, che concerne le formalità da seguire, v'è una esplicita norma che le enumera: e si tratta di quella previa discussione di fronte ai *proceres palatii* e ai senatori, le cui deliberazioni vanno poi portate al principe per riceverne la conferma dalla suprema *auctoritas*. Che è il procedimento descritto da Teodosio e Valentiniano (*Cod.* 1, 14, 8).

(10) ROGERII *Summa Codicis*, I, 12 *de legibus et const.*, § 5, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, 1², p. 56.

l'esortazione a esaminare delle leggi la causa che sarà poi regolarmente denominata impulsiva (11), l'efficiente, la materiale e la formale. Il discorso di Rogerio si conclude con il consiglio rivolto all'interprete di non trascurare un'ulteriore investigazione per stabilire «...qua vi et potestate [leges] sunt condendae...». Pur senza indugiare su quei concetti di *vis* e *potestas legis*, di cui al tempo di Irnerio si era insegnata la perfetta equivalenza (12), colpisce che il loro ricorrere nel-

(11) È difficile infatti scorgere nel termine 'causa' usato da Rogerio un accenno alla finale, tanto più che l'esempio da lui stesso proposto poco oltre, tolto da fonti romane (*Cod.* 1, 14, 8 pr.), sembra chiaro: «...veluti si novum negotium emergat quod non sit lege decisum...». D'altra parte, a esaminare la tradizione di questo tipo d'indagini nell'ultima glossa, se ne ha una conferma: ancora il *Liber iuris florentinus*, che agli inizi del XIII secolo chiude praticamente quella tradizione, non fa altro che precisare appena un po' il pensiero di Rogerio: «...In condendis [legibus] videndum *qua causa constituentur* et a quo, in quo negotio et qualiter, et in qua vi et potestate. Causa constituendi est, cum novum emergit negotium anterioribus legibus non distinctum nec aliquibus iuris laqueis innodatum: cotidie enim nova natura depererat edere negotia...»: ove la più accurata configurazione dell'esempio non lascia alcun dubbio che si tratti di un'ipotesi di causa impulsiva, tanto più che l'epoca aveva ormai ben chiaro tale concetto.

(12) Gl. *vim ac potestatem* in *Dig.* 1, 3, 17, *de legibus et senatusconsultis*, l. *scire leges*, ed. BESTA, cit., p. 6: Irnerio vi insegnava semplicemente che «vis et potestas idem est». La scuola non mancò, tuttavia, di approfondire l'interpretazione di quei due concetti, ma si limitò a munirli di un valore soltanto logico, ad esaurire la loro funzione nel momento interpretativo, senza toccare la sostanza della norma. Non molti decenni dopo Irnerio, il suo insegnamento troppo sbrigativo appare trasformato in un problema dogmatico, oggetto di discussioni condotte sul filo di almeno tre tesi diverse: oltre ad equiparare semplicemente l'accezione dei due termini, si può pensare la *potestas* designi la materia regolata e la *vis* indichi la *virtus* della legge, ossia la qualità del dispositivo a seconda che la norma comandi o vieti, permetta o punisca: oppure si può risolvere la *vis* nel mero significato lessicale delle espressioni usate dal legislatore. Scrive dunque un ignoto, che certamente appartenne alla scuola del Bassiano, commentando *Dig.* 1, 3, 17: «Scire leges etc. Triplex hic assignatur expositio. Ille qui scit verba legis, si nesciat vim ac potestatem legis — idest sententiam, ut sit hic conculcatio verborum et ponantur hec duo verba, vis et potestas, pro eodem — ille, inquam, nescit legem. Vel dicas subtilius et melius, quia ille nescit legem qui nescit vim legis, idest virtutem: quid enim aliud est virtus (= vis) legis nisi virtus legis? Debet ergo quis scire que sit virtus legis, idest utrum lex imperet ut utrum vetat, et an permittat an puniat... oportet te scire potestatem legis, idest ut scias in quibus et ad que lex extendatur... Vel aliter: vis legis nihil aliud est quam significatio ipsius legis, nam ecce: lex iulia vetat alienationem fundi dotialis, si ergo nescias quid significet hoc verbum 'alienatio' nescis legem... De potestate cetera non mutantur...» (ROMA, *Bibl. Naz.* 1369 — già *Sessor.* 43 —, fo. 69vb e 70ra).

l'avvertimento di Rogerio ne innesti il pensiero in una consuetudine monotona e antichissima, in forza della quale si ripeteva uniformemente nella scuola che nell'*imperare*, nel *vetare*, nel *punire* e nel *permittere* la *vis et potestas legis* si manifestava: ove il ricordo di un'espressione di Modestino era evidente (13). Fredda consuetudine, che è certo ispirata alle più elementari esigenze scolastiche e, nello stesso tono delle formule in cui si rivela, arieggia alle famose regolette retoriche più volte ricordate: tanto che viene spontaneo di abbassare tutto il ragionamento di Rogerio intorno ai vari punti di vista sulla legge al livello di tali regolette. Sicché il suo discorso, che a prima vista sembra tanto suggestivo, finisce col venir risospinto tra quegli interessi d'ordine logico-formale che risentono ancora troppo degli insegnamenti delle vecchie Arti, e costituiscono solo una pedana di lancio per un successivo progresso dell'elaborazione tecnica.

2. Che poi il concetto di *causa legis* andasse articolato intorno alle figure della *necessitas* e dell'*utilitas* è cosa ovvia, cui vale la pena di accennare solo brevemente: se la causa rappresentava, entro la norma, il ricordo di tutto il processo legislativo, non stupisce di vederla rivolgersi a quell'utilità o a quella necessità che hanno sempre costituito, da che il mondo è mondo, la molla d'ogni creazione di leggi nuove. E in effetti potrebbero trarsi infiniti esempi, dalle fonti dottrinali dell'età di mezzo, a documentazione del fenomeno corrente per cui la causa si risolve ora nell'una, ora nell'altra immagine, e spesso ne viene persino sostituita nella terminologia: ma qui può tutt'al più ricordarsi qualche motivo storico che a quel fenomeno serve da sfondo.

Talune problematiche svolte soprattutto nel pensiero canonistico offrono spunti molto suggestivi. Se la nota tradizione risalente a Isidoro faceva rilevare che la legge doveva essere necessaria (14) — «quia non nisi instante necessitate

(13) «Legis virtus haec est, imperare vetare permittere punire», aveva proclamato Modestino (*Dig.* 1, 3, 7).

(14) ISIDORI *Etym.*, V, 21. Cfr. CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 238. Che la *ratio publicae utilitatis* o *necessitatis* dovesse animare l'attività del governante è principio che scaturisce d'altronde dalla sua funzione di criterio vitale per la conservazione dello *status regni* o, in campo ecclesiastico, dello *status Ecclesiae*. Principio dalle implicazioni molteplici; svolgendosi dalle radici romane, attraverso le mille utilizzazioni medievali, esso acquisterà atteggiamenti nuovi sfociando nella seicentesca «ragion di stato»: è un fenomeno che ha recentemente approfondito il POST, *Ratio publicae utilitatis, ratio status und «Staatsräson» (1100-1300)*, in *Die Welt als Geschichte*, XXI, 1961, pp. 8-28, 71-99.

ius statui debet», commenterà la glossa ordinaria leggendo il passo di Isidoro nel Decreto (15) — essa poneva nel contempo il requisito che la norma fosse *possibilis*: e proprio su questo spunto si svolsero approfondimenti. I decretisti si trovarono infatti normalmente d'accordo nel ritenere che, ad aver trasgredita la legge *ex necessitate*, non si sarebbe potuto incorrere in alcun peccato appunto perché — a voler riprendere le chiare parole di Ugucione — «...si aliquod peccatum ex necessitate fieret, cum prohiberetur, esset prohibitio impossibilis, cum tamen omne preceptum et omnis prohibitio debeat esse possibilis...» (16): e l'insegnamento non solo venne consacrato dal Teutonico (17), ma addirittura codificato dal *Liber Extra*. Il vigoroso passo di Beda, che vi fu introdotto e che insegnava «quod non est licitum lege, necessitas facit licitum», divenne così una massima largamente diffusa (18).

Bastano questi pochi spunti a permettere di indovinare come il concetto di *necessitas* venisse affinandosi sul piano della liceità morale dell'atto *contra legem*, e dovesse per conseguenza influenzare la stessa *vis* e *potestas* della norma. Sicché diventa più facile comprendere la vera portata d'una regola documentata già nella seconda metà del XII secolo e — quel che è più — in un'operetta filosofico-giuridica di carattere istituzionale: ossia che la *causa necessitatis*, insieme con l'*utilitas*, sia uno dei primi criteri mediante i quali il «rigor canonicarum sanctionum relaxetur...» (19): la contrapposizione al *rigor* porta automaticamente

(15) Cfr. la gl. *necessaria* in c. 2, D. IV, c. *erit autem*. D'altronde il principio isidoriano era a tal punto connaturato con la qualificazione medievale dell'atto normativo, che gli stessi legislatori tenevano a proclamarlo in sede politica. Come potevano i canonisti trascurarlo, se persino un Gregorio VII, in quell'atto di fede nell'assolutismo papale ch'è il *dictatus papae*, aveva ritenuto «quod illi soli licet *pro temporis necessitate* novas leges condere» (cfr. MIRBT, *Quellen zur Geschichte des Papsttums und des römischen Katholizismus*⁵, 1934, nr. 278, n. 7; HINSCHIUS, *System des kath. Kirchenrechts*, III, p. 726, n. 1)?

(16) È una glossa di Uguccio al c. 1, D. XIII che è riportata dal KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX.*, Città del Vaticano, 1935, p. 264, nota 1. Quasi negli identici termini si esprime una glossa di Lorenzo Ispano pubblicata anch'essa dal Kuttner (*ibid.*).

(17) Cfr. gl. *item*, ca. me., al *dictum* graziano che apre la *Distinctio XIII*.

(18) Cfr. c. 4, X, V, 41 *de regulis iuris*.

(19) Cfr. l'anonima *Rhetorica ecclesiastica* edita dal WAHRMUND, *Quellen zur Gesch. des röm.-kan. Processes im M. A.*, I, fasc. 4, p. 23: l'ignoto autore trova anche in espliciti passi del Decreto (ad es. nei cc. 6, 14 e 17, C. I, q. 7) fonti di prim'ordine per la sua affermazione.

tali criteri ad acquistare una carica equitativa — e, in effetti, se ne vedrà più oltre l'esplicita convergenza con l'equità — così da imporre loro la medesima funzione che già si è vista assolta a più riprese, e nelle materie più diverse, dalla più generica figura della causa.

Se è vero che si è qui scivolati sul terreno dell'applicazione giudiziale della norma, cioè, per usare il linguaggio del tempo, sul piano in apparenza solo logico dell'*interpretatio*, in realtà le implicazioni ontologiche non sono trascurabili: perché proprio l'interpretazione giudiziale — per un ben noto accostamento proposto dalla dottrina bolognese — richiamava l'istituto della *dispensatio*, e diveniva semplice, così, ridurre *utilitas* e *necessitas* a configurare i requisiti primi per l'emanazione delle norme di diritto singolare (20).

D'altra parte la stessa scuola civilistica più antica si mosse a taluni approfondimenti del concetto di *necessitas* proprio trattando dell'*interpretatio iudicis* (21), talvolta richiamando il divieto paoliano dell'*extensio*, volto, appunto, alle norme «*quae propter necessitatem recepta sunt*» (22). Ma, forse, le maggiori conseguenze teoriche sul disegno dell'*iter* vitale della norma ebbe la massima «*necessitas non habet legem*», che i civilisti seppero maneggiare con disinvoltura sin dai primordi

(20) Che *utilitas* e *necessitas* siano tra i primi requisiti per la concessione di dispense è dottrina comune a tutta la scuola canonistica. Taluno aggiunge la *pietas*, o l'*evidens praerogativa meritorium* o altre cause ancora. Sicardo ne enumera addirittura sedici.

(21) «Cum autem secundum legem iudicium profertur — scrive l'autore del libro di Ashburnham — omnino legis sententia est servanda, nisi aliqua causa apparuerit per quam *necesse* sit aliquid temperamenti immisceri sententiae...» (*Libro di Ashburnham*, cap. IX, ed. MOR, *Scritti giuridici preirmeriani*, I, Milano, 1935, p. 24). Il passo è stato commentato, ad altri fini, dalla ZANETTI, *Carattere canonico dell'aequitas nella letteratura civilistica preirmeriana*, in *Riv. di storia del dir. italiano*, XXVI-XXVII, 1953-54, p. 233, anche in *Scritti Mochi Onory*, Milano, 1958, p. 227.

(22) Così Bulgaro, commentando *Dig.* 50, 17, 162 che contiene la regola di Paolo, sembra ridurre il concetto di *necessitas*, che comporta una vera costrizione dell'agente, a quelli più blandi di *utilitas* e di *aequitas*, dilatando oltre misura il divieto della *productio in argumentum*: che il Piacentino invece, più correttamente, ricondurrà soltanto a «...*quae vere et proprie propter necessitatem introducta sunt*...» (ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonn, 1856, Reg. CXXII, p. 10 sg.).

della scuola (23). In effetti è agevole vedere l'interdipendenza tra l'elaborazione del concetto di *necessitas* come criterio di deroga alle norme e la sua rappresentazione come requisito richiesto a corroborare taluni aspetti dell'attività legislativa stessa: a giustificare, cioè, taluni mutamenti dell'ordine giuridico. In questo tema il legista poteva rifarsi a motivi interessanti: basti per ora ricordarne uno.

Un passo di Modestino, nella pretesa d'indicare le tre radici dalle quali il diritto proviene, insegnava che «...omne ius aut consensus fecit, aut necessitas constituit, aut firmavit consuetudo» (24). Se una glossa vacariana alla parola *consensus* aveva apposto la spiegazione «ut in populo», il termine *necessitas* era stato chiarito con la concisa espressione: «ex iure gentium» (25).

Si trattava certo di una interpretazione diffusa, se Accursio la riprese, pur aggiungendo un chiarimento che sembra spostare alquanto i termini del discorso: *necessitas*, «id est ius gentium, quod per hominum necessitatem est

(23) Se si volesse vedere nella lettera G., che chiude una glossa recentemente rinvenuta e pubblicata, la sigla di Irnerio — come sembra assai plausibile e com'è parso all'editore sulla scorta d'una tesi molto autorevolmente sostenuta — la regola dovrebbe ritenersi già utilizzata dal caposcuola. A un frammento ove Papiniano concede ai proconsoli di delegar la *iurisdictio* anche prima di entrare nei confini della provincia (*Dig.* 1, 16, 5), qualora una «...*necessaria mora*...» li abbia impediti nel viaggio, una glossa spiega infatti succintamente: «quod iure non fit ex necessitate fieri possit». E, quasi a costituire un definitivo chiarimento, il concetto viene ripreso poco oltre ed espresso proprio nei termini della massima che qui interessa: «nota quod necessitas non habet legem». È vero che quest'ultimo passo non è corredato da alcuna sigla ed è forse alquanto posteriore al primo, ma rimane comunque evidente la sostanziale conformità dell'uno e dell'altro insegnamento (cfr. ROSSI, *Di alcune glosse pre-accursiane rinvenute in un foglio di guardia del cod. XII A 5 della Biblioteca Nazionale di Napoli*, nei *Rendiconti dell'Accademia dei Lincei, Classe di scienze morali, storiche e filosofiche*, ser. VIII, VII, 1952, p. 200).

Al tempo di AZZONE la regola è codificata nei *brocarda* e definita col richiamo di fonti numerose (rubr. LXXX *de necessitate et paupertate*); la sua duttilità, che le viene dall'ampia sfera d'efficacia, le consente di apparire con parecchie varianti, di cui specialmente notevole la formulazione «lex non habet locum in necessitatibus» (è quella preferita, per esempio, da GUIDO da SUZZARA, *Notabilia in Dig. et Cod.*, VATICANO, *Barb. lat.* 1398, fo. 500r). Molto sfruttata anche dai canonisti, tutta la scuola la trarrà dal campo privatistico a quello del diritto pubblico, servendosene largamente per giustificare le attività sovrane (cfr. POST, *The Theory of Public Law and the State in the Thirteenth Century*, in *Seminar*, VI, 1948, p. 56).

(24) *Dig.* 1, 3, 40, *de legibus et senatusconsultis*, l. *ergo omne*.

(25) Cfr. *Liber pauperum*, ed. DE ZULUETA, London, 1927, p. 15.

inductum...» (26). Quando poi, a conclusione della glossa, si avverte un moto di stupore nell'osservazione «...nota quod hic de iure naturali non facit mentionem», si comprende meglio quale fosse lo sfondo del pensiero di Accursio: se è vero che la *necessitas* che sta alle origini del diritto non tocca esplicitamente il naturale, essa si collega tuttavia a quel *ius gentium* che la *naturalis ratio* ha introdotto nella vita civile. Ed ecco riaffiorare così quel legame tra la legge e i sistemi superiori del diritto, che già per altri versi si è visto stretto mediante l'idea di *causa*.

3. Quanto alla figura dell'*utilitas*, le fonti civilistiche offrivano spunti univoci. Tra gli altri, un passo di Ulpiano, già incontrato per l'innanzi, affermava esplicitamente che «in rebus novis constituendis evidens esse *utilitas* debet...» (27), sicché dal tempo dei primi glossatori la convertibilità del concetto in un criterio informatore dell'attività legislativa aveva trovato nel richiamo al frammento ulpiano il normale sostegno (28).

E all'epoca d'Irnerio — che quel frammento aveva glossato, come si è detto, con le parole «rationabilis causa» — l'accostamento di quest'ultima figura con l'*utilitas* della fonte romana sembra facilitato dalla tendenza ch'ebbero i primi giuristi, e il Kantorowicz ha lamentata (29), a confondere con la causa finale le immagini dell'*intentio* e dell'*utilitas*, alla cui ricerca le note regole retoriche volevano

(26) E richiama *Inst.* 1, 2, 1. Accanto a questa interpretazione classica, Accursio ne riporta tuttavia un'altra che appare ancora più lontana dallo spirito del frammento di Modestino: «...vel dic... necessitas, ut leges principum, quas necessario scire debemus...» (gl. *necessitas* in *Dig.* 1, 3, 40, cit.).

(27) *Dig.* 1, 4, 2. Ma, naturalmente, infinite altre fonti contribuivano a suggestionare il glossatore, sottolineando il necessario legame tra l'attività legislativa e gli scopi di *publica utilitas*: ritornello, questo, ricorrente nella tradizione (basti pensare alle fonti letterarie e giuridiche romane ricordate dal GAUDEMET, *Utilitas publica*, in *Revue historique de droit français et étr.*, ser. IV, XXIX, 1951, p. 465 sgg.).

(28) Tanto che persino i canonisti vi faranno ricorso: ché anzi BERNARDO da PARMA, come già aveva fatto la scuola civilistica dall'epoca d'Irnerio, accosterà i concetti di *utilitas* e di *causa legis* proprio in forza del frammento ulpiano («Novitates enim *sine causa* inducendae non sunt: quia lex dicit quod in rebus novis constituendis evidens debet esse *utilitas*, ff. de legibus et const. principum, l. in rebus...», scrive infatti la gl. *vel novas* in c. 9, X, I, 4 *de consuetudine*, c. *cum consuetudinis*).

(29) KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 41.

dedicata una parte dei prologhi: e, per la via traversa della loro confusione inconsapevole, questi concetti trovavano anche sul piano logico ulteriori vincoli che li agganciavano saldamente l'uno all'altro.

Ma i vincoli logici, d'altra parte, costituivano un impulso verso elaborazioni sostanziali proprio perché riflettevano un'esigenza concreta, comune a ogni teorizzazione dell'atto legislativo: quella, cioè, di salvaguardarne il costante collegamento con le effettive necessità d'ogni giorno. Esigenza, dunque, che verteva sui fondamenti stessi della vita associata. Esasperandola e combinandola con le visioni legalitarie, venivano alla luce addirittura le radici della dottrina medievale dello Stato: non per nulla il filosofo poté riprendere la formula del giurista — la legge non va mutata in vista di un generico *melius*, ma solo in presenza di necessità impellenti o di una «maxima et evidens» utilità comune, ripete Tommaso (30) — a descriver meglio, per usare un'espressione in voga presso certa storiografia, i fini 'politici' d'un diritto inteso come strumento per attuare il bene dello Stato (31).

Fini politici che d'altronde già il glossatore trasse dalla vaghezza e dalla banalità in cui a prima vista sembrerebbero avvolti: ove un passo di Pomponio proclamava l'importanza della materia dotale per la convivenza civile — perché è opportuno che le famiglie abbiano i mezzi per mantenere i figli e riempire così di uomini liberi la città — Accursio si era limitato a spiegare: «...et ponuntur hic tria: dictum, ratio dicti et ratio rationis...» (32). Assai più preciso, Viviano ci chiarisce il pensiero conciso della *magna glossa*: il *dictum* del frammento è la preminenza da assegnare alla *causa dotis*; la *ratio* è che importa sia alle donne, sia allo Stato che esse conservino la dote; la *ratio rationis* sta nella pubblica utilità che si moltiplichino i cittadini (33). Né

(30) *Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 97, art. 2. Quanto poi ai rapporti tra *necessitas* e *utilitas* lo stesso TOMMASO (I^a II^{ae}, q. 95, art. 3 resp.), seppur alludendo principalmente a una funzione etico-religiosa della legge, chiarirà che «...necessaria, utilis etc. refertur ad hoc quod expediat salutem: ut necessitas referatur ad remotionem malorum, utilitas ad consecutionem bonorum...» (cfr. da ultimo BUISSON, *Potestas und Caritas*, Köln-Graz, 1958, p. 106).

(31) È un *Leitmotiv* dell'opera dell'OLGIATI, *Il concetto di giuridicità in S. Tommaso*², Milano, 1944.

(32) Gl. *dotis* in *Dig.* 24, 3, 1, *solutio matrimonii*, l. *dotis*.

(33) Cfr. il *casus* alla stessa legge: «...Primum dictum est tale: quia causa dotis in omni tempore, et ante contractum matrimonii et post contractum, et eo soluto, est et esse debet praecipua et privilegiata... Ratio est talis, quia non solum mulierum privatarum interest eis dotes suas conservari, sed etiam

importa tanto cogliere le varie gradazioni dell'*utilitas publica* e *privata*, commisurate l'una all'altra — che è problema diverso dal nostro e già ben noto (34) —, né l'uso dei termini di *ratio* e *ratio rationis*, che riflettono chiaramente quelli di *causa* e *causa causae*, correnti presso i filosofi e presso i giuristi: qui si vogliono solo rilevare i molti nessi tra la *causa legis* e quella figura dell'*utilitas publica* così cara alla dottrina medievale. Tanto erano ricchi i germi contenuti nel concetto di *utilitas* che il passo di Ulpiano aveva posto alle radici del fenomeno legislativo.

4. Chi volesse vedere ancora più da vicino la funzione effettiva della causa nella vita della norma — quando agiva, cioè, su un terreno che non era soltanto logico e interpretativo — s'imbatterebbe di nuovo nella necessità di studiarne quella carica equitativa alla quale già si è avuto modo di accennare. E gli si parerebbe innanzi l'equazione tra *aequitas* e *causa legis*, già stabilita al tempo delle prime *summae* e divenuta presto un luogo comune così diffuso da giustificare addirittura il normale scambio dei due termini (35).

Ancora una volta gli toccherebbe poi di fare una puntata nel pensiero canonistico.

Isidoro, presentando al mondo medievale i due termini romani 'ius' e 'fas', aveva dato loro l'unico contenuto che all'età di mezzo riuscisse comprensibile. E l'insegnamento che «fas lex divina est, ius lex humana» (36) rimase tradizionale, riapparve nel vocabolario di Papias e non sfuggì a Graziano, il quale lo ripropose anzi proprio sulle soglie del Decreto (37).

reipublicae. Ratio autem rationis est illa, quia valde est utile reipublicae, quod mulieres rehabeant dotes suas, ut sic possint nuptias contrahere, et ex nuptiis liberos procreare, et de liberis praedictis civitates implere. Vivianus».

(34) Cfr. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del Rinascimento medievale*², rist. Milano, 1953, p. 283 sgg.

(35) Se nella *Summa* di ROGERIO (VIII, 44 *quid sit longa consuetudo*, § 2, ed. PALMIERI, cit., p. 209) si legge che «...aequitas et causa quae consuetudinem inducat inspicienda est...», la *Summa Trecensis* già aveva proposto tale osservazione, ma con una piccola variante che non lascia dubbi sulla reale portata del ragionamento: «...semper causa seu aequitas... inspicienda est...» (VIII, 48 *quae sit longa consuetudo*, § 3, ed. FITTING, cit., p. 306). Da quel tempo l'equazione tra causa ed equità appare tanto diffusa presso glossatori e commentatori, che è inutile ricordarne esempi.

(36) ISIDORI *Etym.*, V, 2.

(37) Nel c. 1, D. I.

Vedendolo così inserito tra le proprie fonti, il canonista dovette elaborarlo, e la glossa ordinaria consacrò l'interpretazione della scuola in questi termini: «*fas est, id est aequum est cum subest causa*» (38). L'aderenza all'antico insegnamento di Isidoro era il presupposto della costruzione, e il *fas* poteva continuare a identificarsi con la legge divina. Ma la natura del fenomeno veniva sviscerata: il termine romano racchiudeva ormai, con un significato assai più pregnante per il giurista, l'essenza stessa dei principî di equità che il canonista — come d'altronde lo stesso civilista — non metteva in dubbio fossero compendiate dal diritto divino. E colpisce ancora maggiormente che tale forza equitativa del *fas* si raccogliesse in una figura sola: nella causa.

Questa figura veniva così a toccare sfere poste ben più in alto dell'ordinamento positivo, e si arricchiva di quella sostanza etica la quale appunto era assegnata al fenomeno giuridico dalla legge divina. Che la causa fosse capace di tanto non può meravigliare: se la si è vista servire da tramite tra la norma positiva e i sistemi superiori, è abbastanza naturale che a lei si ricorresse per compiere la sintesi tra l'una e gli altri. Sintesi, che racchiudeva d'altronde tutta la visione medievale del diritto, ravvivata di tinte religiose e morali, un po' più calcate nelle espressioni del canonista, ma presenti anche in quelle del civilista: presso l'uno e presso l'altro la causa rivelerà in effetti la sua funzione di ponte gettato tra etica e diritto.

L'acme di tale realtà si coglie forse nel rapporto che viene stabilito tra causa e peccato, con frequenza sempre maggiore, specialmente dalla metà del Duecento. Un peso determinante per l'affermarsi di tale impostazione ebbe senza dubbio un breve commento di Innocenzo in tema di imposizione fiscale, soggetto caro alla dottrina perché individuava agli occhi del giurista uno dei momenti più pericolosi nell'attività legislativa: quello in cui più facilmente il principe poteva dare la prevalenza a qualche interesse particolare, dimenticando di volgere la norma alla *utilitas communis* (39). Se a Innocenzo il diritto appare impotente a evitare che i

(38) Gl. *fas est* in c. 1, D. I.

(39) Cfr. POST, *The Theory of Public Law*, cit., p. 50 sg. La delicatezza della materia fiscale, tanto più accentuata in quanto l'imposta diretta medievale è per sua natura — o per lo meno la si immagina — straordinaria, conduce spesso a richiederne la giustificazione in una *causa necessitatis*, ben più rigorosa della semplice *causa utilitatis* (cfr. da ultimo E. KANTOROWICZ, *The King's Two Bodies*, Princeton-New Jersey, 1957, p. 285 sgg.).

re procedano a sempre nuove imposizioni, «...cum in eis plenam habeant iurisdictionem...», un freno tuttavia all'abuso è facilmente reperibile su un piano che a prima vista sembrerebbe di natura unicamente religiosa: «...verum tamen *peccant* si hoc faciant *sine causa*...» (40).

Mettendo a raffronto questo passo con altro, già noto, dello stesso Sinibaldo, ove la giusta causa è posta come condizione di validità dei rescritti *contra ius naturale* (41), l'analogia dei due problemi condurrebbe forse a integrare l'una soluzione con l'altra: e quel colpire con la sanzione del peccato atti legislativi *sine causa* parrebbe così ottenere dei riflessi anche sulla validità giuridica della disposizione. Che tale fosse il risultato delle teorie di Innocenzo e il suo effettivo apporto alla dottrina sembrerà chiaro ai canonisti successivi, i quali gli attribuiranno di aver spostato il problema delle norme *contra ius* dal piano della validità *in foro animae* ad altro pertinente al *forum iudiciale* (42).

D'altro canto, persino talune correnti civilistiche si sentiranno spinte sulla stessa strada, e i riflessi della sanzione religiosa — del peccato — si fermeranno decisamente sulla valutazione giuridica dell'atto: la scuola meridionale darà importanti esempi di tali indirizzi.

Così, proprio prendendo lo spunto dal pensiero d'Innocenzo in materia tributaria, Andrea d'Isernia riafferma che, sebbene il principe «...non habeat hominem qui sua facta diiudicet...», tuttavia «...certum est quod peccat apud Deum, sicut quando sine causa imponit novum vectigal, dicit Innocentius, extra, de censibus, innovamus...»; ma timoroso di aver proposto una sanzione non sufficientemente definita per il giurista, precisa poco oltre il suo pensiero: «...non autem dicimus posse quod cum peccato facimus — e il richiamo a due fonti giuridiche non lascia alcun dubbio sul valore tecnico di tale affermazione (43) —

(40) INNOCENTII IV *Comm.* in c. 10, X, III, 39 *de censibus*, c. *innovamus*, nr. un.

(41) INNOCENTII IV *Comm.* in c. 5, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *quae in ecclesiarum*, nr. 3 in pr. «...Et dico non valere legem vel rescriptum in praedictum naturalis iuris, nisi iusta causa interveniat...».

(42) COSÌ PETRI ANCHARANI *Comm.* in c. 8, X, III, 49 *de immunitate ecclesiarum*, c. *quia plerique*, nr. 15.

(43) L'una è canonistica e consiste in un passo di Agostino, inserito nel Decreto, ove si riafferma la necessaria sintesi tra l'attività temporale dell'uomo e quella spirituale (c. 15, C. XXII, q. 1); l'altra è civilistica, ed è un frammento di Papiniano in materia testamentaria, che si conclude con le parole: «...nam quae facta laedunt pietatem... nec facere nos posse credendum est» (*Dig.* 28, 7, 15).

sicut non dicimus posse quae cum periurio facimus...» (44).

Quanto Andrea, come d'altronde tutta la scuola napoletana, sia tributario del pensiero canonistico, e in particolar modo di quello innocenziano, si è già più volte messo in rilievo. Quanto poi fosse importante il nesso, che egli ribadisce a più riprese (45), tra il peccato e l'attività legislativa *sine causa* in materia fiscale si comprende ricordando come gli eccessi assolutistici di Federico — tema ancora di attualità nei primi anni del Trecento — fossero stati ricondotti specialmente al suo esagerato fiscalismo sia dalla propaganda pontificia, sia da quella del nuovo regime angioino: l'una e l'altra notoriamente attive sulla coscienza del commentatore abruzzese.

5. Se la materia finanziaria costituisce uno dei punti più significativi nella dialettica tra causa e peccato, questa va tuttavia inserita nel quadro più ampio della problematica relativa alle norme *contra ius* e alle qualificazioni dottrinali della *plenitudo potestatis*: problematica che si è già vista ricca di riflessi etici.

Occorre tornarvi perché qualche motivo — a suo tempo tralasciato — si intreccia troppo intimamente con la raffigurazione medievale della causa e della sua funzione: e, ancora una volta, lo sfondo religioso assai accentuato esige un brevissimo richiamo di spunti canonistici.

Il rapido processo di esaltazione del potere pontificio e il bisogno di un suo riassetto strutturale, che erano i grandi fatti politici cui la scuola stava assistendo sin dalla propria nascita, aveva certo alimentata la sollecitudine per il problema della definizione giuridica del fenomeno: e l'apparire delle *compilationes* di estravaganti e poi del *Liber Extra* aveva fornito messe abbondante di fonti normative. Se quindi

(44) ANDREAE de ISERNIA *Super usibus feudorum* in *Lib. feud.*, II, 55[56] *quae sint regaliae*, § *flumina navigabilia*, nr. 7, post me. Che la sanzione del *peccatum* trascendesse per Andrea i limiti del fatto puramente spirituale, per incidere sulla stessa validità giuridica dell'attività compiuta, può trovare una certa conferma nell'insistenza medesima con la quale il giurista ribadisce il principio che non 'può' farsi ciò che si compie con peccato; la massima è ripetuta anzitutto in altro luogo della stessa *lectura* degli usi feudali (in *Lib. feud.*, II, 51 *de capitaneo qui curiam vendidit*, nr. 29), quindi — ed è più importante — nello stesso proemio alle Costituzioni regie: che appunto voleva essere l'esposizione soltanto dei principi fondamentali del diritto pubblico (cfr. l'ed. Cervone, Napoli, 1773, del *Liber Constitutionum*, a p. XXI, col. 1).

(45) Così nello stesso frammento, al nr. 15, egli ripete che commette peccato chi imponga vettigali senza causa, argomentando tale conclusione da altra di portata ben più vasta, ossia da ciò che una causa occorre financo al Papa nell'esercizio della sua *plenitudo potestatis*.

ai decretalisti va soprattutto il merito di un'indagine organica della *plenitudo potestatis*, cui essi agganciarono definitivamente la vecchia questione della *dispensatio*, venne loro ovviamente spontaneo, come canonisti, di superare il problema pressoché insolubile d'una conciliazione tra esigenze legalitarie e assolutezza del potere ricorrendo a sanzioni spirituali per gli irragionevoli arbitri.

In questi motivi, certamente, sta il fondo storico del facile ricorrere d'una notazione celebre: «Verumtamen non omitto — scrive l'Ostiense — quod quamvis Papa sine causa dispensare possit de plenitudine potestatis pro eo quod non habet superiorem in hoc mundo, nec est qui corrigat vel emendet, attamen cum homo sit, peccare potest...: ideo noverit sibi terribilius iudicium quam aliis imminere...» (46). Lo spunto, in formulazioni più succinte, era già emerso agli albori della decretalistica (47): e per secoli la dottrina se lo tramanderà immutato (48).

(46) HOSTIENSIS *Summa*, I, *de filiis presbyterorum*, § *quis possit dispensare*, nr. 9 ante fi. Sull'impostazione di Innocenzo IV, e il suo tentativo di trasferirne i risultati in *forum iudiciale*, ci si è già intesi: il Durante sembra riecheggiarla («...nisi papa ex iusta causa dispenset peccat, nec dispensatio prodest...»: DURANTIS *Speculum*, lib. I, part. I, *de dispensationibus*, § *nunc*, nr. 2).

Cfr. anche GUIDONIS de BAYSIO *Rosarium*, in c. 11, D. LXXVI: riprendendo con una certa diffusione la regola generale che la trasgressione delle norme divine compromette la salvezza eterna, e venendo poi a quelle limitazioni che da tempo la scuola si affannava a costruire, egli le imposta tutte sulla teoria che il peccato mortale può essere evitato quando sussista una *causa rationabilis* per derogare alla legge di Dio. Impostazione che, come si è visto per l'innanzi, era corrente dall'epoca di Sinibaldo; qui occorre soltanto rilevare che il collegamento tra causa e peccato si attua con i segni positivo e negativo: come il difetto della prima sollecita, così la sua presenza evita il verificarsi del secondo.

(47) È suggestivo che Alano — discutendo la capacità papale di sottrarre diritti a un ente ecclesiastico in favore di altro — a una primitiva formulazione che si contentava di richiamare l'esigenza di una *iusta causa* sostituisca pochi anni più tardi una redazione più completa, che appunto evoca la sanzione del peccato. Si tratta ancora di un apparato al Decreto, ma il peso della più recente legislazione extravagante è testimoniato da citazioni del sistema specifico che qui interessa: il punto di partenza è un parere di Bartolomeo da Brescia, che sembra non vada oltre l'affermazione della liceità del provvedimento pontificio in esame. «Quod verum est cum ex iusta causa facit», precisa Alano nella prima redazione: e il chiarimento doveva essere corrente, se anche Giovanni Teutonico lo riporta (gl. *iniustitiam* in c. 1, D. XXII). Ma nella seconda redazione Alano aggiunge: «alioquin peccat; tenet tamen quod facit» (App. *ius naturale*, gl. *ius* in c. 1, D. XXII, ed. STICKLER, *Alanus Anglicus als Verteidiger des monarchischen Papsttums*, in *Sa-lesianum*, XXI, 1959, p. 354). Ove occorre soltanto rilevare come la formula alluda ancora a conseguenze soltanto spirituali del peccato.

(48) ANTONII de BUDRIO *Comm.* in c. 13, X, IV, 17 *qui filii sint legitimi*, c. *per venerabilem*, nr. 6:

Ma, pur essendo particolarmente fertile, l'ambiente canonistico non è il solo ad alimentare questi motivi.

Il ricorso alle generiche minacce di sanzioni spirituali per ogni esercizio iniquo della *plenitudo potestatis* — di chiaro stampo canonistico — è comune presso i legisti di Orléans (49): e inevitabilmente conduce alla riemersione del rapporto tra causa e peccato. Negli stessi anni, per esempio, in cui il meridionale Andrea d'Isernia se ne faceva a sua volta fautore — prendendolo direttamente a prestito da Innocenzo — e lo delineava in quella materia tributaria che per le note ragioni storiche al cittadino del *Regnum* doveva apparire particolarmente scottante, Cino preferiva togliere agli ultramontani una identica impostazione nell'argomento che da tempo, a Bologna, aveva costituito il centro della discussione sui poteri del principe. Si allude a quel problema dell'espropriazione che raffigurava una deroga al *ius gentium* e alla *naturalis ratio*.

Se già si è avuto modo di descrivere l'intervento della causa in questo tema, quanto ora importa mettere in rilievo è la particolare formulazione con la quale

«...Et sic patet quod papa etiam *non dispensat sine causa: quia homo est et peccare potest sicut alius, licet a nemine iudicetur...*».

È però soprattutto nei commenti del Panormita che si vede ricorrere quell'impostazione con la maggiore frequenza, e ne viene testimoniata quindi l'importanza. Così nel *Comm.* al c. 47, X, II, 20 *de testibus et attestationibus*, c. *licet ex quadam*, nr. 4, in tema di deroghe al diritto divino; così nel caso più preciso della *dispensatio* ove il canonista osserva che «...quamquam enim papa dispenset — fuorché, aggiungerà poco oltre (nr. 3), «...in his quae... sunt iuris positivi puri...» — *nisi iusta causa subsit peccat et dispensans et cum quo dispensatur...*» (cfr. il *Comm.* in c. 6, X, III, 35 *de statu monachorum*, c. *cum ad monasterium*, nr. 2); così ancora in un discorso che ha per oggetto i poteri dei sovrani temporali, poteri di cui il Panormita crede di dover mitigare l'assolutezza: «...Ego tamen dicerem, quod *ubi non subsit legitima causa veniendi contra ius positivum, princeps peccat* illud violando. Quia debet facere ut bonus paterfamilias, quia data est ei potestas pascendi oves, non autem turbandi seu molestandi: et debet procedere ex rectitudine iustitiae et aequitatis...» (*Comm.* in c. 7, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *quae in ecclesiarum*, nr. 17).

(49) Prendendo lo spunto — agli inizi della sua lettura del Digesto — dal caso dell'espropriazione arbitraria, Jacques de Révigny nota: «...et licet hoc possit facere (N om: facere), tamen non est moris sui: sic loquitur lex C. de emancipationibus liberorum, l. nec avus (*Cod.* 8, 48[49], 4). Sua enim potentia non est limitata; de plenitudine potestatis suae potest hoc facere: caveat sibi, minister Dei est, auth. de fide instrumentorum, § I, coll. VI (*Nov.* 73 pr., § 1), cum non minus iudicabitur quam ipse iudicat, ut C. de iudiciis, rem non novam (*Cod.* 3, 1, 14). Et de hoc habuisti plenius C. de precibus Imperatori offerendis, l. rescripta (*Cod.* 1, 19, 7)...». Sul suo commento della l. *rescripta* si avrà occasione di fermarsi a lungo (IACOBI DE RAVANIS *Lectura in Const. omnem*, § 1, NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 2ra (N) e LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 2rb).

Cino, pur sostanzialmente in termini non nuovi, conclude il suo discorso in questa materia: se il principe «...rem meam auferat *sine causa*... peccat...» (50). Proseguendo ancora oltre sulla strada aperta da Cino, e toccando anche il terreno delle norme *contra ius divinum*, Bartolo potrà giungere al termine di una lunga casistica sintetizzandola in una regola sola: se il precetto divino è «simpliciter statutum» — ed è il caso più delicato perché rientra nell'ipotesi che quel precetto non subisca limitazioni da altra norma pure divina — «...tunc aut *causa legis excludit peccatum*, et valet lex sive statutum... aut *causa legis vel statuti non excludit peccatum*, et non valet...» (51).

Le posizioni del canonista e del civilista convergono puntualmente. La premessa, consapevole o non, dalla quale si svolgono tutti i ragionamenti dell'uno e dell'altro sta certo nelle vaste implicazioni etico-religiose che al processo legislativo, e alla norma in sé, il giurista medievale volle attribuire, preoccupandosi di determinare quei nessi tra l'ordinamento divino e il naturale, tra il *ius gentium* e il *civile*, sui quali non a caso ci si è più sopra lungamente soffermati. Ed è proprio in questo ambiente di rapporti, che rispecchiano quelli tra i mondi della religione, della morale e del diritto in senso stretto, che l'alternativa tra causa e peccato diviene anch'essa relazione logica, e si definisce. Così, pur nelle mani del giurista, la causa lascia trasparire con chiarezza tutto il potenziale etico che contiene.

6. Quasi verrebbe fatto di osservare che sul terreno pubblicistico dei poteri del principe e del fenomeno normativo si sia svolto il processo inverso di quello rilevato dallo Chévrier in tema di obbligazioni, in cui dal tempo dell'ultima glossa si sarebbe verificato un progressivo svuotarsi della causa di ogni suo contenuto morale (52). Certo è significativo che nelle obbligazioni finisse col cadere quella qualifica di *naturalis*, che i glossatori aggiunsero alla causa sostanziale quasi per ribadirne i legami col diritto di natura, sistema tutto percorso di correnti religiose ed etiche. Ma si spiega: l'eccessiva tecnicizzazione della figura, diventata ormai elaboratissima, aveva

(50) CYNII *Comm.* in *Cod.* 1, 19, 7, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *rescripta*, nr. 8 in fi.

(51) BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 1, 1, 9, *de iust. et iure*, l. *omnes populi*, nr. 22 in fi. e 23 in pr.

(52) CHÉVRIER, *Essai sur l'histoire de la cause dans les obligations*, Paris, 1929, pp. 2, 6, 89 sg.

condotto a farne o un problema scolastico — si pensi a tutte le sottigliezze verbali che la circondarono —, o un problema pratico, tanto che i giuristi si mostrarono assai più preoccupati della sua inserzione tra i titoli probatori, come appunto rileva lo Chévrier, che non della sua effettiva sussistenza o della sua mancanza.

Nei problemi pubblicistici, invece, gli elementi metagiuridici si mantennero assai più robusti che nel diritto privato, né l'efficacia inaridente della pratica poté giungere a scazarli. Sicché la *causa legis*, chiamata già da Giovanni Teutonico a stabilire il contatto tra *ius* e *fas*, poté continuare lungo tutta la tradizione, e canonistica e civilistica, ad assicurare in ogni caso l'equilibrio fra il diritto umano e quello divino o naturale. Fino al punto che, col suo intervento nelle circostanze più scabrose, i giuristi riuscirono addirittura ad allontanare dal legislatore lo spettro del peccato.

7. Quel collegamento fra la causa e l'*aequitas* che sin dal tempo dei primi glosatori aveva condotto al frequente scambio dei due termini, e le *Questiones de iuris subtilitatibus* avevano incisivamente giustificato col principio che «...neque congruit equitatis rationi quemquam onerari, nisi iusta precedat oneris causa...» (53), s'inquadra dunque nella riduzione in termini giuridici di un'esperienza che lo studioso vive inizialmente sul piano religioso e morale.

Tale esperienza continuerà a fornire il sostrato sul quale poggerà la *causa legis* anche in epoca avanzata. Per ricorrere all'immagine di un giurista che diede alla luce la sua opera maggiore all'aprirsi del Quattrocento, la causa delle compilazioni, e quindi di tutto il diritto, offre due aspetti, perché se l'*immediata* è il buon governo, quella *mediata* — però «...*ad praecedentem consecutiva...*» — consiste nel facilitare ai cittadini il raggiungimento della beatitudine eterna (54): la *causa legis* non poteva appoggiarsi a uno sfondo più significativo!

Sul piano propriamente giuridico, gli intimi contatti della causa con l'*aequitas* (55), intesa quest'ultima come una forza obiettiva insita nel diritto,

(53) *Questiones de iuris subtilitatibus*, VII *de transactionibus*, § 6, ed. FITTING, Berlin, 1894, p. 63, ed. ZANETTI, Firenze, 1958, VIII, § 6, p. 37.

(54) BARTHOLOMAEI SALYCETI *Comm. in Const. haec, de novo codice faciendo*, § *resecatis... praefationibus*, nr. 3.

(55) Se ne sono viste le scaturigini più lontane. Consolidatosi il fenomeno con l'andar del tempo, una glossa aggiunta nei *Libri*, in margine a un paragrafo di Ulpiano (*Dig.* 12, 4, 3, 6, *de conditione causa data*, l. *dedi*, § *si quis*), e dagli editori concordemente attribuita a Baldo, poteva sintetizzare il fenomeno

contribuirono a riportar questa *aequitas* alla singola attività compiuta *ex causa* ossia, in definitiva, al mondo spirituale dello agente: entrava allora in campo la *iustitia*, che è appunto una *virtus* destinata a compiere pel tramite di un dato soggettivo, cioè la volontà (56), una sintesi tra l'aspetto obiettivo e quello subiettivo del singolo fenomeno. E, per restare più o meno nello stesso periodo in cui scrisse il Saliceto, si leggerà talvolta in Paolo di Castro, per esempio, che un atto o l'altro «...*iustificatur...* *ex causa...*» (57), ove l'uso d'una terminologia tanto espressiva riporta proprio al procedimento di sintesi tra *aequitas* e *voluntas* descritto or ora.

È il problema del lecito e dell'illecito che si risolve in una concezione assai complessa e va ben oltre una valutazione commisurata al mero dettame della norma: perché investendo i momenti più intimi e più umani del diritto tocca inevitabilmente una realtà spirituale vista al contempo da angoli visuali etici e giuridici.

La stessa dinamica interna al fenomeno del lecito e dell'illecito, dunque, prima di diventare un problema soggettivo è retta dai singoli ondeggiamenti di quella realtà obiettiva che si designa col termine equità; e questo termine che, sostantivato, rappresenta un concetto — quindi un astratto — è desunto da una qualità del singolo rapporto, tale da esser più propriamente indicata — in quanto attributo — dall'aggettivo *aequus*. Qualità, a sua volta, impressa da una forza individuabile come realtà sostantiva — la causa — che ha pertanto il compito di congiungere l'*aequitas* astratta con il caso particolare: di unire, insomma, il concetto e il mondo mutevole dei fatti concreti. Da questi, nei quali soltanto può intervenire, il dato umano soggettivo assurge al giusto, *iustificatur*.

In un tale processo, già intuito dai primi glossatori, ma descritto compiutamente dai commentatori, la causa dunque appare come il momento centrale. La sua propensione per il concreto la porta a sollecitare che «...illud quod visum est equum et

di tali contatti in una espressione che cristallizza i risultati dello svolgimento teorico di secoli: «*Aequitas naturalis inspicitur penes effectum et causam finalem...*».

(56) Il giurista sapeva bene che la «*iustitia est constans et perpetua voluntas*»: come si vedrà più oltre.

(57) Così egli si esprimerà trattando il problema della guerra lecita, svolgendone l'esame al contempo — ed è una notazione interessante — *quantum ad Deum* e *quantum ad mundum*, e semplificando così una vecchia impostazione di S. TOMMASO (*Summa theol.*, II^a II^{ae}, q. 40, art. 1): cfr. PAULI CASTRENSIS *Comm. in Dig.* 1, 1, 5, *de iust. et iure*, l. *ex hoc iuregentium*, nr. 4.

fuit diu equum potest esse iniquum mutata causa...» (58), regola che — trasferendosi dal piano dell'equità a quello della liceità — deve poi trasporre nell'altra «...quod aut causa quae primo erat non mutatur, sed eadem remanet, et tunc quod ante licet debet etiam postea licere et e contra... aut prima causa mutatur et tunc si nova causa tendit ad permissionem, tunc quod ante non licet, postea licet... aut causa nova tendit ad prohibitionem et tunc quod ante licet postea non licet...»: la espone l'Alvarotti definendola come la somma «...regula in permissis et prohibitis...» (59).

Sono spunti, questi, còlti in un momento che può dirsi il punto di arrivo di una elaborazione dottrinale, se non altro per l'epoca avanzata cui appartiene. Punto di arrivo che rivela però a sufficienza come quella figura della causa — che nelle obbligazioni lo Chévrier ha visto soggetta a un processo di inaridimento — fosse andata potenziando altrove i suoi aspetti etici, non solo condizionando l'intero problema normativo, ma inoltrandosi addirittura nel segreto delle sorgenti prime di tutto il fenomeno giuridico.

8. Alle origini degli indirizzi che si sono visti confluire nelle significative espressioni della tarda scuola possono utilmente collocarsi anche altri motivi che la figura della legge suggeriva: importante fra tutti, la rapida convergenza dei due termini di *causa* e *ratio*. Quanto sia necessario tener d'occhio un simile processo risulta chiaro a chi ricordi la portata vastissima che il Medioevo, sulle orme dell'insegnamento della Scolastica, attribuiva alla figura della *ratio*; lungi dal rimanere un semplice concetto logico, essa si era arricchita di tutte quelle implicazioni morali che appunto l'idea di *rationabilitas* suggeriva, ogni qualvolta la si riportasse alla valutazione di un'attività umana. Che era appunto il modo in cui il giurista la utilizzava.

Si trattava comunque di una convergenza di figure diverse la cui reciproca attrazione era il frutto di talune premesse teoriche.

(58) IACOBI de RAVANIS *Lectura in Dig.* 1, 4, 2, *de constitutionibus principum*, l. *in rebus novis*, LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 10ra (L) e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 7va. Continua esemplificando: «quidam impetravit ut posset substituere muto, hoc fuit equum pro eo quod posset testari qui testari non poterat. Deinde per miraculum recuperavit loquelam, non valebit rescriptum, quia mutata est causa, et quod prius fuit equum modo fit (L: est) iniquum, hoc est quod probatur infra, de vulgari et pupillari, l. ex facto (L: ex officio: *Dig.* 28, 6, 43)».

(59) IACOBI ALVAROTI *Super feudis Comm.* in *Lib. feud.*, 1, 7 *de natura feudis*, nr. 4.

Se è vero che nel linguaggio medievale il termine *ratio* presenta una ambiguità singolare (60), sembra, tuttavia, ch'esso individui un fenomeno piuttosto gnoseologico che ontologico, quest'ultimo restando meglio indicato dal termine *causa*: sicché l'identificazione di quei due concetti, pur palesando una singolare confluenza di realtà oggettive (*causa*) e soggettive (*ratio*), non poté impedire che due momenti così diversi rifuggissero da un'unificazione, e lasciassero occasionalmente trapelare la loro sostanziale posizione antitetica.

Qui risiede, forse, il nocciolo del problema storico posto dal binomio *causa-ratio*, e delle rappresentazioni non sempre univoche offerte dai giuristi medievali.

(60) *Computatio, causa, aliquid simplex abstractum a multis, virtus cognoscitiva*: ecco i quattro schemi generali in cui si inseriscono i molteplici significati del termine *ratio*, secondo il DEMERS (*Les divers sens du mot «ratio» au Moyen Age. Autour d'un texte de Maître Ferrier de Catalogne (1275)*, in *Etudes d'histoire littéraire et doctrinale du XIII^e siècle*, vol. I delle *Publications de l'Institut d'études médiévales d'Ottawa*, 1932, p. 109). Tralasciando la prima accezione, che ovviamente qui non interessa, le altre rivelano un graduale affinarsi d'una realtà obiettiva in categorie soggettive. Già il secondo schema allude a una causalità efficiente sia d'ordine ontologico, sia psicologico, in questo secondo caso indicando sia l'azione di agenti esterni (*id quo impellimur*), sia la dinamica dei poteri intellettuali (*impulsus mentis*), ovviamente determinata soprattutto dall'individuazione d'uno scopo da raggiungere (*causa finalis*). Una realtà meramente intellettuale indica la terza categoria sebbene, come il *logos* di cui è erede, la *ratio* comprenda qui e l'essenza ideale della cosa obiettivamente considerata, e la sua rappresentazione soggettiva: la sua essenza e il suo concetto, dunque, e, sul piano logico, la sua definizione. L'ovvia influenza del neoplatonismo, soprattutto agostiniano, ricondurrà a Dio «principaliter et originaliter» tali *rationes* ideali: il che spiega molti atteggiamenti dei giuristi.

Il punto più travagliato è infine la riduzione della *ratio* alla *virtus cognoscitiva*, ossia a una facoltà: travagliato specialmente per l'interferenza del problema dei rapporti — ondeggianti nella tradizione — tra i termini dei binomi *ratio-natura* e *ratio-intellectus*: qui la loro riduzione tomistica a un'unica potenza che si distingue nell'azione chiarisce l'intervento nel campo della volontà umana: e la *ratio* diventa suprema regola di condotta identificabile con la *lex aeterna* (cfr. soprattutto DEMERS, *Les divers sens*, cit., pp. 105-126 e PEGHAIRE, *Intellectus et ratio selon S. Thomas d'Aquin*, nelle stesse *Publications de l'Inst. d'ét. médiév. d'Ottawa*, VI, 1936, p. 14 sgg. Anche YON, *Ratio et les mots de la famille de reor. Contribution à l'étude historique du vocabulaire latin*, Paris, 1933. Per il riferimento di questi sfondi speculativi al pensiero giuridico, cfr. da ultimo PIANO MORTARI, specialmente *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, in *Annali di storia del diritto*, II, 1958, p. 89 e *passim*).

Quanto occorre tener presente è la prevalenza dei significati soggettivi del termine *ratio* nel pensiero filosofico.

Comunque il concorrere insieme di quei due concetti riproduceva un fenomeno usuale, nel mondo filosofico, sin dall'antichità, e tanto più significativo ai nostri fini in quanto accertato da quella tradizione stoica per gran parte trasmessa al Medioevo (61). Ma le ragioni teoretiche già esposte avevano interrotto di frequente il regolare svolgersi del procedimento, evitando che *causa* e *ratio* giungessero a confondersi (62): lo stesso Cicerone si era limitato ad accostarle (63), e il suo grande tributario d'oltre un millennio dopo — ch'è Papias — ne aveva consegnato il pensiero ai glossatori.

Questi dunque trovavano scritto nel lessico che «causa sine ratione potest esse, ratio vero non sine causa» (64); e la formulazione piacque tanto da riemergere periodicamente, ancora a distanza di secoli, quasi a ravvivare ogni volta il problema che quelle due immagini ponevano al giurista. Problema che però si ricollegava anche a un passo del *Corpus Iuris*: e questo è più importante.

Un frammento di Papiniano che si è già incontrato, oscuro nel fondo malgrado la sua apparente lucidità, giustificava la nota regola che la falsa *causa* non vizia il legato, spiegando la poca incidenza della *ratio legandi* sul negozio (65): e l'interprete medievale vi trovava stabilito quel curioso legame tra *causa legati* e *ratio legandi*, che eccitava la sua curiosità, ma non appariva tuttavia sufficiente a consentire un'equazione condotta su un piano generale.

Nei primi tempi, comunque, i glossatori non si lasciarono sopraffare da indagini di natura terminologica, e si volsero soprattutto a definire fino a che punto la regola di Papiniano fosse efficace: e vennero alla consueta conclusione che occorresse distinguere se la *causa* o *ratio* fosse stata posta *conditionaliter* o *demonstrative*;

(61) Così SENECA (*Epist.* 7, 3 [65], 2) insegnava che «...dicunt, ut scis, stoici nostri, duo esse in rerum natura ex quibus omnia fiant, causam et materiam... *Causa autem, id est ratio, materiam format...*».

(62) V'è per esempio quel passo di Mario Plozio Sacerdos, sul quale ha attirato l'attenzione il GEORGESCU (*Le mot causa dans le latin juridique*, in *Revista clasică*, VI-VIII, Bucarest, 1934-35, ora in *Etudes de philologie juridique et de droit romain*, I, Paris, 1940, p. 230), che offre materia di meditazione, tanto più che la formula «...in ratione semper causa est, in causa vero non semper ratio...» fu certo molto bene accolta dalle scuole altomedievali e riproposta per il loro tramite ai primi glossatori.

(63) Cfr. GEORGESCU, *Le mot causa*, cit., p. 222.

(64) È l'ultima considerazione dettata a Papias dalla voce 'causa'.

(65) *Dig.* 35, 1, 72, 6.

nel primo caso la sua falsità inficiando il legato ed escludendo quindi la regola romana (66). Occorre appena ricordare come sin da questi primi approcci all'argomento, suffragati d'altronde da una fonte esplicita (67), venisse riaffermata l'efficacia maggiore della causa posta *conditionaliter*: che dal tempo di Giovanni Bassiano otterrà di preferenza la denominazione di causa finale e dal tempo dei postglossatori anche la qualifica di *ratio* in senso tecnico. Ma procediamo con ordine.

Il bisticcio di parole, che risultava dall'accostamento dei due termini nella fonte romana, cominciò a occupare attivamente il Piacentino. Nella sua esposizione la sostanza del problema giuridico restò risolta nel modo tradizionale — imperniata sulla separazione tra *causa* e *demonstratio* da una parte e *condicio* dall'altra — ma, arricchendo le proprie implicazioni soprattutto terminologiche, la questione condusse a risultati teorici nuovi di una certa importanza: ad affermare cioè, che la causa del legato e la *ratio legandi* convergevano. Ma ciò significava spostare alquanto il senso del pensiero di Papiniano. Guardando indietro all'interpretazione del giurista medievale con l'occhio dello storico, appare chiaro come l'identificazione della causa, intesa come elemento statico del negozio compiuto, e della *ratio*, vista invece come la forza dinamica formativa dell'atto, fosse ormai nel pensiero del Piacentino il segno premonitore delle soluzioni più mature.

Ma per quale motivo la *causa legati* è chiamata *ratio legandi*? Qui il Piacentino non sa andare oltre una giustificazione puramente estrinseca, dettata forse dal fatto che i due concetti suggeriscono alla sua mente immagini di natura soprattutto logica: «...ideo autem legati causa dicitur legandi ratio, quia per *rationales coniunctiones* 'quia', 'quoniam', 'quidem', allegatur...» (68).

(66) Basti ricordare, di scuola bulgariana, la *Summa Vindobonensis* (II, 20 *de legatis*, § 18, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 348), di scuola piuttosto gosiana la *Summa Trecentis* (VI, 29 *de falsa causa adiecta legato*, § un., ed. FITTING, cit., p. 198). Procede sulle orme di quest'ultima la *Summa* di ROGERIO (VI, 30 *de falsa causa adiecta legato*, § 1 sg., ed. PALMIERI, cit., p. 166).

(67) *Inst.* 2, 20, 31.

(68) PLACENTINI *Summa Codicis*, VI, 44 *de falsa causa adiecta legato*: «...Ea autem est physica quare falsa causa non obsit legato, quia *legati causa, id est legandi ratio*, non cohaeret legato, ut ff. de conditionibus, l. cum tale, § ultimo (in realtà *Dig.* 35, 1, 72, 6). Ideo autem legati causa dicitur legandi ratio, quia per *rationales coniunctiones*, 'quia', 'quoniam', 'quidem', allegatur...». E, con una brusca modifica nell'accezione del termine *ratio*, si ricollega, immediatamente dopo, all'impostazione corrente: «...atqui si conditionaliter enunciatur, alia ratio relictum restituit...».

I tempi però richiedevano ormai soluzioni teoriche di maggior respiro.

9. In un passo ove Giovanni Bassiano si domanda quale sia il compito della *regula iuris*, egli l'individua in ciò che «...unam *causam* redditam in uno, pluribus aliis in quibus eadem aequitas vertitur attribuat...», e trova necessario aggiungere: «...*causam, id est rationem*: causa enim dicitur ratio, ut probatur per duas leges, Inst. de legatis, § longe (Inst. 2, 20, 31), et ff. de conditionibus et demonstrationibus, l. cum tale, § falsam (Dig. 35, 1, 72, 6)...» (69). Azzone, commentando la stessa fonte romana, riprenderà senza varianti il pensiero del Bassiano: «...quod autem *causa ratio dicatur et e converso* colligitur ex Inst. de legatis, § longe (Inst. 2, 20, 31) et de conditionibus et demonstrationibus, l. cum tale, § falsam (Dig. 35, 1, 72, 6)...», si legge nel suo *apparatus magnus* al titolo *de regulis iuris* del Digesto: e anche la sede del discorso del Bassiano e di Azzone è significativa (70). Ma ancora più importante è osservare che entrambi enunciano il principio a sostegno dell'interpretazione del passo ove Paolo assimila il concetto di *regula* a una *causae coniectio*: e nelle Pandette bolognesi i glossatori leggevano *causae coniunctio*. Se il Piacentino si era limitato a comprendere che il giurista romano avesse descritto la regola come una somma di singole situazioni normative dall'identico contenuto, Giovanni Bassiano sembra avesse guardato a orizzonti più lontani, configurandosi piuttosto il naturale convergere di situazioni differenti, ma che avessero tutte la medesima *ratio*, fossero cioè ispirate dalla stessa *aequitas* (71).

(69) Nella *Materia ad Pandectas, de diversis regulis iuris*, nr. 4: che tale commento sia sicuramente attribuibile al Bassiano è quanto ritiene il GENZMER, *Gli apparati di Azzone al Digestum Novum* 50, 17, 1, in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, p. 8. La teoria è comunque risposta tale e quale da Azzone, che ne assegna la paternità appunto al suo maestro.

(70) Gl. *regula est* in Dig. 50, 17, 1, ed. GENZMER, *Gli apparati di Azzone*, cit., p. 11.

(71) *Ibid.*, ed. cit., p. 10 e 11: «...dicitur itaque regula quasi cause coniunctio: id est plures cause simul coniuncte regulam constituunt. Verbi gratia: statutum est in piscibus ut occupanti concedantur; idem est in feris bestiis; idem in volucris: colligitur regula ut quod in nullius bonis est occupanti concedatur, quia sic statutum est in piscibus, et quia sic statutum est in volucris que in nullius bonis sunt... Et sic Placentinus. Sed Ioannes Bassianus aliter: regula quidem coniunctio cause

Ormai l'equiparazione di *causa* e *ratio*, sollecitata da un'ambigua espressione di una fonte in tema di legati, appare trasferita su un terreno nuovo e quanto mai fecondo: la teoria generale della legge. Una glossa di Accursio, che già si è ricordata, spezza addirittura i legami tra le due materie: commentando la tesi di Papiniano che la *ratio legandi* non aderisca al legato, la glossa ordinaria conclude bruscamente: «...secus autem est in ratione legis, nam ea cohaeret in tantum, ut ea cessante cesset lex...» (72).

Non è tanto l'intervento della formula 'cessante causa cessat effectus', venuta a rafforzare ancora il potere della *ratio legis*, che qui occorre mettere in rilievo, quanto piuttosto la constatazione che il richiamo a quella regola implicava ovviamente un confondersi della *ratio* con la *causa finalis*: fenomeno che è già il chiaro presupposto delle teorie del Bassiano e di Azzone or ora esaminate. L'attribuzione accursiana di una diversa efficacia alla causa finale in due problemi giuridici connessi, com'erano quelli della legge e dei legati, parve tuttavia costituire un attentato all'unità stessa della figura — vista sin dal tempo del Révigny come una categoria

dicitur, quia coniungit eandem causam, *id est rationem*, pluribus aliis, in quibus eadem equitas statuitur que vertitur in primis. Nam primo statutum fuit in piscibus ut occupanti concedantur, ea causa sive ratione, quia in nullius bonis erant. Eadem ratio invenitur in feris bestiis, et quia eadem ratio in his et similibus invenitur, idem ius sive eadem regula eas et similia complectitur...». E a questo punto Azzone si sente in dovere di chiarire che *causa* e *ratio* sono tutt'uno: come sopra si è detto.

(72) Gl. *non cohaeret* in *Dig.* 35, 1, 72, 6, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *cum tale*, § *falsam*. Presa a prestito da Accursio, la glossa, con varianti non sostanziali, doveva già circolare da tempo nella scuola del Bassiano. Nell'apparato del ms. VATICANO, *Vat. lat.* 11157, fo. 169vb (che contiene, tra l'altro, quello di Ugolino al tit. *solutio matrimonio* e in cui la sigla di Accursio ricorre raramente) la glossa in esame, anonima, assume questa forma: «secus est in ratione legis, nam eam (sic) coheret in tantum ut ea deficiente deficiat effectus, ut infra, de iure patronatus, adigere, § quamvis (*Dig.* 37, 14, 6, 2). *Falsam conditionem* concor[da] huic §, arg. supra, de conditionibus institutionum, l. penultima et ultima (*Dig.* 28, 7, 27 e 28), arg. supra, de hiis que ut indignis, cum quidam (*Dig.* 34, 9, 12)». Basta confrontarla con quella accursiana per rilevarne la parziale divergenza nell'argomentazione e l'affinità anche terminologica nell'affermazione del principio. Alla *ratio* configurata in questo caso spetta la qualifica di *necessaria*, che la contrappone alla *ratio sufficiens* o *probabilis*: lo stesso Accursio spiega che «...est autem necessaria ratio ut quando ipsa ratio deficit deficiat et lex, et tunc quando ipsa locum habet, et lex» (gl. *et rei habet* in *Dig.* 4, 2, 14, 2, *quod metus causa*, l. *item si*, § *in causae*).

generale dall'identico meccanismo in ogni campo (73) —; e Bartolo si crederà in dovere di dedicare alla glossa ordinaria una critica pesante (74).

Al tempo di Bartolo, d'altronde, era ancora vivo il costume di sostituire il termine *ratio* alla parola *causa*, quando questa fosse stata volta *ad futurum*, probabilmente per la sola ragione tecnica che la causa in senso stretto andava invece intesa *de praeterito*, almeno secondo le vecchie definizioni. A tale fenomeno si è avuta l'occasione di fare qualche accenno: e si può qui ulteriormente osservare come esso trovi la sua spiegazione logica proprio in quella equivalenza tra i due concetti di *causa finalis* e di *ratio*, che si è veduta sorgere di buon'ora e presto affermarsi definitivamente.

10. Il Battistoni cita alla rinfusa taluni passi di giuristi d'epoca avanzata — del Tiraqueau (75), del Donello, del Mantica, per intenderci — al fine di mettere in risalto la tenace sopravvivenza della distinzione concettuale di *causa* e *ratio* (76).

La notazione, fino a un certo punto, appare esatta, ma non è certo sufficiente a porre nuovamente in discussione quella convergenza che si è vista condotta agli ultimi effetti teorici già dagli antichi glossatori. Non solo perché alcuni enunciati formulano solo in apparenza dei principî astratti, ma si riferiscono in realtà soltanto a casi singoli, o intendono metter un po' d'ordine nel disparato materiale delle fonti, ed evitano, comunque, di assumere un valore generale. Ma anche per la semplice ragione che, ove si superava la meccanica di una logica volta ad applicazioni tecnico-giuridiche per inseguire più alti scopi conoscitivi, la *ratio* continuava a rivelare quel significato ambiguo di cui più sopra si è discusso, e si poneva soprattutto

(73) Il Révigny, infatti, esaltando quella sua efficacia mediante il ricorso alla regola 'cessante causa etc.' ne proclama l'applicazione ovunque alla stessa maniera: «...et in causa legis, et in causa pacti et in testamentis...» (IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* [attr. al Belleperche] in *Cod.* 1, 3, 51, *de episcopis et clericis*, l. *generaliter*).

(74) BARTOLI *Comm.* in *Dig.* 35, 1, 17, 2, *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *demonstratio falsa*, § *quod autem*, nr. 18.

(75) Il quale tuttavia, checché ne dica il Battistoni, sembra piuttosto decidersi a non tenere separate *causa* e *ratio* (TIRAQUELLI *Tractatus 'cessante causa'*, I, nr. 11), e ci avverte d'altronde che il confondere i due concetti era usanza del tutto normale tra i dottori del suo tempo (*ibid.*, nr. 130).

(76) BATTISTONI, *La causa nei negozi giuridici*, Padova, 1932, p. 23 sgg.

come un ordine astratto di natura intellettuale cui di frequente non riusciva ad adeguarsi, perché posta a rappresentare fenomeni concreti, la raffigurazione della causa: problema teorico di cui appare consapevole, ai suoi tempi, la stessa scuola del Bassiano (77).

Ma non basta. Se la vecchia differenziazione dei due concetti tramandata da Papias — «causa est animi impulsus ad aliquid agendum, ratio vero gerendorum ordo ex causa venientium» (78) — poteva dunque continuare a venir rievocata in omaggio alla tradizione, per rispondere a interessi più che altro speculativi; d'altro canto il giurista tendeva anche a reinterpretarla alla luce dei risultati raggiunti dal pensiero giuridico: quando Jean Le Moyne nel primo Trecento (79) e, intorno alla metà, Luca da Penne (80) ripresero testualmente la distinzione dell'antico lessico — che per il giurista abruzzese, anzi, costituiva una fonte consueta —, è certo che l'opposizione tra *causa* e *ratio* che essi rilanciavano appariva del tutto equivalente a quella tra *causa impulsiva* e *finale*, adeguandosi così alle teorie più sicure della scuola.

È vero che ancora Bartolo si dimostra incerto nell'accogliere l'equazione tra i due termini; e una volta l'ammette senz'altro mentre altrove ribadisce invece l'op-

(77) Nei commenti parigini attribuiti dal Meijers a Carlo di Tocco — e proprio nella trattazione dell'atto legislativo — il problema ontologico, individuato dal concetto di *causa*, è tenuto distinto da quello meramente intellettuale (*cur*). «...Ius dico ipsum statutum, rationem eius dico *causam* statuti et *rationem* eius *cur* ita sit statutum» (*Lectura in Cod.* 1, 14, 1, *de legibus et const.*, l. *inter aequitatem*, PARIS, lat. 4546, fo. 11rb). Sull'importanza del passo è inutile insistere: occorre solo notare che, interrompendo improvvisamente il normale svolgimento d'un discorso sui contrasti tra *ratio aequitatis* e *ratio stricti iuris*, la frase sembra costituire piuttosto una glossa autonoma, posta a chiarire l'espressione *ratio iuris*, e quindi interpolata dall'amanuense. Se questa constatazione solleva il dubbio che l'autore della glossa e quello dell'intero commento non fossero la stessa persona, la cosa non sembra rilevante ai nostri fini: con tutta probabilità, dato e non concesso che di due scrittori diversi si trattasse, non dovette esservi fra loro gran distacco né di tempo, né di scuola.

(78) PAPIAS, alla voce 'causa' del suo lessico. E tuttavia la distinzione tra le due figure non era corrente nemmeno tra i retori del tempo, come appunto avverte l'*Elementarium*, s. v. 'causales et rationales'.

(79) IOANNIS MONACHI *Comm.* in c. 3, VI, II, 4 *de iuramento calumniae*, c. *nullam*, nrr. 1 e 2.

(80) LUCAE DE PENNA *In tres libros Comm.* in *Cod.* 10, 55, 1, *de his qui non impletis stipendiis*, l. *ignominiae*, nr. 8. D'altronde si continuò regolarmente a richiamarla, e persino il MANTICA — che pure sembra informatissimo di tutta la problematica intorno alla figura della causa, e a questa dedica un titolo che è un vero trattatello monografico (cfr. MOTTA, *La causa delle obbligazioni nel diritto civile italiano*, Torino, 1929, p. 66 sgg.) — farà onore al pensiero di Papias (FRANCISCI MANTICAE *De tacitis et ambiguis*, III, 12, nr. 3).

portunità di fare un uso diverso dei concetti di *ratio* e *causa finalis* (81). D'altronde persino Baldo, quasi sempre assai deciso nel seguire le idee di avanguardia, specialmente se a sfondo filosofico, rivelerà un'inconsueta timidezza concludendo un discorso sull'efficacia della formula 'cessante causa', e avvertirà che «...*interdum* ponitur causa pro ratione...»: ove il dubbio che lascia quell'*interdum* non viene sciolto da successivi chiarimenti (82). Ma in Baldo soprattutto sono, questi, i riflessi di scrupoli formali: in realtà nulla è significativo quanto il vedere ch'egli stesso usava le espressioni *ratio impulsiva* e *ratio finalis* senza giustificarle, o addirittura senza rendersi conto della peculiarità del procedimento, che presupponeva nel giurista la convinzione di poter sostituire la parola *ratio* al termine *causa* anche se il riferimento — e qui la cosa è grossa — andava all'*impulsiva* (83).

D'altro canto, più o meno nello stesso periodo in cui si affermava il pensiero di Baldo, Alberico da Rosate poteva inserire tranquillamente nel suo *Dictionarium* la definizione pura e semplice: «causa, id est ratio», che sembra abbastanza categorica per non lasciare dubbi. E l'introduzione nel *Dictionarium* è significativa per la natura stessa dell'opera di Alberico, un'enciclopedia e un repertorio di fonti atto a contenere per lo più opinioni correnti e idee diffuse.

11. A inserire, dunque, le esitazioni di taluni giuristi nell'ambiente dottrinale di quel tempo, esse si riducono a modeste proporzioni. E in verità sin dall'epoca di Dino del Mugello appaiono consacrate teorie che vanno ancora oltre l'equi-

(81) Volendo distinguere le leggi dichiarative da quelle «...mere positivae...» procede in base all'esame della *ratio*, indagata nella prefazione della legge stessa. E conclude: «...et ista *proprie* appellatur causa finalis...» (BARTOLI *Tractatus super const. ad reprimendum [quomodo in crimine laesae maiestatis procedatur]*, § *ne ex eorum absentia*, nr. 17; inserito anche come gl. *absentia*, in fi., nell'apparato ordinario alla const. cit.). Motivi ben diversi, quindi, e più sottili di quelli che avevano condotto lo stesso Bartolo a soluzioni d'altro tipo, quand'egli aveva avvertito «...causa proprie est de praeterito...», e l'avevano indotto a togliere dalla categoria della causa la finale: e allora quest'ultima era stata proprio sostituita con il termine *ratio* (BARTOLI *Comm. in Dig.* 39, 5, 2, 7, *de donationibus*, l. *si cum filius*, § *titio*, nrr. 2 e 3).

(82) BALDI *Super Decretal. Comm. in c.* 26, X, II, 24 *de iureiurando*, c. *etsi Christus*, nr. 7 in fi.

(83) Ed è una sostituzione corrente in Baldo: cfr. BALDI *Comm. in Dig.* 24, 3, 1, *solutio matrimonio*, l. *dotis causa*, nr. 21; EIUSD. *Comm. in Cod.* 1, 19, 3, *de precibus Imperatori offerendis*, l. *nec damnosa*, nr. 2; EIUSD. *Comm. in Cod.* 8, 52[53], 1, *quae sit longa consuetudo*, l. *praeses*, nr. 4.

parazione di *causa* e *ratio*; se spesso anche questa gli fu attribuita, per la comprensibile tendenza a concentrare tutti gli allori su un solo personaggio, gli venne soprattutto fatto merito di aver individuato nella *ratio legis* — intesa come l'immagine dell'intenzione del legislatore — la stessa *mens* o la *sententia* che racchiudeva proprio la sostanza della disposizione, la sua forza. Quella *mens*, o quella *sententia*, la cui ricerca sarà l'obiettivo primo del nuovo metodo di studio dei commentatori.

Ma le radici della posizione di Dino si scorgono già nell'età della glossa.

In fondo, la stessa recezione di quel significato filosofico della *ratio* — intesa come rappresentazione intellettuale d'una realtà — cui si sono visti sensibili i giuristi, doveva facilitare la confusione con la *mens* o la *sententia*: un passo poi del *Corpus Iuris* ne offrì l'estro, alimentando graduali approfondimenti iniziati sin dai primordi della scuola.

Si trattava del celebre divieto costantiniano che la consuetudine vincesses «rationem aut legem»: l'oscurità del dettato portò i glossatori a interpretazioni divergenti.

Si sa che il Meijers, approfondendo forse troppo la frattura tra gli indirizzi degli allievi di Martino e di Bulgaro, ha creduto che per i primi il termine *ratio* indicasse l'equità anche non scritta, per gli altri invece il senso della *ratio* andasse enucleato dalla legge stessa (84). Pur con qualche riserva, si può ammettere che quest'ultima fosse l'interpretazione principale della corrente che fa capo a Bulgaro, seppur di tale corrente è possibile parlare come di un'unità compatta: desta infatti meraviglia udire la *Summa Vindobonensis* — che certo nell'ambiente di Bulgaro fu scritta — unire, sì, dapprima *ratio* e *lex* riducendo il binomio costantiniano a un'endiadi (*rationabilis lex*), ma aggiungere poi subito una spiegazione affatto diversa, difendendola come propria (85). Quanto poi a riconoscere sempre, nei

(84) MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVII, 1940, p. 127 sgg.

(85) «...Vel dicis rationem non scriptam... consuetudo enim quae apud quosdam irrepsit veritatem impedire non debet, nam consuetudo sine veritate vetustas est erroris; propter quod, derelicto errore, veritatem sequamur, neque enim hominum consuetudinem sequi oporteret sed Dei veritatem...» (*Summa Vindobonensis*, I, 3 *de iure naturali et gentium et civili*, § 11, ed. PALMIERI, cit., p. 275). Ora, è singolare

Gosiani, la tendenza a designare con la parola *ratio* l'equità rude, la cosa appare ancora più difficile. Tanto per cominciare la *Summa Trecensis* — che il Meijers accoglie come opera d'un allievo di Martino — riporta, secondo il suo costume, lo stesso insegnamento che sarà svolto nella *Summa* di Rogerio, del quale lo storico olandese non esita a fare invece un seguace di Bulgaro: entrambe poi svelano una timidezza che ne rende il pensiero alquanto incerto (86). Per di più Accursio testimonia che un maestro come il Piacentino — ritenuto usualmente di tendenze piuttosto gosiane — sarebbe da annoverarsi tra coloro che intendevano il termine *ratio* del passo costantiniano come equivalente della *mens* o *aequitas* codificata nella norma scritta, per contrapposto al termine *lex*, che avrebbe designato invece il *ius scriptum* e *strictum* (87).

che proprio in un'opera di cui non par dubbia la discendenza dall'insegnamento di Bulgaro venga non solo proposta accanto a opinioni diverse — il che è nel costume dell'ignoto autore — ma soprattutto propugnata con tanta foga una teoria che, almeno in apparenza, sembra fondata sull'interpretazione della *ratio* costantiniana nel senso di una *veritas* trascendente, che certo è posta al di fuori dalla legge positiva.

Delle testimonianze riportate dal MEIJERS (loc. ult. cit.) probanti sono, invece, quella del Libro fiorentino di diritto e l'altra di Odofredo.

(86) Parlano di *mali mores* — tali evidentemente in séguito a una valutazione d'ordine morale — e passano a negar valore alle consuetudini introdotte per errore e *contra rationem*: le quali potrebbero quindi identificarsi con quei *mali mores*. E fin qui non è escluso intendano la *ratio* come un'equità *rudis*. Ma poi le due *summae* aggiungono subito: «...et similiter non rationem aut legem vincere sciendum est...». Se il termine *ratio* indicasse quell'equità *rudis*, la parola *lex* dovrebbe designare genericamente qualsiasi norma scritta: occorrerebbe dedurne il principio — difeso poi dal Piacentino — che la legge non possa venir abrogata per desuetudine: ma poco oltre viene sostenuto proprio il principio contrario. Anche l'esortazione, contenuta nello stesso giro del discorso, a interpretare la consuetudine secondo la sua «causa seu aequitas», come il *ius scriptum* va adeguato all'«aequitas et iustitia», tutto compreso non fa pensare tanto a una dialettica tra l'*aequitas rudis* e la norma positiva, come pare proponga il MEIJERS (op. ult. cit., p. 129, nota 4), quanto piuttosto a una raccomandazione, rivolta all'interprete soltanto, perché non trascuri l'esame della *causa legis* o *consuetudinis*, quando voglia comprendere appieno la portata dell'una o l'altra norma. Un'interpretazione dei due frammenti in ordine alla teoria del Meijers resta dunque oltremodo problematica (cfr. la *Summa Trecensis*, VIII, 48 *quae sit longa consuetudo*, §§ 3-4, ed. FITTING, cit., p. 306, e la *Summa* di ROGERIO, VIII, 44 *eod.*, § 2, ed. PALMIERI, cit., p. 209).

(87) Cfr. gl. *aut legem* in *Cod.* 8, 52[53], 2, *quae sit longa consuetudo*, l. *consuetudinis*. Accursio spiega: «id est rationabilem legem; vel *rationem*, id est *mentem sive aequitatem legis scriptae*, et legem, scilicet scriptam et strictam: ut patet in Macedoniano, scilicet quod dicit de filiis, idem dicit aequitas de

Sicché, in questo tema, l'esistenza d'un preciso antagonismo tra le due scuole dal punto indicato dal Meijers sembra dileguarsi. E si riscontra invece un rapido progresso dell'idea che il rapporto tra i due termini del misterioso passo costantiniano non andasse spezzato, e quel concetto di *ratio* non fosse da indagare in astratto, ma fosse contenuto nella singola legge: idea che assai presto si palesa generalmente accolta dalla glossa. E rispecchia ovviamente posizioni teoriche avanzate.

Se tutto compreso, dunque, la tematica civilistica ebbe come motivo principale una visione della *ratio* immanente alla legge, e ne trascurò gli aspetti trascendenti cari invece ai canonisti (88), il fenomeno ebbe certo a facilitare le conclusioni di Accursio, anticipatrici di quelle che fecero la gloria di Dino del Mugello. La convinzione della sostanziale unità, nel processo vitale della norma, dei tre momenti *causa-ratio-mens* aveva occasionalmente condotto il glossatore a riunirli tutti in un'unica categoria: l'espressione «...mentem sive causam legis...» (89) dimostra una tale implicita con-

nepotibus...». Quest'ultimo era stato anch'esso, e sarà ancora nei commentatori, un motivo aperto alla discussione, per lo più sostenendosi che il senatoconsulto Macedoniano — il quale in realtà costituiva un privilegio per l'intera categoria dei *filii familias* — si rivolgesse non solo ai figli, come volevano i *verba*, ma anche ai nipoti, in virtù della *ratio legis* che era più ampia: e appunto tra i fautori di questa opinione Accursio richiama il Piacentino. Da un paio di raccolte di dissensi (*Cod. Chis.*, § 46, ed. HAENEL, *Dissensiones dominorum*, Lipsiae, 1834, p. 151; *Coll. Hugolini*, § 362, ed. cit., p. 500) si sa comunque che il Piacentino sosteneva un'opinione non molto diversa — nella sostanza — da quella che identificava la *ratio* del passo costantiniano con la *mens legis*. È un'opinione che Accursio riferisce subito dopo l'altra: «...rationem, id est legem in qua est ratio, ut est in multis, verbi gratia: ne uxor teneatur furti, ne aliqua seditio oriatur...»: ove non solo è importante rilevare come gli esempi si riferissero chiaramente a *causae finales* delle norme, ma per di più si vede enunciata quella necessità del vincolo tra *ratio* e legge, che condurrà talune correnti a significative conclusioni. Come si vedrà tra poco.

(88) Cfr. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938, p. 28 sgg.

(89) Gl. *ostenditur* in *Cod.* 8, 1, 1, *de interdictis*, l. *cum proponas*. Ovviamente, il *trait d'union* tra i termini di questa trilogia restava il concetto di *ratio* che, con la polivalenza sottolineata dalla sua ricchissima vita filosofica, costituiva la forza unificatrice capace di ridurre figure diverse a un'unica categoria. Anche di questo il giurista si dimostrò conscio: un'anonima glossa marginale alla l. *placuit* (*de iudiciis*, *Cod.* 3, 1, 8) di un manoscritto vaticano spiega: «Ratio iuris dicitur duobus modis. Uno causa ipsa quare ita constitutum sit, ut ibi 'non omnium que a maioribus tradita sunt ratio reddi potest' (*Dig.* 1, 3, 20).

sapevolezza della doppia equazione *causa-ratio* e *ratio-mens* da rendere logicamente necessaria una terza equazione tra i termini estremi, omissa l'intermedio.

12. Tutti questi motivi si completano con un altro spunto che la *ratio*, nei suoi aspetti multiformi, sollecitava: la sua confluenza, cioè, col concetto di *aequitas*. Fenomeno che ferma tanto maggiormente l'attenzione in quanto si è vista anche la *causa legis* protagonista di un processo affatto simile: *ratio* e *causa*, anche qui, percorrevano l'identico cammino.

Sullo sfondo, poi, stava la concezione che dell'equità avevano delineata i primi glossatori; trattata dallo stato *rudis* a quello di norma positiva, essi erano portati a cristallizzarla in quell'elemento sostanziale della legge che ne racchiudeva il significato normativo: ossia, appunto, nella *ratio*. Ed è significativo che Rogerio, per indagare il momento in cui questa raggiungeva la massima efficacia producendo l'*extensio* — per via del principio 'ubi eadem ratio, ibi idem ius' — prendesse l'avvio da un discorso intorno allo svolgersi dell'*aequitas rudis* nell'*aequitas constituta* (90).

Anche ai primordi della scuola canonistica e in margine alla medesima costituzione di Costantino introdotta nel Decreto (91), la rappresentazione della *ratio* e della *lex* quali confini invalicabili all'efficacia della consuetudine suggeriva al Popcapaglia questa glossa: *rationem*, «id est aequitatem». È vero che il primo chiarimento dato dal canonista nello stesso passo era stato: *rationem*, «id est ius naturale» (92); e tale interpretazione doveva aver incontrato maggiormente il suo gusto se, a quanto testimonia la *Summa Parisiensis*, taluni libri che circolavano nella scuola

Altero id quod dicit, idest ipsa sententia, ut sit idem ratio iuris quam ipsum ius. Neque verba tantum dicimus esse ius, sed simul cum sententia: hoc modo accipitur hic» (VATICANO, *Vat. lat.* 1427, fo. 64vab, nel margine super.).

(90) È infatti dopo aver trattato di tale processo (ROGERII *Enodationes quaestionum super Codice*, § 2, ed. KANTOROWICZ, *Studies* cit., 1938, p. 282) che Rogerio affronta il problema dell'interpretazione della legge, avvertendo appunto che «...cum autem *de legis mente* dubitatur, solet interdum queri an lex que minus dixerit, quasi plus intellexerit, latius ius dicentis interpretatione sit porrigenda, ad ea scilicet, in quibus eadem equitatis ratio utitur...» (*ibid.*, § 3, ed. cit., p. 283).

(91) Cfr. c. 4, D. XI.

(92) PAUCAPALEAE *Summa* in c. 4, D. XI, ed. SCHULTE, cit., p. 16: «*ut aut rationem*, id est ius naturale, *vincat aut legem*, id est ius civile. Vel *aut rationem*, id est equitatem, *vincat aut legem*, scriptam».

avevano introdotto proprio nel testo quest'ultima equazione (93). La prima invece — il binomio *ratio-aequitas* — non riscosse altrettanto favore presso i canonisti successivi, che preferirono normalmente spiegare che la coppia *lex-ratio* del passo costantiniano corrispondeva a quella *ius civile-ius naturale*: ma in fondo si trattava di binomi legati da un'affinità sostanziale (94).

Nell'argomento che qui interessa l'apporto degli studiosi del Decreto ebbe dunque un carattere episodico, tendenzialmente vòlto, come essi erano, a discutere piuttosto il significato trascendente o immanente della *ratio*. Sicché occorre tornare ai civilisti per concludere. Il Piacentino, nel tratteggiare i rapporti tra *ius* e *lex* in modo tanto suggestivo da ottenere il consenso dello stesso Azzone, aveva a un tratto sospeso il discorso per abordar il problema della *ratio*, di cui aveva tirate le somme in poche parole: «...dicitur quoque ratio quia sit aequitas...» (95). L'identificazione dei due concetti sarà ormai un fatto compiuto e i glossatori potranno scambiarsi l'uno con l'altro (96); Cino da Pistoia (97)

(93) *Summa Parisiensis* in c. 4, D. XI, ed. McLAUGHLIN, Toronto, 1952, p. 10: gl. *vincat rationem aut legem*: «haec est vera littera, sed quia Paucapalea glossavit *rationem*, id est vetus testamentum, ius naturale, et *legem*, id est scriptam, in quibusdam libris est hoc insertum». Il favore per la convergenza della *ratio* col diritto naturale è stato da taluno ricondotto — quasi ne fosse stata una mera traduzione — proprio all'equazione *ratio=aequitas* che sarebbe stata diffusa, sulla scorta della norma di Costantino, dai civilisti di scuola gosiiana, notoriamente attivi sul pensiero canonistico (MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi*, cit., p. 130 sg.).

(94) Cfr. QUANTIN, *La ratio dans le début du Décret (dist. 1-12) et ses commentaires*, in *Studia Gratiana*, III, p. 108.

(95) PLACENTINI *Summa Institutionum*, I, 1 *de iust. et iure*, ante me.

(96) Un mero esempio: una regola che già si è vista sfruttata da Rogerio e che ci interesserà molto tra breve — *ubi eadem ratio, ibi idem ius* — apparirà nella prosa di Pillio in veste appena un po' diversa: ed egli preferirà parlare di «...eadem aequitate durante...» (gl. *pro filio* [163] in *Lib. feud.*, II, 17 *de eo qui sibi vel heredibus suis masculis*, ed. ROTA, *L'apparato di Pillio alle Consuetudines feudorum*, in *Studi e mem. per la storia dell'Univ. di Bologna*, XIV, 1938, p. 124).

(97) Tornando a quel problema del contrasto tra la consuetudine e la legge, che si è visto così spesso legato alle elaborazioni sul tema che qui interessa, Cino lo risolve in un esame comparativo del valore intrinseco che abbia la *ratio* dell'una e quella dell'altra: e giustifica il procedimento con l'osservare che la *ratio* altro non è se non l'*aequitas* stessa: «...mihi videtur considerandum utrum ratio motiva consuetudinis vel statuti sit maior quam ratio legis, quod esse potest secundum varios mores populorum, an sit minor, ut tunc inspiciatur simile illius quod est rationabilius. Quod probatur: quia *aequitas et ra-*

trasmetterà poi l'equazione a quella scuola dei commentatori che fino all'ultimo vi resterà fedele (98).

13. Su questa antica tradizione si innestò dunque il pensiero di Dino del Mugello.

Lo spunto gli fu offerto dalla dibattutissima questione del contrasto tra la *sententia* e i *verba* della legge. Se il Bassiano aveva propugnata la necessità di salvaguardar sempre la prima, nell'applicazione della norma, anche a costo di offendere i secondi, e il Piacentino s'era trincerato su posizioni diametralmente opposte, la dottrina dominante aveva accolto invece una soluzione di compromesso, già affacciata, d'altronde, dalla scuola più antica: ossia che i *verba* dovessero cedere a una *ratio* espressa in norme scritte (99).

Dino del Mugello non innova; si limita a giustificare l'opinione corrente osservando: «...mihi autem videtur quod, cum *mens nihil aliud sit quam ratio quae legislatorem movit*, tunc verba legis non extendantur nisi ad eum casum ad quem extendatur ratio...» (100). È il momento culminante dell'identificazione teorica di *ratio* e *mens*: i due concetti, unificati, condizionano i *verba*, rappresentando esplicitamente tutta la forza dispositiva della norma e di riflesso — sul piano interpretativo — l'intero suo valore logico.

tio idem sunt, sed ubi est rigor in parte una, et aequitas in parte alia, praefertur aequitas, ergo illud quod est simile illius quod rationabilius est, sequi debemus...» (CYN Comm. in Cod. 8, 52[53], 1, *quae sit longa consuetudo*, l. *praeses provinciae*, nr. 4). Proprio a questo suo commento Cino rinvia quando, in un *consilium* riferito da Federico Petrucci da Siena e volto a interpretare la *super cathedram* di Bonifacio VIII in tema di lasciti a monasteri, riafferma che «...ubi possit colligi mens et ratio, quae est idem, ab ea est concludendum...». Mettendo a raffronto i due passi coi quali Cino intendeva espressamente manifestare la medesima teoria, si deduce facilmente che, per il commentatore, *ratio*, *mens* ed *aequitas* sono tutt'uno (CINO, *Le Quaestiones e i Consilia*, a cura di G. M. MONTI, Milano, 1942, cons. XIX, p. 145).

(98) E quando assai tardi Bartolomeo Cipolla, nel suo noto trattato sull'interpretazione della legge, elencherà le varie accezioni del termine *aequitas*, non dimenticherà di riportare ch'essa «...dicitur ipsa mens et ratio legis...» (BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *De interpretatione legis extensiva*, VI *quae fuerit causa introducendae extensionis*, nr. 26). Doveva essere una definizione tra le più correnti.

(99) Si vedano soprattutto LEFEBVRE, *Les pouvoirs du iuge*, cit., pp. 37-47 e MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi*, cit., p. 131 sgg. È una questione che farà oggetto di un discorso più lungo in altra sede.

(100) DYN MUXELLANI in reg. ult., VI, *de regulis iuris*, reg. *certum est* in fi.

Se è vero che talune fattispecie astratte giustificarono qualche dubbio, ma episodico, sulla liceità di quell'equiparazione — Jacques de Révigny, nello stesso problema dei rapporti con i *verba*, tratta della *mens* e della *ratio legis* come di due cose ben distinte (101) — in definitiva Dino del Mugello aveva dalla sua tutta la tradizione prevalente; portatone il pensiero alle ultime conseguenze dottrinali, gli fu facile imporlo alla scienza successiva.

Se fosse lecito accostare questo processo di esaltazione concettuale della *ratio* con questioni di mero carattere linguistico, verrebbe spontaneo di ricordare come la terminologia del tempo adoperasse la parola *ratio* per indicare singole situazioni normative, ossia, proprio, la forza dispositiva dell'ordinamento: già Bulgaro poteva dire che «...testium ratio talis est...» alludendo alla disciplina della testimonianza (102); non molto dopo — tanto per rifarsi ai soli modelli più antichi — Riccardo Pisano, traducendo una *Summa* provenzale, dimostrava una grande propensione per un analogo uso del vocabolo (103). Si trattava, na-

(101) «...Lex XII tabularum vocabat agnatum proximiorum ad tutelam agnati impuberis, propter illam [rationem] quia illum vocabat ad hereditatem: ideo cum ista ratio sit in patrono — vocatur enim ad hereditatem liberti —, ideo vocatur ad tutelam. Unde dicimus quod tutela patronorum est *ex mente legis XII tabularum*: sed male loquimur: non est enim nec ex verbis *nec ex mente legis, sed ex ratione legis*, unde illud directum quod ex verbis et mente legis tantum colligitur, illud utile quod nec ex verbis nec mente legislatoris, sed ex ratione colligitur...» (IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* [attr. al Belleperche] in *Cod.* 1, 14, 5, *de legibus et const.*, l. *non dubium, repetitio* ca. me.).

(102) BULGARI *Ordo iudiciorum* [*Excerpta legum edita a Bulgarino causidico*], § *testium ratio*, ed. WAHRMUND, *Quellen*, cit., IV, fasc. 1, p. 5.

(103) Gli esempi pullulano: parlando della particolare situazione fatta alle chiese e al loro diritto di alienare i propri beni dirà che «...in alienando res suas, id est in donando alicui homini, habent omnes ecclesie huius mundi *singularem rationem*...» (I, 2 *de sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum*, § 7, ed. FITTING, *Lo Codi in der lateinischen Uebersetzung des Ricardus Pisanus*, Halle, 1906, p. 3); in materia penale — nell'ipotesi di oggetti *effusi vel deiecti* — affermerà che il reo «...tenetur quantum videbitur maiori iudici quod sit dicitura et *racio*, sed si hoc fecit malo ingenio, hoc est se sciente, tenetur ista *ratione* per quam tenentur illi qui faciunt iniuriam alii, hoc est vituperium...» (IV, 19 *si aliquis proiecit de domo etc.*, § un., ed. cit., p. 85); a proposito delle spese sostenute dal possessore sul bene non proprio, avvertirà che «...expensa quam facit possessor rei vel est necessaria, vel utilis, vel voluptuaria, et de omnibus istis *est diversa racio*...» (III, 26 *de rei vindicatione*, § 11, ed. cit., p. 58), e continuerà avvertendo che «...de omnibus expensis est talis

turalmente, di un semplice episodio formato da caratteristiche del linguaggio tecnico; ma questo, appunto per l'inevitabile rapporto con la sfera dei corrispondenti concetti, poteva costituire per il giurista forse inconsapevole un utile terreno sul quale piantare elaborazioni ben altrimenti importanti.

14. È stato osservato che nel pensiero canonistico la figura della *ratio* ha sempre un valore normativo (104); e ciò si spiega facilmente per la sua connessione con l'idea di *veritas*, che appunto non rappresenta il valore meramente logico di ciò che è vero, ma si identifica con la parola intangibile di Dio: e questa contiene sempre in forma esplicita od implicita un comando. Se nella coppia *ratio-veritas* dei giuristi il Quantin ha scorto un rapporto corrispondente a quello tra *ratio* e *auctoritas* nel pensiero dei teologi, in realtà la contrapposizione insita in questo secondo binomio fa invece riscontro alla complementarità dei termini del primo. D'altronde il medesimo autore lo ha riconosciuto, sottolineando anzi come commenti apposti al *dictum* finale della *Distinctio* IX dalla scuola decretistica — da Rufino a Stefano Tornacense, da Giovanni di Faenza a Uguccio e a gran numero delle contemporanee *Summae* anonime — poggino sull'accoglimento dell'endiadi *rationabilis veritas*, la quale poi non è codificata soltanto nella glossa interlineare del manoscritto parigino citato dal Quantin (105).

driatura et talis *racio* in isto tractatu... quae *racio* est ordinata desuper in petitione hereditatis...» (*ibid.*, § 12, ed. cit., p. 59). Ma se, come negli altri frammenti, anche in questi due ultimi passi del titolo *de rei vindicatione* il termine *racio* viene a designare talune situazioni del diritto obiettivo, poco oltre lo si vedrà invece riferirsi piuttosto a un diritto soggettivo: «...ille qui prius comparavit habebit meliorem *racionem*...» (*ibid.*, § 14, ed. cit., p. 59): ed è un dato che risulta anch'esso corrente nella terminologia di Riccardo, che spesso proprio in tal senso accosta le parole *ratio* e *driatura*. Così, trattando della necessità di rivolgersi al giudice per rivendicare un proprio diritto, escludendo la possibilità di rientrarne in possesso *auctoritate propria*, avvertirà che, chiunque ciò facesse, «...debebit perdere *racionem et driaturam* quam habet in re illa...» (IV, 20 *de actionibus*, § 2, ed. cit., p. 85). Sono, tutti questi ricordati sinora, soltanto pochi esempi, che potrebbero moltiplicarsi a volontà, della prosa di Riccardo: la quale è forse particolarmente significativa perché non è affatto escluso essa rispecchi la terminologia corrente nella prassi quotidiana, aliena quindi da ricercatezze e da tecnicismi tratti dalle fonti. Lo si può desumere non solo dall'eleganza men che meschina del linguaggio, ma soprattutto dalla larga utilizzazione di termini romanzi.

(104) QUANTIN, *La ratio dans le début du Décret*, cit., p. 104.

(105) *Ibid.*, pp. 105-108 e fonti ivi citate.

È chiaro svolgimento di queste premesse una suggestiva impostazione di taluno che, glossando un noto frammento di Isidoro ove si affacciava l'immagine di una legge che «...ratione... constat...» (106), introduceva questa spiegazione: «id est si *ratio pro lege habeatur*, vel si auctoritatem de ratione trahit»: e soprattutto la prima parte della glossa andava certo più in là di quanto fosse contenuto nella fonte commentata (107). Né fu un'interpretazione limitata al piano teorico: perché, mentre ai glossatori civilisti poco piaceva l'idea che il giudice potesse ricorrere all'equità rude per decidere, la *ratio naturalis* canonistica restò invece capace di regolare casi concreti in deficienza del diritto positivo (108).

Se i decretisti hanno avuto una così vivace rappresentazione del potere normativo della *ratio*, percorrendo altre strade i civilisti non furono da meno. Anzi, richiamando certe fonti extragiuridiche, essi trovarono addirittura le premesse per ridurre la norma a una particolare configurazione della *ratio*: lo spunto veniva loro da una definizione ciceroniana (109) tramandata dalle Arti e diffusa

(106) Si tratta della famosa affermazione che «...nec differt an scriptura, an ratione consistat, quoniam et legem ratio commendat. Porro si *ratione lex constat*, lex erit omne iam quod ratione consistit, dumtaxat quod religioni congruat, quod disciplinae conveniat, quod salutis proficiat...» (c. 5, D. I).

(107) STEPHANI TORNACENSIS gl. *si ratione* in c. 5, D. I, nella *Summa*, ed. SCHULTE, cit., p. 9.

(108) Per i decretisti il ricorso alternativo del giudice alla *ratio naturalis* e all'analogia era il rimedio principale alle lacune legislative (si ricordino, a titolo d'esempio, la gl. *cum lex deficit* in c. 5, D. I di UGUCCIO — «...succedit ratio naturalis vel de similibus ad similia est procedendum...» — ed. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 84, n. 1; GIOVANNI TEUTONICO, gl. *ratione* in c. 5, D. I — «deficiente lege vel canone potest allegari ratio» — e gl. *probabilis* in c. 5, D. IX — «ratio aequivalet canoni»). Sicché la *ratio* prendeva posto tra le fonti normative: nella graduazione di queste, prospettata dal PASCIOVERO, viene ricordata dopo il diritto divino, la *loci constitutio*, la *consuetudo loci*, i canoni, l'analogia, l'autorità dei Santi Padri, le leggi civili: «...Post leges autem imitatur iudex ecclesie probabilem rationem... nam bona ratio debet esse posteris in exemplum, et pro lege servatur omne quod ratione consistit...» (*Concordia*, VATICANO, *Vat. lat.* 2689, fo. 6rb). Sono tutti spunti che verranno ripresi e allargati dalla lunga tradizione della dottrina decretalistica.

(109) *De legibus*, I, 6. Cfr. da ultimo VILLEY, *Deux conceptions du droit naturel dans l'antiquité*, in *Revue historique de droit français et étranger*, ser. IV, XXXI, 1935, p. 492.

sin dagli inizi della scuola, che rappresentava la legge, appunto, come «ratio summa, insita in natura» (110).

Soprattutto col passar del tempo, fece da sfondo all'elaborazione l'esigenza filosofica di un controllo della validità razionale della legge, esigenza consacrata in opere, come la *Summa* di Tommaso (111), che esercitarono molta influenza sul pensiero giuridico: Andrea d'Isernia giungerà a dedurne che il «...rationabile dictum debet movere sicut lex, quia lex est omne quod ratione consistit...» (112). Ma qui faceva sentire il suo peso anche una nota tradizione isidoriana.

Tutti questi motivi conducevano ad accostare alla raffigurazione della *ratio* o *rationabilitas*, intesa come realtà autonoma d'ordine filosofico, la *ratio* della norma dogmaticamente definita soltanto come un suo elemento interno. E inevitabilmente quest'ultimo elemento ingigantiva entro la legge, e tendeva ad assorbirne tutto il valore: la formula «...ratio legis vel statuti est ipsa lex vel statutum...» (113) diverrà infatti una regola per la tarda scuola (114).

(110) «Lex est ratio insita nature, que facienda sunt iubet, que vero non prohibet», riporta un noto manoscritto torinese, gl. *lex est* (12) in *Inst.* 1, 2, 4, *de iure nat. gent., et civ.*, § *lex est*, ed. BOLLATI, nella sua trad. del SAVIGNY, *Storia*, III, Torino, 1857, App., p. 56. L'identica definizione si ritrova nelle *Appendices* delle *Exceptiones legum Romanarum Petri*, I, alla voce *quid lex* (FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 162). Con varianti solo formali, già nel libro di Graz (cap. LXI, ed. MOR, *Scritti giuridici preirneriani*, I, cit., p. 290: «ius est summa ratio nature insita, que docet facienda prohibetque contraria») e in una glossa di Bamberg (in *Inst.* 3, 24, ed. PATETTA, *Delle opere recentemente attribuite ad Irnerio e della scuola di Roma*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, VIII, 1895, p. 150 sg. e ID., *Contributi alla storia del diritto romano nel Medio Evo*, in *Bull. dell'Ist. di dir. rom.*, IV, 1891, p. 268: «lex est insita nature ratio, que facienda sunt iubet, que non prohibet»). Nella scuola più tarda la definizione non mancherà di ricorrere.

(111) Basti ricordare la sua definizione della legge come «...quaedam rationis ordinatio ad bonum commune, ab eo qui curam communitatis habet promulgata...» (*Summa theol.*, I^a II^{ae}, q. 9, art. 4), sicché appunto nella mancanza d'una *ratio* va ricercata l'immoralità e l'ingiustizia di quella disposizione, ch'è agostinianamente chiamata «...non... lex sed legis corruptio...» (*ibid.*, I^a II^{ae}, q. 95, art. 5 ad I.). Il tono del discorso è ulteriormente marcato dalla violenta presa di posizione di Tommaso contro quella legge avversa alla *ratio* che, seppur fornita di coazione, resta una *iniquitas* e una *violentia* (*ibid.*, I^a II^{ae}, q. 96, art. 6).

(112) ANDREAE de ISERNIA *Prologus super usibus feudorum*, nr. 48. Non è da escludersi che in tale idea si sentisse l'eco lontana della tradizione d'ISIDORO (*Etym.*, V, 3, 4).

(113) BALDI *Cons.* 467, vol. II, nr. 1 in fi.

(114) Cfr. BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *De interpretatione legis extensiva*, I *de generali extensione*

Certo, il concetto di *ratio* evocava una problematica che — come la si è vista — la figura della causa non poteva suscitare direttamente. Eppure quel ponte gettato tra l'una e l'altra — e viene naturale di osservare come al termine causa venisse per lo più aggiunta la qualifica di 'rationabilis' (115) — conduceva alla confluenza entro quest'ultima figura di gran parte delle soluzioni discusse per la prima. Sull'aprirsi del Trecento, Andrea d'Isernia, sempre sensibile alle questioni di diritto pubblico, potrà tirar le somme di tutte le elaborazioni di cui si è detto: e, trasformando appropriatamente l'enunciato di una glossa accursiana (116), potrà dire che la «...causa est ratio sine qua non est lex...» (117).

Sullo sfondo di questa affermazione è facile scorgere tutto lo svolgimento teorico della causa, l'affermarsi della finale, il convergere dei concetti di *causa*, *ratio* e *mens legis*: intreccio complesso di teorie al di fuori dalle quali sarebbe inutile tentare di scorgere il significato storico di quella figura della *causa legis*, da cui ha preso l'avvio l'indagine condotta in questo capitolo e alla quale essa ritorna ora concludendosi.

interpretativa, nrr. 126 e 127: «...mens legis nihil aliud est quam anima legis, quod etiam patet, quia mens et ratio legis ab ipsa lege non differt...».

(115) All'epoca di Baldo, che la causa dovesse configurarsi come *rationabilis* era necessità logica: «...nota quod causa debet esse rationabilis, quia idem est causa quod ratio...» (BALDI *Super Decretal. Comm.* in c. 5, X, I, 3 *de rescriptis*, c. *si quando*, nr. 2). Non si potrebbe desiderare una più esplicita sintesi tra le due immagini.

(116) Si allude a quella gl. *adiuvantur* in *Inst.* 2, 11 pr., *de militari testamento* che, argomentando intorno all'efficacia della formula 'cessante causa cessat effectus', e spiegando com'essa non fosse valida riguardo alla causa impulsiva, la riportava soltanto alla finale, «...sine qua — concludeva — res esse non potest».

(117) È un'espressione che si legge nel *Prooemium* al *Liber Augustalis*, e precisamente in un passo che — nell'edizione napoletana del 1773 dovuta ai tipi del Cervone — si trova a p. XXV, col. 2.

CAPITOLO SETTIMO

«Ubi eadem ratio ibi idem ius»

SOMMARIO: 1. Può sopravvivere la *ratio legis* dopo l'abrogazione della norma? Il problema in una *distinctio* preaccursiana. — 2. La validità del diritto feudale e di quello longobardo in un'impostazione di Andrea d'Isernia. — 3. La forza precettiva della *ratio legis* e il compito dell'interprete. — 4. Ardite interpretazioni estensive di Azzone e del Piacentino. — 5. Uno spunto in tema di dominio diretto e di dominio utile. — 6. *Actio directa e utilis*: la prima intesa come derivazione al contempo dai *verba* e dalla *mens legis*, la seconda soltanto dalla *mens*. — 7. *Actio nativa e actio dativa*. — 8. Una critica di Jacques de Révigny. — 9. L'*actio utilis* intesa come il risultato d'un atto interpretativo. Talune teorie ultramontane. — 10. Il vincolo logico che lega i due tipi di azione. — 11. La *regula iuris*: le definizioni di Paolo e di Sabino e un'interpretazione di Bulgaro. — 12. Le posizioni del Piacentino e di Giovanni Bassiano: i legami tra la teoria della *regula* e quella della *ratio legis*. — 13. Il comune requisito della *generalitas*. — 14. La *regula* e l'*exceptio*. — 15. Un accostamento del binomio *regula-exceptio* alla coppia *rigor-aequitas*: «regula facit ius». — 16. Un contributo di Dino del Mugello. — 17. La teoria della *regula iuris* come definitiva esaltazione dell'efficacia precettiva della *ratio legis*. Conclusione.

1. Una *distinctio* anonima pubblicata dal Seckel, certo preaccursiana, affronta con diligenza un suggestivo problema: se le leggi, cioè, «...que correcte sunt...» possano, o non, venir tratte *in argumentum* (1). L'elenco delle ragioni che muovono a una risposta negativa è ricco e poggia su uno spoglio di fonti numerose: se vi sono esempi che mostrano il legislatore riluttante a tener conto di leggi abrogate da contrarie consuetudini, tanto più recisamente occorre respingere le norme che siano state corrette da nuove disposizioni dell'imperatore stesso; se un provvedimento abrogato non ha più alcun vigore nel caso che esso prevedeva, tanto meno potrà

(1) *Collectio Bambergensis*, II, nr. 101, §§ 1-10 in SECKEL, *Distinctiones Glossatorum*, in *Festschrift v. Martitz*, Berlin, 1911, p. 396 sgg.

prestare la sua *auktoritas* a casi simili. D'altronde le norme abrogate «...vacare iurentur...»: novelle giustiniane impongono loro un silenzio perpetuo, sicché parrebbe logico supporre che il giudice dovesse fare la sua sentenza guardando alle sole leggi nuove, e non a quelle vecchie già corrette. E tuttavia qualcuno rilevava come lo stesso Giustiniano, componendo il nuovo Codice, vi avesse introdotto disposizioni già per l'innanzi abrogate; né si trattava di un fenomeno che potesse spiegarsi solamente immaginando che il legislatore avesse inteso non «...ut secundum eas aliquid iudicetur vel etiam statuatur, sed 'ut nihil antiquitatis penitus ignoretur'...vel aliter, ut 'quod tollitur vel reformatur non sit incognitum'...». E allora? Cominciavano a snodarsi le argomentazioni per una risposta affermativa al quesito posto all'inizio: facendo il secondo Codice, Giustiniano disse che le leggi andavano allegate nei giudizi, e non ne eccettò alcuna, sicché «...in infinitum... omnes allegari possunt...»; dal fatto che «...prohibentur extra corpus huius iuris leges recitari...», si desume *a contrario* la liceità di rifarsi a qualunque norma sia stata introdotta nel *Corpus*, anche se poi cassata; l'insegnamento comune che in base alla *ratio legis* si possa procedere *de similibus ad similia*, cioè analogicamente, trova l'unico limite nella diversità dell'oggetto, e solo questo — non quindi la cancellazione della norma — impedisce l'estensione.

È già di per sé interessante constatare come il glossatore finisca con l'accogliere la teoria che anche le leggi abrogate possano servire da *argumentum*, ma ancora più suggestiva è la regola che egli propone a sostegno del proprio parere: «...item, quia *durat legis ratio, que naturalis est, quamvis lex ipsa fuit abrogata...*».

Che l'unica autorità portata a suffragare tale massima fosse il noto principio di Gaio «...civilis ratio naturalia iura corrumpere non potest...» (2) ha un suo significato pregnante: quella *ratio legis* che, pur dopo l'estinguersi della norma, conservava un certo potere, tanto da venire allegata nei giudizi, traeva la sua vita dal diritto naturale, eterno e immutabile. Se essa veniva a introdursi in una norma di *ius civile*, quasi come l'anima si congiunge col corpo (3), l'abrogazione della legge distruggeva, sì, il corpo, ma non poteva impedire la sopravvivenza dell'anima, come appunto la teologia insegnava avvenisse nella morte dell'uomo.

(2) *Dig.* 4, 5, 8, inserito anche nelle *Inst.* 1, 15, 3.

(3) L'immagine diverrà corrente nella dottrina medievale specialmente più tarda: cfr. ad es. BALDI *Comm.* in *Cod.* 6, 2, 10, *de furtis*, l. *si quis servo*, nr. 10.

Il parallelismo tra il fenomeno così configurato sul piano legislativo e quello che i glossatori riscontravano nel negozio salta agli occhi: anche nei rapporti tra privati la *causa civilis* poteva cadere, togliendo all'obbligazione la pienezza della sua efficacia, ma non perciò sottraeva alla *causa naturalis* ogni capacità di produrre effetti, perché la *naturalis obligatio* perdurava. Probabilmente proprio questo processo nel campo privatistico costituiva il paradigma che l'ignoto autore della *distinctio* conservava innanzi agli occhi quando metteva in risalto che la «...legis ratio... naturalis est...». Era il problema del contenuto equitativo della *ratio*, anzi, del suo contenuto etico addirittura, che veniva richiamato nei termini cari al glossatore medievale: cioè nel quadro dei rapporti con il *ius naturae*.

2. La regola che la *ratio legis* sopravvivesse all'abrogazione della norma — regola che, a onor del vero, non sembra aver esercitato eccessivo fascino, in specie sulla scuola della glossa (4) — appare corrente più tardi, e anche i canonisti la riecheggiano (5). Ma un assertore deciso essa trovò soprattutto nella scuola napoletana, in Andrea d'Isernia, e ciò non può stupire chi abbia visto così spesso il giurista meridionale sensibile alle influenze metagiuridiche nella configurazione della legge, e di questa l'abbia sempre visto esaltare l'elemento *rationabilis*.

Materia di riflessione in questo tema gli offriva il problema della validità del diritto longobardo, problema che nel Mezzogiorno doveva certo esser sentito con particolare intensità. D'altronde era piuttosto diffuso un analogo quesito sul valore del diritto feudale. A chi obiettava che quest'ultimo sistema non aveva efficacia normativa nei numerosi passi obertiani e negli altri non redatti *in forma legis*, Andrea rispondeva che bastava constatarne la trasfusione in consuetudini per ricavare la certezza della loro *rationabilitas*, e «...omne quod ratione consistit

(4) Accursio si contenta di individuare taluni argomenti contrari all'applicabilità della massima: come la *Const. summa rei publicae* (gl. *necesse* in tit. *de Iustiniano Codice confirmando*, ca. me.: «...et nota hic non esse trahendum argumentum ex legibus abrogatis...») o la l. *cum dedititii, de latina libertate tollenda* (*Cod.* 7, 6, 1: cfr. la gl. *imaginem, ibi*).

(5) Così ad es. INNOCENZO IV, gl. *Theodosius* in c. 13, X, II, 1 *de iudiciis*, c. *novit ille*, nr. 6. Più cauto l'OSTIENSE, nel suo *Comm.* in c. 1, X, 1, 2 *de constitutionibus*, c. *canonum statuta*, nr. 2: richiama anch'egli la decretale *novit*, ma sottolinea che la *ratio* di leggi abrogate offre un mero criterio di argomentazione, e non è «pro iure alleganda».

est lex...» (6). Da queste premesse l'avvio alla discussione sull'efficacia del diritto longobardo diveniva naturale: Rotari e Liutprando erano stati, da quanto poteva desumersi dalle cronache, soltanto sovrani longobardi, e non imperatori? La sfera di applicazione delle loro norme era quindi già stata, ai tempi della promulgazione, limitata entro i confini del regno, e questo ormai più non esisteva: ma «...ratio autem legis, cuiuscunque sit, allegari potest ut lex non imperatorum, *quia et legis abrogatae ratio remanet...*» (7).

Che quest'ultima regola fosse tratta a risolvere un problema di portata così vasta, come quello dell'applicazione del diritto longobardo (8), denota se non altro la sua vitalità. E forse l'autorevolezza della *Lectura* di Andrea sui Libri feudali fu ragione sufficiente perché, ancora alla distanza di oltre un secolo, il veronese Alvarotti ne difendesse il pensiero studiando i medesimi libri, e discutesse nuovamente il principio della sopravvivenza della *ratio*, riportando anche talune precisazioni che si erano volute avanzare (9).

È una tesi che appare come una modulazione diversa di quella che affermava il potere normativo della *ratio* (10) e come un'estensione dell'altra — vigorosamente

(6) ANDREAE de IERNIA *Prologus super usibus feudorum*, nr. 24: «...dubitatur ergo secundum multos de his quae dicuntur per Obertum de Orto, et de aliis quae non sunt in forma legis, nec apparet conditor...». Ma «...cum dicantur usus et consuetudines, ergo sunt rationabiles, alias non diceretur consuetudo sed corruptela... Item quod est rationabile inducitur sicut compositum a noto et sancto auctore — e argomento esplicito gli veniva fornito da un passo di Girolamo (c. 5, D. IX in fi.) — ...ratio ergo quae consuetudines has suasit intuenda est...». La conclusione che gli veniva spontaneo di trarre rappresenta un motivo che si è già visto caro ad Andrea (*ibid.*, nr. 25): «...omne quod ratione consistit est lex...».

(7) *Ibid.*, nr. 37.

(8) Soluzione posta su un piano astratto, che non riguarda quindi il solo regno meridionale, nel quale, anzi, si sapeva che il titolo della validità del diritto longobardo era da cercarsi nella *voluntas regis*: teoria ormai classica nel Mezzogiorno e che Andrea si affrettava a riportare.

(9) Come quella di Nicola da Napoli, che avrebbe voluto efficace quel principio solo riguardo alla *ratio* delle leggi contenute nei *Libri legales*: cfr. IACOBI ALVAROTI *Prooemium super feudis*, col. 4^a ca. me.

(10) A entrambe si riferivano polemiche svolte su problemi vari: tra le più accese v'era, per esempio, quella intorno alla liceità delle norme intese a rimuovere quel *ius appellandi* ch'era garantito dalla *naturalis ratio*. Tema d'attualità, a quei tempi, e ricco di riflessi pratici: contro uno statuto bolognese che proibiva l'appello di sentenze emanate dal capitano del popolo, lo stesso Dino del Mugello, nel 1289, non esitò a consigliare due clienti di proporlo ugualmente. E sollecitò così la

afferma dal tempo del Bassiano (11) — che propugnava la necessaria applicazione della legge a tutti i casi cui la sua *ratio* si estendesse.

A questo punto si rivela chiaro come la problematica tendesse a sconfinare nel campo dell'interpretazione (12): e, senza dilungarsi nell'esame di un tema approfondito recentemente da altri (13), si potranno ricordare quei pochi motivi utili soltanto a illustrare la figura che a noi qui interessa e a coglierla nello stadio ultimo della sua esistenza: quello della sua apprensione logica ai fini della pratica.

3. È infatti appena necessario ricordare come la giustificazione del procedimento interpretativo dell'analogia richiami appunto il principio dell'esplícabilità dell'*auctoritas legis* ovunque si estenda l'efficacia della

reazione del sindaco di Poggio Regnatico e un suo severo atto d'accusa (ed. BARGIONI, *Dino del Mugello (giureconsulto del secolo XIII)*, Append., Firenze, 1920, p. 96).

(11) Cfr. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge en droit canonique*, Paris, 1938, p. 47 sgg. Il quale tuttavia accentua troppo l'importanza che avrebbero avuta, per la diffusione della massima nel commento italiano, i Révigny e i Belleperche. Non si dimentichi che la regola era codificata nella glossa accursiana (cfr. per es. la gl. *non omnium* in *Dig.* 1, 3, 20, *de legibus et const.*, l. *non omnium* e la gl. *et rei habet* in *Dig.* 4, 2, 14, 2, *de eo quod metus causa*, l. *si cum exceptione*, § *post annum*) e che il tardo Duecento italiano la ricordò non solo per bocca di Iacopo d'Arena, che il Lefebvre rammenta, ma anche, e vigorosamente, per il tramite di DINO del MUGELLO (*Cons.* 24, nr. 6: «... item ubicumque ratio legis habet locum, debet habere locum etiam lex...»); e sembra necessario presumerne l'acquisizione al patrimonio dottrinale comune.

(12) Ne fa fede il confronto, cui di regola si procede, tra le fattispecie concrete diverse per indagarne l'identità della *ratio* e consentire quindi l'applicazione della norma: è il procedimento dell'interpretazione analogica. Cfr. per es. DINO del MUGELLO, loc. ult. cit., e un'ancora più suggestiva formulazione del Révigny: «...Si vis arguere a simili considera rationem legis: si casus legis (L. om.: legis) et casus de quo queritur sunt similes in ratione, quia ratio illa habet locum in casu de quo queritur sicut in casu legis, arguendum est a simili...» (IACOBI de RAVANIS *Lectura in Dig.* 1, 3, 12, *de legibus et senatus consultis*, l. *non possunt*, LEIDEN, *D'Ablaing* 2, fo. 5vb (L) e NAPOLI, *Branc.* III. A. 6, fo. 5va).

(13) NICOLINI, *Il principio di legalità nelle democrazie italiane*², Padova, 1955, pp. 205-277; PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione del diritto nel secolo XVI*, I, *Le premesse*, Milano, 1956; ID., *Dialettica e giurisprudenza. Studio sui trattati di dialettica legale del sec. XVI*, in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, p. 293 sgg.; ID., *Il problema dell'interpretatio iuris nei Commentatori*, in *Annali di storia del dir.*, II, 1958, p. 29 sgg. (ove un quadro ampio e ordinato della bibliografia precedente).

ratio (14). Sin dal tempo più antico della glossa, a rappresentare tale fenomeno si era diffusa una formula nella quale ci si è già imbattuti, ossia che dove ‘est eadem ratio (eadem aequitas), ibi debet esse idem ius’: formula che appare con un gran numero di varianti, di carattere tuttavia solo terminologico. Si trattava della definizione di quel meccanismo mosso dal ben noto *argumentum a simili* — di aristotelica memoria e perfettamente specificato dalla logica latina (15) — che appunto sulla necessità di una somiglianza delle fattispecie (16) si fondava: e tale somiglianza si andò ad indagare sul terreno della *ratio legis*.

Sull’attenta ricerca di questa, al di sopra dei *verba*, si basa in fondo tutta la teoria dell’interpretazione, appunto perché la stessa *vis ac potestas* della norma si concentra nella *ratio* (17): è la sua autorità, diremmo, obiettiva che il giurista sente di dover individuare, per trasferirla poi nel dato soggettivo dell’interpretazione.

Quali potessero essere le conseguenze d’un simile fenomeno specialmente sul piano dell’*extensio ad similia* — ch’è il più importante ai fini di quest’indagine — si potrà intuire, ancor meglio che dall’analisi dei fondamenti logici e del congegno astratto, da talune applicazioni a problemi concreti del diritto: ne apparirà forse

(14) Cfr. la trattazione che, sul filo delle fonti medievali, dopo il BOBBIO (*L’analogia nella logica del diritto*, Torino, 1938, p. 11 sgg.) e il LEFEBVRE (*Les pouvoirs du juge*, cit., pp. 96-129) hanno fatta il NICOLINI, *Il principio di legalità*, cit., pp. 233, 259 sgg. e il PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell’interpretazione*, cit., p. 108 sgg.; ID., *Il problema dell’interpretatio*, cit., p. 97 sgg. Cfr. anche, da ultimo, DEKKERS, *De momento rationis legis in legum interpretatione*, tesi Pont. Univ. Lateran., Roma, 1960, specialmente pp. 17-49.

(15) Cfr. recentemente il COING, *Zum Einfluss der Philosophie des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abr.*, LXIX, 1952, p. 33.

(16) Questo concetto della *similitudo* dei casi — che talvolta si esprimeva attraverso quel termine *paritas* che non indica però, come si potrebbe credere, l’identità perfetta — è stato esposto, oltre che dal Nicolini, ultimamente dal PIANO MORTARI, *Dialettica e giurisprudenza*, cit., p. 334 sgg.; ID., *Ricerche sulla teoria dell’interpretazione*, cit., p. 120 sgg.; ID., *Il problema dell’interpretatio*, cit., p. 197 sgg.

(17) Estremamente suggestiva è una glossa vacariana, ove l’idea che l’interpretazione non fosse altro che il risultato di una forza espansiva della *potestas legis* appare consapevolmente formata e viene esposta in modo molto suggestivo: «...in effectu igitur potestas. In ratione qua lex nititur vis deprehenditur. Vel potestas legis est trahere ad consequencias, vis legis est scire mentem legis...». La teoria, estremamente originale, poggia tutta sulla sintesi, nella figura della *vis et potestas legis* di romana memoria, tra la *voluntas*, che rispecchia l’azione pratica della norma, e la *ratio*, che ne rappresenta gli aspetti logici (gl. *vim ac potestatem* in *Dig.* 1, 3, 17, *Liber pauperum*, 1, 8, ed. DE ZULUETA, London, 1927, p. 14).

l'ampiezza del contributo che la categoria della *causa* o *ratio* o *mens* o *aequitas* della norma, così diligentemente costruita dai giuristi, ha portato alle loro dottrine e alla definizione di singoli istituti. Né varrà la pena di giungere, se non a fini comparativi, all'epoca dei più tardi commentatori, il cui pensiero in questo campo è già stato scandagliato.

È forse nel pensiero di Rogerio che s'incontra un disegno tra i più accurati e antichi della problematica posta dall'interpretazione analogica. Egli ne trova la molla nella sussistenza di un dubbio riguardo alla *mens legis*: «...cum autem de legis mente dubitatur solet interdum queri an lex, que minus dixerit, quasi plus intellexerit, latius ius dicentis interpretatione sit porrigenda ad ea scilicet, in quibus eadem equitatis ratio utitur...» (18). Ed è interessante vedere il lontano glossatore preoccuparsi dell'eventualità che il procedimento interpretativo allarghi la portata della legge: egli tiene a ribadire che quel procedimento va guardato come una *declaratio* della capacità d'estendersi insita nella norma stessa, il lavoro dell'interprete limitandosi a scoprire come la *sententia legis* disciplini casi simili.

L'esempio portato nel frammento calza bene: se la legge dice che il *dominus* è obbligato dal contratto del suo institore, perché dall'attività di questo egli ricava lucri, l'identica conclusione è necessario trarre per i negozi conclusi dal procuratore.

La diffidenza di Rogerio per l'ammissione d'un qualsiasi aumento dell'efficacia della norma, a opera dell'interprete, sta alle radici di una lunga tradizione dottrinale, che condurrà finalmente taluno a evitare anche solo l'espressione di *extensio legis*, e gli farà preferire l'allusione a una «...progressio iusta de dispositivo expresso ad non expressum...» (19): ossia a una vera e propria *declaratio* (20). E qui doveva agire la convinzione che tutto quanto fosse contenuto nella *mens legis*, anche se non nei *verba*, dovesse considerarsi come *expressum*: da Bartolo (21) in poi sarà

(18) ROGERII *Enodationes quaestionum super Codice*, § 3, ed. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938, p. 283.

(19) «...Haec est mea extensionis generalis diffinitio...», dirà pomposamente il Cipolla aprendo il suo trattato sull'argomento (BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *De interpretatione legis extensiva* in pr., nr. 1).

(20) NICOLINI, *Il principio di legalità*, cit., p. 206 sg.; PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 113 sgg.

(21) BARTOLI *Comm. in Dig.* 39, 1, 20, 1, *de operis novi nunciatione*, l. *praetor ait*, § *interdictum*, nr. 1.

quest'ultima una notazione frequente. Ma i commentatori ne scopriranno le premesse già in una glossa d'Accursio: questi aveva trovato che un comando del pretore, pur non esplicitamente pubblicato nell'editto, era tuttavia da riguardarsi come *tacite expressum* (22).

Se è vero che questa teoria fu soprattutto utilizzata come espediente per superare il divieto dell'analogia in materia penale (23), essa spinse comunque l'*interpretatio declarativa* o *intellectiva* a invadere il campo di quella analogica, nelle materie più svariate. I commentatori riporteranno regolarmente una nota *quaestio* di Iacopo d'Arena, a proposito di uno statuto che in questioni successorie assimilava la posizione dei figli a quella dei nipoti. Sulla scorta di esplicite testimonianze romane, Iacopo giustificava il dettato della norma non *ratione vocabuli*, ma *ratione mentis statuti*; ed è importante notare come i giuristi posteriori facciano del problema ora un caso di *interpretatio declarativa* (24), ora invece di *interpretatio extensiva* (25), mostrando nel primo caso di dare alla *ratio legis* un'efficacia e un'ampiezza assai maggiore che nel secondo (26).

(22) Gl. *expressum* in § *interdictum* cit.

(23) Così Giovanni d'Andrea, trovatosi di fronte alla necessità di estendere l'applicazione di una norma penale, e nel contempo ammonito dalla regola 'constitutio poenalis non extendenda', supera il dilemma osservando: «...in hoc non extenditur quod erat de mente...» (Gl. *mente* in c. 33, VI, I, 6 *de electione*, c. *si postquam*: il che rappresenta un tentativo di superare l'ostacolo configurando un'ipotesi di *interpretatio intellectiva*). Sullo stato del problema nei più tardi giuristi, cfr. PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 187 sgg.

(24) Così BALDO (*Comm. in Cod.* 6, 28, 4, *de liberis praeteritis et exheredatis*, l. *maximum*, nrr. 15 e 16). Si sa d'altra parte che Baldo, quasi a sminuire l'apporto creativo dell'interprete, presumeva l'inserimento in ogni legge di una clausola tacita che ne permettesse l'applicazione analogica («...et ista clausula, quod procedatur de similibus ad similia, tacite videtur inesse legibus et statutis non exorbitantibus a iure communi...»: *Add. in Speculum*, II, part. 2 *de disputationibus et allegationibus advocatorum*, § 6 *satis*): né ha senso criticare — come ha fatto il LEFEBVRE (*Les pouvoirs du juge*, cit., p. 119) — la debolezza dogmatica di tale posizione. Piuttosto occorre rilevare ch'essa propone l'intervento — in quel fenomeno dell'analogia sostanzialmente dominato dall'efficacia della *ratio legis* — d'un elemento estraneo: la *voluntas* o *auctoritas* del legislatore, che una clausola siffatta implicitamente richiama.

(25) Così BARTOLO (*Comm. in Dig.* 50, 16, 220, *de verborum significatione*, l. *liberorum appellatione*, nr. 12).

(26) Si noti d'altronde che, nel problema quasi analogo dell'*extensio* degli statuti, la soluzione affermativa si è ormai imposta con Alberto da Gandino, dopo essere stata ripudiata dai primi glossatori:

Più che mai da tali indirizzi balza la singolare forza della *ratio*, vista come il vero ricettacolo del potere dispositivo di ogni norma. Visione, questa, che si protrarrà fino al tempo della più tarda dottrina (27), ma già nei glossatori appare chiara, convinti come essi erano che le leggi non potessero descrivere tutti i casi concreti *singillatim* (28), e quindi vi si riferissero in modo implicito. Con maggior precisione, i commentatori diranno poi che ogni comando generale comprende tutte le specie sottoposte, se non *actu*, almeno *aptitudine* (29), e Baldo affermerà che la *ratio* è la «...virtus intrinseca legis, et tanquam genus praedicans de suis singulis speciebus...» (30): ancora una volta veniva così raffigurata la capacità della legge di allargare da sé, senza aiuti esterni, la propria sfera di efficacia.

Ma è ora di veder più da vicino, esaminandola in qualche applicazione, la nota regola che deriva dall'identità della *ratio* di diverse fattispecie la necessità d'una stessa disciplina normativa.

i quali invece, convinti che si toccasse qui un *ius speciale*, sostenevano coerentemente l'impossibilità di trarlo *in consequentias*. Nella materia statutaria ragioni d'ordine, diremmo, politico erano certo attive, specie sul finire del Duecento: e la regola 'ubi eadem ratio ibi idem ius' traeva nuova forza dalle molteplici applicazioni (cfr. ALBERTI GANDINI *Questiones statutorum*, c. 23, ed. SOLMI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, III, p. 166; EIUSD. *Tractatus de maleficiis*, rubr. *de quibusdam utilibus questionibus*, § 20, ed. KANTOROWICZ, *Albertus Gandinus und das Strafrecht der Scholastik*, II, Berlin u. Leipzig, 1926, p. 375).

(27) Se ne veda l'esame in NICOLINI, *Il principio di legalità*, cit., p. 262; PIANO MORTARI, *Ricerche sulla teoria dell'interpretazione*, cit., p. 108 sgg.; ID., *Dialettica e giurisprudenza*, cit., p. 335 sgg.; ID., *Il problema dell'interpretatio*, cit., p. 99 sgg.

(28) Un noto passo di Giuliano prospettava infatti l'incapacità delle leggi di comprendere tutte le circostanze concrete, sicché ne derivava la necessità che il giudice procedesse *ad similia*: «Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus aut senatus consultis comprehendendi: sed cum in aliqua causa *sententia* eorum manifesta est, is qui iurisdictioni praeest ad similia procedere atque ita ius dicere debet» (*Dig.* 1, 3, 12, *de legibus et senatusconsultis*, l. *non possunt*). L'avvertimento non sfuggirà ai glossatori: il Piacentino lo riprenderà pari pari, ribadendo quindi che l'interpretazione *ad similia* del giudice non fa che integrare la lettera, necessariamente incompleta, di quella norma la cui *ratio*, tuttavia, già disciplina i vari casi (PLACENTINI *Summula 'Placuit'*, ed. PESCATORE, *Miscellen I-XIII*, in *Beiträge zur mittelalterlichen Rechtsgesch.*, fasc. 2, nr. 2, p. 11). Dopo il Piacentino, il frammento di Giuliano continuerà ad esercitare molta suggestione.

(29) Questi sono i termini in cui si esprime, ad es., l'ANCARANO, *Comm.* in c. 4, X, I, 2 *de constitutionibus*, c. *nam concupiscentiam*, nr. 1.

(30) BALDI *Comm.* alla seconda Auth. *post fratres* dopo *Cod.* 6, 58, 3, *de legitimis heredibus*, nr. 3.

4. Le fonti romane cui i glossatori la riportarono sono le più varie, e non è infrequente vedere ancora Azzone o Accursio fermarsi su questa o quella norma che poteva servire da argomento, e apporvi in margine l'enunciato della massima (31). Non sono tuttavia tali estrinseci riferimenti che qui possano interessare.

In materia dotale, Accursio narra che ci si poneva il quesito se un uomo che avesse preso con sé, *de facto*, una fanciulla minorenni, anche prima di sposarla potesse godere i frutti dei beni di lei, come se si trattasse di una dote. Non stupisce che l'opinione dominante respingesse ogni risposta affermativa, opinione validamente sostenuta, peraltro, dai dettami della norma commentata. Ma Azzone, considerando che l'uomo sopportava l'onere del mantenimento della fanciulla anche prima del matrimonio, propendeva per il parere avverso, «...et hoc de aequitate, quia quae est ratio quod lucretur post matrimonium, quia subiit onera, eadem et ante, ergo idem ius...» (32). Malgrado la possibile influenza d'uno statuto bolognese ispirato — secondo la testimonianza dello stesso Accursio — proprio a quell'*aequitas*, la posizione azzoniana resta audace, e dimostra l'eccezionale latitudine cui l'applicabilità della regola «ubi eadem ratio, ibi idem ius» era stata portata.

Era una regola che agiva d'altronde sul terreno dell'equità, e viene spontaneo di ricordare come questa, secondo una celebre definizione ciceroniana, dettasse *in paribus causis*, appunto, *paria iura*, in virtù della sua natura di *rerum convenientia*: fosse cioè rappresentata come una forza capace di assorbire in un'unità ideale la pluralità dei casi concreti (33). Ma la *ratio* non indicava forse anch'essa un ordine

(31) Cfr., a mero titolo d'esempio, AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *nulla ratio reddi potest* in *Cod.* 6, 28, 1, *de liberis praeteritis*, l. *cum post omnes*; o ACCURSII gl. *sententiam* in *Cod.* 5, 62, 17, *de excusationibus tutorum*, l. *licet orationis*. Forse tra le fonti più citate sono tuttavia *Dig.* 45, 1, 108 pr. e *Dig.* 9, 2, 32.

(32) Cfr. la gl. accursiana *quasi dotis* in *Dig.* 24, 3, 6, *solutio matrimonii*, l. *si ante*.

(33) Torna alla mente la nota considerazione che l'equità suggeriva a Luca da Penne: «aequitas est effectus unitatis» (LUCAE DE PENNA *In tres libros Comm.* in *Cod.* 10, 5, 2, *ne fiscus rem quam vendidit, l. retractare*, nr. 7. Cfr. CALASSO, *Il diritto comune come fatto spirituale*, in *Riv. italiana per le scienze giur.*, LXXXV, 1948, p. 347 ora in *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 174. Si noti tuttavia che, in certe edizioni, al termine *aequitas* è preferita la parola *aequalitas*, variante d'altronde suffragata dal successivo richiamo alla Metafisica aristotelica. Ma non è nemmeno dubbio che l'*aequalitas* dell'espressione ricordata si risolva nell'*aequitas* dell'inizio della frase: «...Lex quidem est super aequitate fundanda... quia aequalitas est effectus unitatis...»).

intellettuale frutto di una *reductio ad unum* — quasi trasfigurazione in una realtà astratta — di molteplici realtà empiriche? *Ratio* ed *aequitas*, naturalmente portate a quella convergenza di cui si è parlato, non postulavano quindi in virtù della loro stessa definizione quel processo unificatore che, oltrepassata la fase più blanda dell'*extensio*, giungeva all'*analogia*?

Un processo unificatore che aveva come conseguenza tecnica la riduzione di una mera *similitudo*, riscontrabile tra fattispecie empiriche, a una vera e propria *identitas* di situazioni normative, quasi la *ratio* — rimanendo uguale in quanto principio logico proprio d'una certa categoria di casi diversi — fosse l'elemento catalizzatore capace di far precipitare la *similitudo de facto* in un'*identitas de iure*.

Il Piacentino poté farsi prendere la mano a tal punto da questi motivi ideali da propugnare, malgrado tutti i divieti di teoria generale, l'*extensio ad similia* persino in un'ovvia ipotesi di diritto singolare (34).

5. Per tornare ad Azzone, il fascino esercitato dalla massima sul suo pensiero si rileva anche in un'altra sottile problematica: la si sollevava a proposito della definizione che del concetto di *res litigiosa* dava un'autentica, la quale l'intendeva come il bene «...de cuius dominio causa movetur inter possessorem et petitem...». Proprio glossando tali parole, Azzone avvertiva: «...et quod dicit in dominio intellige idem in simili, nam de similibus ad similia est procedendum, et ubi eadem ratio, idem ius...» (35). L'applicazione pratica di grande rilievo che a tale principio veniva data risulta a prima vista dall'esposizione successiva, e dallo svolgimento del pensiero del Bassiano: «...unde a simili idem dixit Ioannes in *quasi dominio*, ut si intentetur

(34) Gl. *excluduntur*, ca. me, in Auth. *quasi actiones*, post *Cod.* 1, 2, 21, *de sacrosanctis ecclesiis*. Accursio si chiede: «...Item an idem in civitate quod in Ecclesia, cui praescriptio centum annorum fuit largita? Responde: non idem secundum Pyllium et Ioannem, quia in ea non invenitur correctum... Sed Placentinus dixit idem, quia eadem est ratio, vel maior, ergo idem ius...». L'opinione del Piacentino, che giungeva addirittura a rinnegare la lettera dell'autentica — così recisa nell'affermare che la sola chiesa romana potesse godere del privilegio — fu ripudiata dalla scuola italiana, ma essa riapparve con gli ultramontani, che forse per una tradizione da Montpellier confluita ad Orléans, usarono molto spesso di rimettere in onore quelle idee del Piacentino che invece i successi di Giovanni, Azzone e Accursio avevano finito col relegare in secondo piano nell'insegnamento bolognese.

(35) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *de cuius dominio* in Auth. *litigiosa res* post *Cod.* 8, 36,[37], 1, *de litigiosis*, nrr. 2 e 3 (l'auth. non riceve dal giurista trattazione separata, ma congiunta a quella della l. I *cum creditor*).

publiciana vel utilis rei vindicatio quam habet emphyteuta vel vasallus; faciunt enim rem litigiosam: licet videatur contra cum non sint domini... sed tamen habentur pro dominis: datur enim publiciana quasi usucaptum sit, quod non usucepit: et eundem effectum habet in emphyteuta utilis rei vindicatio, quam habet in domino directa vindicatio: *ratione ergo similitudinis*, ut supra dixi, *idem dici debet in utroque...*» (36).

Proprio sulla base dell'efficacia della *ratio legis* in casi simili, viene così gettato un ponte tra la singolare figura del dominio utile e il classico concetto di proprietà o dominio diretto, e si definisce la configurazione dogmatica di istituti che diedero, come è noto, il volto medievale a tutta la materia dei diritti reali: né sarebbe qui possibile proseguirne l'esame perché l'eccezionale vastità dell'argomento condurrebbe troppo lontano (37). Ma ci si può contentare di avere incontrato una testimonianza, forse tra le più antiche e le più limpide, dei procedimenti logici che fornivano il mezzo ai glossatori per sovvertire addirittura il disegno dell'istituto romano della proprietà: l'indagine della *ratio legis*, e l'esaltazione che questa ebbe nella regola che governa l'analogia, non potevano condurre a risultati più importanti.

Lo stesso ragionamento di Giovanni ci riporta però anche a un altro problema, d'altronde intimamente collegato, com'è noto, con l'elaborazione dottrinale del dominio diviso: ossia alla distinzione fra l'*actio directa* e quella *utilis*.

Se anche qui — analoghi esempi si sono visti altrove — il giurista medievale si scontrava con figure che appartenevano ai sistemi diversi del *ius civile* e del *ius honorarium*, la solita esigenza di trasportare un dualismo storico, irrilevante ai suoi scopi, sul piano dogmatico lo spinse a ricorrere alla consueta soluzione, imperniando la problematica sull'antitesi tra *rigor iuris* ed equità che d'altronde — proprio in tema di azioni utili e dirette — fonti romane esplicitamente richiamavano (38): e la sua logica gli insegnava che nell'ambito della singola disposizione normativa quell'antitesi veniva rispecchiata dal binomio *verba-ratio* (39).

Sicché il ricorso ai canoni generali dell'interpretazione si imponeva.

(36) *Ibid.*, nr. 3.

(37) Cfr. per tutti LANDSBERG, *Die Glosse des Accursius und ihre Lehre vom Eigentum*, Leipzig, 1883, p. 94 sgg.

(38) *Cod.* 3, 42, 8, 1 e *Cod.* 5, 14, 7.

(39) Cfr. LANGE, *Ius aequum und ius strictum bei den Glossatoren*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXI, 1954, p. 337 sgg.

6. Già l'ignoto autore dell'opera contenuta nel codice Haenel edito dal Fitting, affrontando il problema delle azioni diretta e utile, chiariva: «...directae sunt quae ex mente et verbis legis proficiscuntur; utiles sunt quae ex mente, verbis cessantibus, proficiscuntur...» (40). Piazzata sullo sfondo della dialettica tra *ius honorarium* e *civile*, tra equità e rigore, l'impostazione assumeva una solidità teorica inoppugnabile, sicché la maggior parte della glossa — dalla *Summa Trecensis* (41) al Bassiano (42); da Azzone (43) ad Accursio (44) — la fece propria senza cambiarne la formulazione. Solo una minoranza si accontentò d'usare una terminologia diversa; degna di ricordo perché, pur non modificando in alcun modo il contenuto della tesi, apre tuttavia allo storico la possibilità di valutarne più esattamente il significato: e cioè che l'*actio utilis* fosse una figura dogmatica creata in via di interpretazione della norma.

(40) *Cod. Haenel*, IV, 5, ed. FITTING, *Juristische Schriften des früheren Mittelalters*, Halle, 1876, p. 134.

(41) *Summa Trecensis*, IV, 10 *de actionibus et obligationibus*, § 10, ed. FITTING, *Summa Codicis des Irnerius*, Berlin, 1894, p. 85: «...Directa quidem quae ex mente et verbis legis descendit, si in rem agatur domino competit, si in personam ei cui obligatio quaesita est... dantur autem utiles, quae ex mente et sententia legis descendunt, saepissime etiam aliis personis...».

(42) [IOANNIS BASSIANI?] *Summa Inst.*, IV, 6 *de actionibus*, BRUXELLES 131-34, fo. 60ra: «... Sequitur nona divisio, quia actiones alie sunt directe, alie utiles. Directas dicitur (= directe dicuntur?) que verbis legis simul et sententia proficiscuntur, utiles que ex sententia tantum. Et pono unum exemplum tantum, quilibet etiam mille invenire potest ex inge(n)nio suo: quod dicitur ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, l. hec actio (*Dig.* 9, 1, 4)...». Che il passo sia effettivamente del Bassiano, e non costituisca una delle solite aggiunte azzoniane, potrebbe dedursi dalla divergenza dal corrispondente frammento della *summa* di Azzone (nr. 46 in fi.), che rinvia semplicemente alla *Summa Codicis*, IV, *de obligationibus et actionibus*: qui (nr. 15) il discorso appare affatto diverso se non per la constatazione finale che «...quilibet etiam mille ingenio suo potest invenire exempla».

(43) AZONIS *Summa Codicis*, IV, *de obligationibus et actionibus*, nr. 15: «...est autem actio directa, quae datur ex voluntate legis expressa... Ideo autem dicitur directa, quia *verba* legis directa sunt ad eum cui lex voluit dari actionem: et ita in ea actione danda verba legis et sententia concurrunt (= concurrunt). Ubi vero deficient verba, sed voluntas vel sententia legis tacite exigunt actionem dari, datur actio utilis...».

(44) Cfr. ad es. la gl. *actio* in *Cod.* 2, 18[19], 17, *de negociis gestis*, l. *curatoris*: «...Item aliae directae, aliae utiles. Primae dantur ex verbis et mente legis, secundae ex mente tantum...»: ugualmente nella gl. *utilibus* in *Cod.* 6, 37, 18, *de legato*, l. *ex legato*, ecc.

Già Rogerio preferiva porre il problema in questi termini (45), poco dopo, in Francia, talune glosse al *Brachylogus* (46), da noi Guglielmo di Cabriano (47) e più tardi numerosi autori del Duecento: anzi, nel secondo o terzo decennio del secolo, uomini che avevano poco gusto per la teoria pura e le sue sottigliezze potevano divulgare anche nel mondo dei pratici che «...[actiones] aliae directae, quae ex verbis legis descendunt, et aliae utiles ex sententia legis *interpretatae*...» (48).

Se tale formula, di cui al tempo dei glossatori non è dubbia la sostanziale equivalenza all'altra (49), le venne assai spesso congiunta in intima combinazione (50), non mancarono altri tentativi originali di ulteriori chiarimenti.

(45) ROGERII *Summa Codicis*, IV, 12 *de obligationibus et actionibus*, § 9, ed. PALMIERI, in *Bibl. Jur. M. Ae.*, I², p. 107: «...directa dicitur quae ex verbis et sententia legis descendit... utilis quae interpretatione legis et non ex verbis descendit...».

(46) Cfr. la gl. *utili* — che spiega: «ex interpretatione» — e la gl. *directo* — che interpreta: «verbis legis» — al *Brachylogus*, III, 22 (ed. BÖCKING, Berolini, 1829, p. 116, r. 10 e, rispettivamente, r. 7), nonché la gl. *directa*: «directa dicitur actio que nascitur ex verbis legis, utilis que interpretatione» (al *Brachylogus*, IV, 23, ed. BÖCKING, p. 162, r. 2). Le glosse sono edite dal SALVIOLI, *Die vatikanischen Glossen zum Brachylogus*, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, IV, 1883 a p. 230 le prime due, a p. 232 la terza.

(47) GULIELMI de CABRIANO *Casus* (VI) in *Cod.* 2, 4, 6, 5, ed. KANTOROWICZ, *Studies*, cit., p. 297: «...sed utilis est actio praescriptis verbis. Quare utilis? Quia ex *interpretatione* legis...».

(48) RAINERII PERUSINI *Ars notaria*, § 270, ed. WAHRMUND, *Quellen zur Gesch. des röm.-kan. Processes im M. A.*, III, fasc. 2, p. 131.

(49) Tanto che GIOVANNI BASSIANO dovette ritenerle intercambiabili, se è vero ch'egli adotta la formula comune nella *Summa Inst.* — ammesso che il frammento citato poco sopra gli appartenga — e preferisce invece delineare altrove l'*actio directa* «...que ex verbis legis datur, ad differentiam utilis que datur ad interpretationem...» (*Lectura in Inst.* 3, 27 *de obligationibus quasi ex contractu*, in pr., LEIDEN, *D'Ablaing* 3, fo. 15ra).

(50) Cfr. ad es. le *Questiones de iuris subtilitatibus*, ed. FITTING, Berlin, 1894, XXXVIII *de obligationibus et actionibus*, § 4, p. 85, ed. ZANETTI, Firenze, 1958, XLI, § 3, p. 107 («...quocumque autem ex iure proficiscatur actio alias ex verbis et mente venit, alias ex sententia per interpretationem: superior directa, inferior utilis nominatur...»); talvolta, poi, quasi a sottolineare l'antitesi teorica con l'*actio utilis* — che per esser frutto di un atto interpretativo è condizionata dall'indagine della *mens legis* e ispirata dall'equità —, l'*actio directa* viene derivata dai soli *verba*, anziché da *verba* e *mens* insieme: se il fenomeno non è dovuto solo a un'omissione casuale, esso può indicare uno svolgimento logico del principio romano che vuol l'*actio directa* collegata al *rigor* (oltre al frammento del Bassiano citato alla nota precedente, v'è un chiaro passo ove PONZIO da ILERDA spiega che «...actionum omnium alie

V'era chi, come Rogerio, memore dell'insegnamento offerto dalle Istituzioni (51), non sapeva trascurar del tutto il significato, per così dire, storico della problematica — «...utilis etiam dicitur quae datur quando deficit ius civile secundum se et secundum suam interpretationem, et succedit ius praetorium...» (52) —; altri, pur senza scostarsi dalle premesse di tutte le concezioni fin qui esposte, sottolineava come alle origini dell'azione utile stesse un atto d'equità del giudice (53): e il Piacentino, studiando il caso di beni alienati in frode al creditore e le relative azioni, trasponeva la teoria in espressioni oltremodo suggestive. «...Per eas fingitur ex aequitate et dicitur non esse traditum quod est traditum...»: l'accostamento con la *publiciana*, per cui si finge usucapito ciò che in effetti non lo è ancora, era ovviamente presupposto (54).

La glossa accursiana, poi, riporta che al suo tempo la questione era indagata da altri angoli visuali ancora: chi teneva a mettere in rilievo l'affinità sostanziale delle due figure, chi spiegava che l'utile era dativa e la diretta nativa, chi, infine, vedeva l'utile derivar da una cessione in capo al cessionario (55): ma il punto di

sunt directe, alie utiles. Directe sunt que ex verbis legis descendunt, utiles que non ex verbis, sed ex sententia legis que ex interpretatione prudentium extenditur ad eas...»: cfr. la *Summa arboris actionum, pactiones pretorie, 3 de Serviana actione*, ed. ROSSI, Milano, 1951, p. 83).

(51) *Inst.* 4, 6, 3 sgg.

(52) ROGERII *Summa*, loc. ult. cit. Fu un angolo d'osservazione che non dispiacque alla scienza successiva: cfr. AZONIS *Lectura Codicis, gl. vel civili in Cod. 3, 31, 9, de petitione hereditatis, l. si scripti*, nr. 1: «...utilis datur ei qui petit iure honorario, directa qui civili...».

(53) Cfr. MEIJERS, *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XVII, 1940, p. 126.

(54) PLACENTINI *Summa Codicis*, VII, 77 *de revocandis iis quae in fraudem creditorum alienata sunt*, in fi.

(55) Queste due ultime distinzioni della dottrina medievale, rilevate già nella vecchia opera del ROSSHIRT (*Dogmengeschichte des Civilrechts*, Heidelberg, 1853, p. 254), sono state ultimamente approfondite dal LANGE, *Ius aequum und ius strictum*, cit., p. 337 sgg. (un accenno anche in LANGE, «*Alteri stipulari nemo potest*» bei Legisten und Kanonisten, in *Zeitschr. Sav. Stift., Rom. Abt.*, LXXIII, 1956, p. 281 sg.). Si noti che il solo frammento di Accursio, in realtà, non esaurisce l'elenco delle tematiche discusse nella scuola della glossa: si sa, ad esempio, ch'era dibattuto se una *stipulatio* conclusa pel tramite di un rappresentante attribuisse al rappresentato un'*actio* solamente *utilis*: il che, d'altronde, era collegato con la teoria che i diritti acquistati dal *procurator* per il *dominus* lo fossero esclusivamente *utiliter* (cfr. MEIJERS, *Sommes, lectures et commentaires (1100 à 1250)*, in *Atti Congr. internaz. dir. rom.* (1933), Bologna, I, p. 449, ora in *Etudes d'histoire du droit*, III, Leyde, 1959, p. 224).

vista preferito tornava alla consueta distinzione, cercando se la fonte stesse nella sola *mens legis*, oppure sia in questa, sia nei *verba* (56).

Su ognuna di tali posizioni occorrerà fermarsi brevemente.

7. Erano posizioni che non intendevano affatto escludersi a vicenda, ma volevano integrarsi ponendo l'accento ora su un aspetto, ora su un altro di quella materia delle azioni che sfuggiva sempre alla rigidità di schemi univoci.

Ai primi commentatori non dispiacque l'opinione che invece Accursio respingeva con disprezzo, ossia che in séguito a cessione l'*actio* divenisse utile in capo al cessionario (57). I loro strali si appuntarono invece sull'idea che l'azione utile fosse *dativa*, e la diretta *nativa*. La distinzione partecipava un po' di tutte le altre che si sono viste; sia della teoria che scorgeva l'origine dell'*actio utilis* nell'interpretazione del giudice, sia di quella che ne vedeva la fonte in una *cessio*: nativa era infatti l'azione che sorgeva spontaneamente in capo al soggetto quando questi si trovava nelle condizioni previste dalla legge, dativa era quella che nasceva per intervento del pretore o del giureconsulto: «...et est differentia inter ista, sicut inter creatum esse, et generatum esse...»; la prima possedendo una «...sufficientem materiam praeexistentem...», la seconda non avendola invece «...sufficientem ad productionem sui inesse...», spiegherà Cino da Pistoia con atteggiamenti da filosofo (58).

Ancora Cino dà notizia che la distinzione era piuttosto bene accolta dalla glossa (59) — pur non sempre concorde —, e narra che il Belleperche l'aveva

(56) Gl. *utilibus* in *Cod.* 6, 37, 18, *de legatis*, l. *ex legato*: «...Sed differt utilis a directa? Quidam dicunt quod nihil, ut ff. de negociis gestis, l. *actio* (*Dig.* 3, 5, 46[47], 1). Alii quod utilis est dativa, directa nativa. Tertii quod ex quo fit cessio nascitur utilis: quod non placet quia si cedo tibi actionem furti, ex hoc contractu nascitur actio utilis furti, quod est falsum, ut ff. de pactis, l. si unus, § *pactus* (*Dig.* 2, 14, 27, 2). Vel dic: *directa ex verbis et ex mente legis, utilis ex mente tantum...*».

(57) «...Directa competit domino cedenti, utilis cessionario...», ammetterà Cino (*CYNI Comm.* in *Cod.* 2, 1, 3, *de edendo*, l. *edita actio*, nr. 5 in pr.). Ma già Dino del Mugello se n'era ampiamente servito (*DYNI MUXELLANI Comm.* in reg. 36, VI, *de regulis iuris*, reg. *pro possessore*, ca. pr. e *passim*).

(58) *CYNI Comm.* in *Cod.* 4, 10, 1, *de actionibus et obligationibus*, l. *data certae pecuniae*, nr. 2 in pr.

(59) «...In hac quaestione dicunt glossae nostrae quasi ubique, quod omnis actio utilis est dativa... Alibi dicunt, quod quandoque datur, et quandoque nascitur...»: cfr. infatti la gl. accursiana *actio*, in fi., in *Cod.* 5, 14, 7, *de pactis conventis*, l. *pater pro filia* (*CYNI loc. ult. cit.*).

confutata dando l'avvio agli approfondimenti: se io sono erede, egli aveva infatti obiettato, trovo nella mia qualità un «...principium sufficiens ad actionem producendam...», eppure talvolta mi si può dare solo un'*actio utilis*: se il successivo riferimento alla *bonorum possessionis petitio* non sembra però del tutto pertinente, appunto perché non è nella veste di erede che se ne acquista la titolarità, non mancano tuttavia altri argomenti coi quali il pensiero di Pietro si chiarisce. Ogni azione, sia personale, sia reale, contiene una duplice *materia*: quella *mediata* — che sarà il contratto, il delitto o il quasi-delitto nelle azioni personali; la *traditio rei* nella reale — e quella *immediata* che va scorta nell'obbligazione e, rispettivamente, nella proprietà o nel possesso. Si tratta di una distinzione impostasi da tempo nei ragionamenti della dottrina sui temi più disparati, e già la si è vista affiorare nella contrapposizione tra la *causa remota* e quella *proxima*: portandola sul piano della teoria delle azioni, il Belleperche se ne avvale per stabilire che soltanto quando sgorgi da una causa *proxima* o *immediata* l'azione utile è sempre nativa; quando derivi invece da una causa *remota* o *mediata*, talvolta lo è, ma per lo più si configura come dativa. E a questo punto la casistica si fa molto complessa (60).

Giunti a tanta esasperazione degli aspetti logici degli approfondimenti, questi si dimostrano tali da svuotare in gran parte le più lineari impostazioni della glossa: nemmeno in séguito le esigenze analitiche potranno andare gran che oltre.

Ma torniamo alle teorie che impostano il problema sull'esame della *mens legis* e dei *verba*, che ai nostri fini esigono un discorso più accurato.

8. Si sorvoli pure sulle più semplicistiche asserzioni di taluno che aveva parlato dell'*actio directa* come di un risultato della sola lettera della legge; la glossa infatti aveva per lo più aderito a una formulazione più lata, ricongiungendo quella figura alla *mens* e ai *verba* insieme. E ciò per evitare che la separazione tra i due tipi di *actio* desse àdito a immaginare un vero e proprio contrasto tra la parte sostanziale e quella formale della legge, contrasto che — esclusivo com'era di fenomeni

(60) CYN1 loc. ult. cit. Cfr. anche di Cino, il quale richiama sempre il pensiero del Belleperche, la correlativa distinzione tra *dominium dativum* e *nativum*, dal primo scaturendo una *rei vindicatio utilis*, dal secondo la *directa*: problematica agitata anch'essa in materia ereditaria, intorno al quesito se l'*emptor hereditatis* ne abbia la *petitio* (CYN1 *Comm. in Cod.* 4, 39, 9, *de hereditate vel actione vendita*, l. *certi iuris*, nr. 4 post me.).

patologici — non doveva verificarsi nel caso in esame, connesso con la vita normale dell'ordinamento.

Se i commentatori si rivelarono particolarmente violenti nei loro attacchi contro questa impostazione, ciò deve spiegarsi constatando ch'essa era tanto corrente da aver acquistato ormai l'aspetto di un vero luogo comune: «... *tota die* hoc habetis quod actio directa est quae competit ex verbis et mente, actio utilis quae ex mente, non ex verbis...», commenterà con sufficienza Jacques de Révigny (61). Lo muoverà alla critica il caso di un'*actio directa* che non sia stata contemplata affatto dalla legge e tuttavia «... per rationem legis iurisprudentes ita statuerunt...». L'esempio gli era preparato con dovizia di particolari dalle stesse fonti romane: un passo di Gaio trasfuso nelle Istituzioni giustiniane (62) insegnava infatti che gli antichi interpreti delle XII Tavole, nella norma che attribuiva al patrono la successione nei beni del liberto morto intestato e privo di *sui*, videro implicita la necessità di attribuire ai patroni la tutela sui liberti impuberi; e ciò perché nel caso degli ingenui impuberi le XII Tavole disponevano che, quando la tutela non fosse stabilita per testamento, la si dovesse riferire alla stessa persona cui spettava la successione nei beni (63).

La *legitima patronorum tutela* scaturiva così, per ammissione dello stesso Gaio, da un atto di interpretazione degli antichi indagatori delle Tavole decemvirali, e le erano affidate le medesime conseguenze «...ac si verbis legis introducta esset...». Il Révigny aveva quindi buon gioco. E con un procedimento che ai suoi tempi doveva apparire singolare, egli risolse il problema distinguendo la *mens legis* dalla *ratio*, rinnegando cioè, come si è già visto, quell'identificazione delle due immagini che nello stesso torno d'anni faceva la gloria di Dino del Mugello: «...non est enim nec ex verbis nec ex mente legis, sed ex ratione legis, unde illud directum quod ex verbis et mente legis tantum colligitur, *illud utile quod nec ex verbis nec mente legislatoris, sed ex ratione colligitur...*» (64).

Se pure, esponendo tale teoria, il Révigny la riferisce al suo maestro — ed è più probabile alludesse a Jean de Monchy che non a Guichard de Langres o al

(61) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche), *repetitio* in *Cod.* 1, 14, 5, *de legibus et const.*, l. *non dubium*, ca. pr.

(62) GAI *Inst.* 1, 165; *Inst. Inst.* 1, 17.

(63) Cfr. COSENTINI, *Studi sui liberti*, I, Catania, 1948, p. 41 sg.

(64) IACOBI de RAVANIS loc. ult. cit.

Baldovini (65) — certo è che egli se ne mostra il più accanito difensore: in altro passo la riprende e, sebbene la forma deplorabile in cui la *Lectura* fu stesa ed edita nasconda un po' la sostanza del pensiero, questo secondo frammento fornisce nondimeno qualche nuova pietra alla costruzione. Lo spunto è tratto dalle notizie sull'origine della *petitio possessoria hereditatis*: le fonti ricordavano che il pretore l'aveva istituita in capo al *bonorum possessor* sull'esempio della *hereditatis petitio* che compete all'erede. È certo, afferma in sostanza il Révigny, che il pretore non credeva affatto di applicare il secondo istituto quando si risolse a varare l'altro: egli compì, piuttosto, un vero atto creativo di figura nuova, anche se modellò la *petitio* concessa al *bonorum possessor* sulla *petitio hereditatis* del diritto civile. E il giurista concludeva ripetendo che, in senso tecnico, l'azione diretta può venire anche dalla sola *mens*, e non dai *verba*, com'è ad esempio il caso nell'*interdictum uti possidetis* che, nella forma descritta dall'editto pretorio e tramandata da Ulpiano (66), contempla il solo possesso di caseggiati (*aedes*), ma in realtà si estende anche al possesso dei fondi (67).

(65) Cfr. MEIJERS, *De Universiteit van Orléans in de XIII^e Eeuw*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, I, 1919-20, p. 474, ora in *Etudes*, III, cit., p. 62.

(66) *Dig.* 43, 17, 1 pr.

(67) «... Quaero ergo utrum in omni genere actionis sit eadem actio utilis et directa: videtur quod sic: illa est directa quae competit ex mente et non ex verbis, unde illa quae competit non ex verbis legis, sed sententiam [= ex sententia] per interpretationem iuris praecedentis, illa est utilis. Verbi gratia: petitio hereditatis competit heredi de iure civili ex verbis et mente legis, praetor ad illud idem exemplum dedit eam bonorum possessori... Dico quod hoc est falsum, quod utilis sit quae competit ex mente legis. Lex est scripta in aedibus uti possidetis fundum neuter ab altero nec vi, nec clam, nec precario ita possideatis (il passo, estremamente corrotto, non intende che riportar l'enunciazione contenuta in *Dig.* 43, 17, 1 pr.: «Ait praetor: 'uti eas aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis...'»). Nonne idem erit in fundo? Certe sic. Unde ubicumque habet locum intellectus legislatoris, quod ille qui fecit legem super una re intelligeret de alia, licet de re illa non essent verba legis, semper est idem: unde si lex loquatur de Titio, etiam de Seio... Et ideo, qui sic intelligeret 'directa est quae datur ex verbis et mente legis, utilis quae ex mente', et ideo ex verbis: et male intelligeret: et ita est quod plures male intelligunt. Intelligas ergo sic 'ex mente', (sed) quando nec ex mente nec ex verbis legislatoris datur actio. Legislator quando dedit petitionem hereditatis non intendebat dare bonorum possessori, ipse non consideravit. Quando ergo intelligam 'ex mente legis', intelligam sic: 'ex mente legis', idest ex nostra lege: unde praetor, quia vidit quod heredi competeat hereditatis petitio quia ei competeat ius succedendi in omne id

Non vi può esser dubbio che quando il Belleperche ripudiava l'antica definizione della glossa affermando che i «...*moderni dicunt contra...*», egli alludesse proprio alla teoria che si è vista esposta dal Révigny. Di Pietro, poi, non si hanno esaurienti trattazioni dell'argomento (68). La più chiara esposizione delle sue idee è racchiusa in poche parole: «...sed debuit glossa sic dicere, quod utile remedium habet locum ubi *non concurrunt verba legis nec mens*: sed extensio facta est *ex interpretatione iurisconsulti...*» (69). Sono parole che, nella loro

quod defunctus habuit [*manca il verbo*: concessit bonorum possessori]. Sic vides intellectum. Sic vides intellectum verborum: arguitur quod sicut eadem actio directa est ex mente et ex verbis legis, utilis datur *ad exemplum* directae... et exemplum et exemplar sunt unum in specie...». Il passo, benché corrotto e oscuro anche per la punteggiatura che nell'originale è cervelotica, offre la più esauriente rappresentazione del pensiero di Jacques de Révigny (IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* — attr. al Belleperche — in *Cod.* 4, 10, 1, *de actionibus et obligationibus*, l. *data certae pecuniae quantitate*, 2^a col. ca. pr.).

(68) Egli stesso, nelle *Repetitiones* a taluni libri del *Digestum Novum*, e precisamente spiegando (al nr. 4) la l. *actionis verbo*, *de actionibus et de obligationibus* (*Dig.* 44, 7, 37), rinvia ai propri commenti sulla l. *regula est* del *de regulis iuris* (*Dig.* 50, 17, 1) e sul § *quod vulgo* del *de vi et vi armata* (*Dig.* 43, 16, 1, 25): il primo luogo non ci è pervenuto, nel secondo (al nr. 6 in fi.) si può leggere soltanto che «...per paragraphum istum moderni glossam reprehendunt. Glossa dicit: ubi concurrunt verba lex (= legis) et mens legis, tunc habet locum directum legis remedium... utile tamen remedium habet locum, ubi mens legis tantum concurrat. *Ibi habet locum directum remedium*: ut hic, lex scripta est in saltibus hibernis etc.; verba non loquuntur in aliis fundis tantum. Idem est casus legis ut infra, *de regulis iuris*, l. I, et ibi dixi...». Per comprendere la portata di questo frammento, la cui apparente oscurità rileva più che altro dalla pessima redazione, occorre metterlo a raffronto con la spiegazione del titolo *de iustitia et iure* delle Istituzioni: lo si vedrà ora.

(69) PETRI de BELLAPERTICA *Comm.* in *Inst.* 1, 1, 3, *de iust. et iure*, § *iuris praecepta*, nr. 17. Che il pensiero del Belleperche riposi su quello del Révigny si palesa da un confronto col commento allo stesso paragrafo delle Istituzioni, che va correntemente sotto il nome di Bartolo e invece — senza alcuna ombra di dubbio nel passo che qui interessa — va riportato direttamente a Jacques: domandandosi se l'*actio servi corrupti* si estenda anche al caso del *filius corruptus*, ch'è questione trattata da Paolo (*Dig.* 11, 3, 14, 1), egli osserva: «...hoc in effectum non dicit, sed quo ad subtilitatem iuris tantum, in filio bene locum habet actio utilis, in servo directa... et hoc valet ad hoc, *quod tota die dicitur*: habet locum directum legis auxilium ubi servatur ipsa lex, vel ultra verba ipsa legis. *Sententia habet locum, ubi legis sententia habet locum ex interpretatione iurisconsulti*, non verba...».

Che l'*interpretatio* del giureconsulto, cui allude il Révigny, non vada intesa nel senso d'un'applicazione della *mens legis* si fa chiaro ricordando come poco sopra, abordando appunto il caso del

concisione, mostrano quale fosse il punto più vivo delle nuove dottrine, quello che alimentava anche le critiche ai glossatori: era il modo di intendere l'*interpretatio legis*.

9. Nel rapido sguardo dato a qualche glossa s'è avuto modo di notare come la prima scuola giuridica avesse relegato il compito dell'*extensio* entro confini ristretti, assegnandole soltanto di definire quella *ratio legis* che, tratta alla luce dall'oscurità dei *verba* necessariamente incompleti, avrebbe quasi *auctoritate propria* allargata la sua sfera d'azione a casi simili, giungendo addirittura a creare istituti nuovi.

Ben altre e più ampie funzioni intesero accordare i primi commentatori francesi all'interprete. Per essi la *mens* della disposizione aveva in sé una forza più modesta, e con spinta propria poteva abbracciare solamente le circostanze racchiuse già nel *casus legis*. Non solo le diveniva così difficile di raggiungere l'*actio utilis*, ma essa stentava perfino a comprendere tutte le azioni dirette: le stesse che i glossatori consideravano ben racchiuse nella *mens*, dato che perfino i *verba* dovevano predisporle.

Sicché, per converso, aumentava la partecipazione attiva del giureconsulto e della sua *interpretatio*: questa era realmente creatrice dell'*actio utilis*, aveva un suo potere nei confronti della *ratio legis* e non si accontentava di esserne strumento. Era anzi quella *ratio* a venir degradata al rango di *exemplar*, legato al prodotto dell'attività interpretativa unicamente da un rapporto logico che le categorie della Scolastica contribuivano a definire: l'uno e l'altro appartenevano infatti allo stesso *genus*, come occorre accadesse dell'*exemplar* e dell'*exemplum*.

Come al solito, il pensiero degli ultramontani, più acuto e maturo di quello della glossa, ebbe una forte presa su Cino da Pistoia, sebbene egli si mostrasse adolorato di dover qui abbandonare l'insegnamento del suo maestro, Dino del Mu-

servus e del *filius corruptus*, il Révigny noti «...quod immo casus illius legis servat in filio, ex quo in servo dicitur, unde si dicatur idem in filio hoc non est legem extendere, immo est in suo casu servare...». Sarebbe come dire: se la norma esemplificasse la fattispecie riferendola a un ipotetico *Titius*, è chiaro ch'essa comprenderebbe, senza alcun bisogno di un'attività interpretativa, anche un ipotetico *Seius* (IACOBI de RAVANIS *Lectura Institutionum* — attr. a Bartolo — in *Inst.* 1, 1, 3, *de iust. et iure*, § *iuris praecepta sunt*, nr. 3 ca. me.). Evidentemente, pur nella formulazione diversa, il pensiero del Révigny e del Belleperche coincidono.

gello, ancora fermo alle vecchie idee (70). La ricezione delle teorie francesi apparirà sancita, poi, dall'adesione di Bartolo (71), il quale ribadirà esplicitamente che l'*extensio*, per esser tale, deve andare oltre la legge, e non può quindi limitarsi a *declarare* la sua *mens* perché «...illud quod est ex sententia legis est ex lege...» (72).

In séguito a un normale svolgimento di questi spunti, i tardi teorici dell'interpretazione, sicuri che l'*extensio* non vada affatto condotta *propter identitatem*, ma unicamente *propter similitudinem rationis*, porteranno sino in

(70) «...Advertendum tamen est — scrive Cino — quod differt [utilis actio] a directa; non sicut doctores nostri dicunt, scilicet quia directa habet locum ubi mens et verba legis concurrunt, utilis vero ubi mens tantum, ut ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, l. pen. (Dig. 9, 1, 4), nam cum eadem sit ratio de utili, idem est quod de directa: et ideo dictum tunc auxilium competit... Sed differt: quia utilis actio non simul cum lege XII tabularum, sed *extensione* earum consurgit: sic intelligitur dicta l. pen., ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, et per totum. Et sic patet quod glossae nostrae non bene dixerunt, dicendo quod utilis datur ex mente legis, directa ex mente et verbis, licet Dynus idem senserit, ut patet Inst. de actionibus, in lectura sua super arbore actionum...» (CYN Comm. in Cod. 4, 10, 1, de actionibus et obligationibus, l. data certae pecuniae, nr. 2, ca. fi.). In effetti il passo di Dino rivela una pedissequa aderenza all'insegnamento divulgato dalla *Summa Codicis* di Azzone («...Nona divisio est quod alie sunt directe, alie utiles, ut l. penultima, ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur [Dig. 9, 1, 4] et l. actio, ff. de negotiis gestis (Dig. 3, 5, 46): et istud non habuistis in titulo de actionibus. Directe appellantur ille, que dantur ex verbis et ex mente, utiles sunt que dantur ex sententia et non ex verbis; verbi gratia: si animal quadrupes dedit dampnum datur actio in factum de pauperie ex verbis et ex mente, et appellatur directa. Sed si animal bipes dedit dampnum nihil continetur in verbis, et ideo est opus quod detur ex sententia de quadam equitate extensiva, ut l. ex hac lege, ff. si quadrupes pauperiem fecisse dicatur (Dig. 9, 1, 3). Aliud exemplum est actio que datur ei qui sponte gerit negotia alicuius: est directa. Sed ea que datur ei qui de necessitate gerit negotia alicuius est utilis, quia edictum non loquitur in hiis qui de necessitate gerunt sed quia equum est actionem dari, ut l. III, § curatoris (Dig. 3, 5, 3, 5 in fi. Anche i §§ 6-10) et l. actio, ff. de negotiis gestis (Dig. 3, 5, 46)»: DYN MUXELLANI *Lectura super arbore actionum*, che cito dall'ottimo ms. VATICANO, Urb. lat. 156, fo. 63va).

(71) BARTOLI Comm. in Cod. 2, 18[19], 17, de negotiis gestis, l. curatoris. Anch'egli ripete che: «...ubicunque habet locum mens legis, tunc oritur directa, licet verba deficiant...» (nr. 3 in fi.); e invece «...actio utilis habet locum, quando non habent locum verba, nec mens legis, sed per iuriconsultos illa lex extenditur propter identitatem, vel similitudinem rationis...» (nr. 5).

(72) BARTOLI Comm. in Dig. 48, 9, 3, de lege [ad legem] Pompeiam de parricidiis, l. sed sciendum, nr. 1: egli criticava la netta contrapposizione che la gl. *complecti* e la gl. *qui pari* avevano tracciata tra la *sententia* e i *verba legis*.

fondo l'esaltazione dell'attività creatrice dell'interprete come fonte dell'*actio utilis* (73).

10. In definitiva, le vecchie teorie della glossa avevano tenute assai più vicine l'una all'altra l'azione diretta e l'utile, alle quali avevano predisposto un sicuro punto di contatto in quella *mens* della medesima norma, cui entrambe si rifacevano. E la dottrina fu pienamente consapevole del legame teorico che si stringeva così tra le due figure.

«...Inter directas tamen et utiles non est differentia...», avvertiva già il Piacentino: e il principio gli era dettato, oltretutto, dal buon senso, perché, una volta caduta la distinzione tra il processo formulare e quello *extra ordinem*, gli sembrava vano di sottilizzare ulteriormente, e di tener separate azioni che avevano in realtà l'identico potere e i medesimi effetti (74). Quasi si vorrebbe definire di natura storica l'esigenza che guida il Piacentino (75): ma gli indirizzi avversi preferiranno compiere su un piano dogmatico più rigoroso quel riavvicinamento dei due istituti che è pur sempre la necessaria conseguenza delle premesse teoriche della glossa. E di questo procedimento sarà artefice soprattutto il Bassiano.

Accursio, affrontando quel problema della *cessio actionis* che si è già visto collegato con la distinzione tra l'*actio utilis* e quella *directa*, si configura il caso che l'*emptor hereditatis*, avendo già in virtù del contratto le azioni utili relative ai diritti

(73) Cfr. ancora una volta il primo ed esauriente sistematore della materia dell'interpretazione estensiva: BARTHOLOMAEI CAEPOLLAE *De interpretatione legis extensiva*, I *de generali extensione interpretativa*, nrr. 117 e 124 sgg.

(74) PLACENTINI *Summa de varietatibus actionum*, VI *qualiter actio dividatur*, ed. WAHRMUND, *Quellen*, cit., IV, fasc. 3, p. 14: «...Item actionum aliae sunt directae, aliae utiles... Inter directas tamen et utiles non est differentia. Non enim refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, qualia sunt hodie omnia iudicia, et in quibus conceptio formularum non observatur, haec subtilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis eundemque habet effectum, ut ff. de negotiis gestis, l. actio (*Dig.* 3, 5, 46[47]) et Inst. de interdictis, § fin. (*Inst.* 4, 15, 8)...».

L'esposizione del Piacentino ricalca fedelmente l'enunciato delle due fonti romane.

(75) Ponzio da Ilerda la riecheggerà quando, fondandosi appunto sulle due fonti sfruttate dal Piacentino, ossia *Dig.* 3, 5, 46[47] e *Inst.* 4, 15, 8, avvertirà che «dicuntur utiles omnes actiones que sub celo sunt, quia proponuntur sine aliqua sollemnitate verborum...», mettendo così il pensiero del più antico glossatore in una forma particolarmente ardita (cfr. la *Summa arboris actionum*, IX *divisio*, ed. Rossi, cit., p. 71).

dell'asse ereditario, si veda in più cedere l'esercizio delle azioni dirette. Il glossatore si chiede: a questo punto non sarebbe logico pensare che l'*utilis* si estingua? Ma la risposta tratta dall'insegnamento di Giovanni è negativa: l'*emptor* avrà al contempo l'una e l'altra azione anzi, per essere più precisi, «...*nec sunt duae, sed una duas habens qualitates, alteram iure contractus, alteram iure cessionis...*» (76). Azzone aveva già ripreso il parere del maestro, ma l'aveva espresso in forma ancora più suggestiva e tale da dare l'ultimo tocco alla completezza teorica dell'impostazione: «...*imo eadem est substantia, licet alterius qualitatibus: quia tibi directo mihi utiliter datur: nam et incorporalia qualitatem habere dico...*» (77). Il ricorso all'idea che i due istituti fossero identici nella sostanza non poteva che soddisfare il gusto dei glossatori, racchiudendo il problema negli schemi ben chiari di categorie filosofiche: e infatti la *magna glossa* si affrettò a codificare la formula di Azzone (78). Fino a Dino del Mugello, legato in tutta questa materia alle posizioni dei suoi predecessori, la tesi riemergerà periodicamente, anzi, col passar del tempo, acquisterà sempre più l'aspetto di una regola (79).

(76) Gl. *fungitur* in *Cod.* 4, 39, 5, *de hereditate vel actione vendita*, l. *emptor*.

(77) AZONIS *Summa Codicis*, IV, *de obligationibus et actionibus*, ca. fi.

(78) Gl. *quae si ita sunt* in *Cod.* 4, 10, 1, *de obligationibus et actionibus*, l. *data*: la norma ove Gordiano stabiliva che le azioni dirette, il cui esercizio fosse stato affidato a un *procurator*, davano luogo ad azioni utili alla morte del mandante sembrava ovvia ad Accursio: «quia utilis et directa *idem sunt in substantia*».

(79) D'YNI MUXELLANI *Comm.* in reg. 36, VI, *de regulis iuris*, reg. *pro possessore*, ca. pr.: il quesito era se alcuno, avendo cessato di possedere per dolo, fosse tuttavia da considerare ancora possessore. Taluno aveva detto di no, perché lo vedeva soggetto a un'*actio utilis* e non alla *directa*, cui sarebbe stato invece sottoposto il possessore. E Dino: «...sed dicendum est quod utilis et directa non differunt in substantia...»; ancora oltre, alla penultima colonna, riprende poi l'idea di Azzone che attribuiva l'*actio utilis* a chi, pur avendo dolosamente cessato di possedere, avesse tuttavia per l'innanzi già pagata l'*aestimatio litis*. Gli si poteva obiettare che non si sarebbe allora conservato un sufficiente distacco tra le situazioni, entrambe gratificate di un'*utilis*, di chi avesse smesso di possedere per dolo e di chi avesse cessato di possedere per colpa. Per di più, un frammento di Papiniano (*Dig.* 6, 1, 63) prevedeva solo per quest'ultimo la possibilità di una *cessio actionis* da parte dell'avversario. È vero che si poteva interpretare che tale *cessio* investisse l'esercizio della *directa*, e si sarebbe così ristabilita la differenza tra le due situazioni; ma tale differenza rischiava nuovamente di cadere in forza del principio «...quia non est differentia inter directam et utilem, immo utilis et directa est eadem in substantia, sive eadem substantia utilis et directae...». A questo punto

Senza voler proseguire troppo oltre l'indagine, si può osservare come questa impostazione non ricevesse in definitiva dalla nuova scuola di Orléans quelle critiche che, come si è visto, non furono invece risparmiate alla teoria di fondo dei glossatori. E, in effetti, torna alla mente come nel pensiero ultramontano la sostanziale identità dei due tipi d'azione, separati formalmente l'uno dall'altro in virtù d'un atto interpretativo, riceva conferma dalla stessa applicazione di regole ermeneutiche: rilevando come l'interprete avesse creato l'*actio utilis* «...ad exemplum directae...», il Révigny, per esempio, si affretta a precisare che «...exemplum et exemplar sunt unum in specie...» (80).

È vero che la logica scolastica informava trattarsi piuttosto dell'identità del mero *genus* — come altri tennero a insegnare —, sicché viene il sospetto che l'uso or ora ricordato del termine *species* sia il frutto di un *lapsus* o d'un errore materiale occorso nella trafila delle trascrizioni: ma anche ammettendo che l'identità del *genus* legasse le due figure con vincoli più deboli, questi restano tuttavia non meno saldi di quelli stretti dall'unità della *substantia*, che appunto i glossatori usavano affermare.

Lo spostamento, dunque, degli angoli visuali, che ingrandivano l'apporto creativo dell'interprete, sollecitava il ricorso ai congegni di regole logiche per ribadire il medesimo fenomeno che la più antica scuola aveva descritto con ragionamenti tratti dalla teoria generale del diritto.

11. Se l'indagine ci ha introdotti decisamente nel tema dell'interpretazione, al quale si è visto come i giuristi collegassero addirittura il sorgere di istituti giuridici, conviene ora coglierne un ulteriore aspetto molto significativo, per poi lasciarsi

Dino interviene: «...Sed respondeo pro Azone quia licet sit eadem substantia utriusque, tamen differre possunt accidente, sicut in homo ab homine. Accedere enim potest quod directae obstat exceptio et non utili, et econtra quod obstat utili et non directae... Et propterea expedit aliquando habere plus unam quam alteram, et per hoc apparet effectualem remanere differentiam inter eum qui culpa et eum qui dolo desiit possidere, et consequenter opinio domini Azonis absurditatem non continet...».

L'affermazione della identica *substantia* dei due tipi di azione si precisa così mediante una valutazione dell'*accidens*: e di nuovo il risultato di approfondimenti di problemi giuridici confluisce nello schema dei rapporti tra categorie filosofiche.

(80) IACOBI de RAVANIS *Lectura super Codice* (attr. al Belleperche) in *Cod.* 4, 10, 1, *de actionibus et obligationibus*, l. *data certae pecuniae quantitate*, 2^a col. post pr.

riportare all'argomento primo della ricerca, alla *causa* o *ratio legis*. Si allude al fenomeno dell'attribuzione di una efficacia normativa a quella *regula iuris* che era figura derivata, appunto, da un atto d'interpretazione.

L'Engelmann, trattando dell'*error* e delle *regulae* romane relative all'*ignorantia iuris et facti*, osservava che i glossatori ebbero singolari punti di vista su di esse. Non le intesero infatti come proposizioni giuridiche (*Rechtssätze*) autonome atte a definire l'applicazione del diritto, ma come un risultato — appartenente quindi sul piano logico a un momento posteriore — della normale applicazione di altri principî giuridici autonomi, di carattere normativo (81). Ma su questa tesi, che nasconde indubbiamente una parte di verità, occorre intendersi.

Se ci si rifà alla famosa definizione della 'regula' data da Paolo (82), si scorgono sanciti proprio i termini di quella visione che l'Engelmann riscontrava nei giuristi dell'età intermedia, i quali sembrerebbero così perdere il merito di

(81) ENGELMANN, *Irrtum und Schuld nach der italienischen Lehre und Praxis des Mittelalters*, Berlin, 1922, p. 44. Tale constatazione è stata ripresa poi dal GENZMER, *Die italienische Kodifikation und die Glossatoren*, in *Atti del Congr. inter. di dir. rom.* del 1933, Bologna I, 1934, p. 393. In un passo sfortunatamente troppo succinto, già il Brugi aveva anticipata la constatazione dell'Engelmann, osservando inoltre — ma anche qui purtroppo di sfuggita — che la normatività della regola fu comunque problema soggetto a lunga discussione. E aveva per di più indicato il motivo dei dibattiti in una circostanza storica, ossia che il *Corpus Iuris* rispecchiava in qualche modo l'antica forza vincolante dei pareri del giureconsulto, cui appunto era dovuta la formazione delle *regulae* (BRUGI, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi Saggi*, Torino, 1921, p. 49): la suggestione, d'altronde, che tali *regulae* esercitarono sulla scienza medievale, sin dalle prime generazioni di maestri, lo stesso Brugi aveva tenuto a sottolineare ricollegandola, contro la pretesa dello Stintzing, alle loro singolari capacità sintetiche, alle attitudini per l'ascensione dai *particularia* ai *generalia* (BRUGI, op. ult. cit., p. 47; ID., *I principî generali del diritto e il diritto naturale*, in *Arch. giur.*, XC, 1923, p. 161 sg.: fu una felice rettifica di vecchie posizioni storiografiche: cfr. CHECCHINI, *Storia della giurisprudenza e interpretazione della legge*, in *Arch. giur.*, XC, 1923, p. 169 sg.). Solo più recentemente un articolo di JOLOWICZ (*Roman Regulae and English Maxims*, in *L'Europa e il diritto romano. Studi Koschaker*, I, Milano, 1954, p. 221 sg.) ha rilevata, nel pensiero di Bartolo, l'attribuzione alla *regula* di una certa efficacia precettiva: si vedrà che le espressioni del commentatore avevano dietro di sé una lunga storia.

(82) *Dig.* 50, 17, 1: «...Regula est, quae rem quae est breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis rerum narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum».

un apporto nuovo: come fa infatti rilevare il Genzmer (83). In realtà v'era un punto dove il glossatore innestava qualche ragionamento originale; egli vi veniva anzi sollecitato da una lieve variante che la *littera bononiensis* presentava, travisando l'immagine proposta da Sabino, ove era messo a paragone il processo formativo della *regula* col noto istituto processuale della *causae coniectio*. Era questo un breve esposto della controversia che le parti presentavano al giudice, e quando la *littera florentina* e le più raffinate esigenze filologiche imporranno la lezione corretta del passo, i giuristi riprenderanno volentieri il confronto con l'istituto processualistico latino. O si rifaranno alla figura molto simile della retorica, che sotto il nome di *causae coniectio* rappresentava quel breve riassunto del tema svolto dall'oratore, inserito sia all'inizio, sia alla fine del discorso, per lasciar meglio impressi nella mente degli ascoltatori il tema trattato e gli argomenti addotti: a questa figura rinvierà infatti il Godefroy (84).

Ma la *vulgata*, anziché *coniectio*, leggeva *coniunctio*. Il significato del passo sabiniiano ne veniva mutato e si offriva l'estro al glossatore di sbizzarrirsi a indovinare come potesse verificarsi la *coniunctio* delle cause (85).

Il primo ad occuparsi attivamente delle *regulae iuris* fu, come è ben noto, Bulgaro. Il testo della *vulgata* che egli aveva innanzi agli occhi gli consigliava di scindere in due parti l'espressione di Sabino, e di indagare separatamente il termine *causa* e il termine *coniunctio*, che solo nella configurazione, più corretta, di una *causae coniectio* restavano saldati in un'immagine unitaria.

Il parallelismo logico col termine «res» (86), proposto dalla fonte romana, sollecitò con tutta probabilità Bulgaro a spogliare il termine «causa» di qualsiasi

(83) GENZMER, loc. ult. cit.

(84) Alla parola *coniectio* il Godefroy, richiamando il Hotman, notava: «Est igitur haec legis sententia quod causae coniectio est inter rhetores, regula est inter iurisconsultos: illa iura omnia litigatorum in summam aliquam contrahit: haec — ut sic loquar — succum elicit, et, ut alchymistae loquuntur, quintam essentiam exprimit... coniectio igitur apte dicitur, quia ex regula aequum conicitur, non aliter quam ex signis factum...».

(85) Di varianti, d'altronde, la tradizione manoscritta è ricca: talvolta appare la dizione *causae cognitio*, ovviamente sollecitata dal ricordo dell'istituto romano. Ma è inutile trattarne.

(86) Che una glossa di ROGERIO, in cui viene soltanto manifestata esplicitamente un'opinione comune, interpreterà «id est ius. r.» (gl. *rem* in l. *regula*, cit., VATICANO, *Ross.* 586, fo. 205ra).

riferimento all'omonima figura filosofica, per assegnargli il significato semplice di 'situazione normativa': significato d'altronde abbastanza corrente nell'uso scolastico e nel linguaggio di Bulgaro stesso (87). Sicché la *regula* sarebbe stata esattamente configurata come una sintesi di *iura* diversi (88).

È vero che la tradizione manoscritta dell'apparato bulgariano offre a questo proposito spunti per interpretazioni divergenti. Ma se il glossema che un manoscritto vaticano inserisce accanto all'espressione *causae coniunctio* — «...idest coniungit res eandem causam habentes...» (89) — appare evidentemente come un'interpolazione più tarda, non si può nemmeno fare assegnamento sull'infido codice di Magonza, che riassume la sua trattazione concludendo: «...Ex his apparet regulam esse cuiusdam cause cognitionem, que eandem causam in pluribus demonstrat...» (90): due passi ove dal termine *causa* traspare

(87) Un mero esempio al solo fine di verificare come il vocabolario bulgariano non escludesse un'accezione che la polivalente parola aveva introdotta nell'uso: spiegando la regola di Paolo relativa al conferimento degli *incommoda* al titolare dei *commoda*, Bulgaro richiama il caso dell'erede, per il quale l'accollo delle passività fa riscontro ai vantaggi derivanti dalle poste attive. E adotta appunto una terminologia in cui il termine 'causa' assume il valore obiettivo di 'fattispecie astratta': «...in qua *causa* sunt heredes et hereditatis emptores et fideicommissarii universitatis...» (BULGARI *Comm.* in *Dig.* 50, 17, 10, ed. BECKHAUS, *Bulgari ad digestorum titulum de diversis regulis iuris antiqui commentarius et Placentini ad eum additiones sive exceptiones*, Bonn, 1856, p. 11).

(88) In questo senso hanno interpretato il passo bulgariano il LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 141 e ora — con eccezionale dovizia di argomentazioni — il CAPRIOLI, nella sua tesi di laurea (Roma 1960) sull'analogia nei glossatori, purtroppo ancora inedita. Vi è richiamata tra l'altro, la circostanza che quell'esposizione non sarebbe stata isolata: Bertrando di Metz, il quale certo ebbe l'apparato di Bulgaro innanzi agli occhi, spiega pochi decenni più tardi: «...Regula est cause cum causa coniunctio, et idem appellat etiam res et causa, *id est rei cum re*»: dovette essere la posizione anche del Piacentino (come si vedrà tra poco). Il prosieguo del discorso di Bertrando riporta invece all'accezione filosofica della causa che già s'imponeva presso la generazione successiva a quella di Bulgaro, come anche si vedrà: «vel causam si placeat appellamus rationem que habetur de rebus: est autem regula coniunctio cause cum causa, qua prius alique res fuerunt...» (BERTRAMI METENSIS *Apparatus in regulas iuris*, BRUXELLES 1485-1501, fo. 244vab). Si può anche tener presente che la glossa accursiana *regula est fa* risalire solo al Bassiano l'interpretazione del frammento di Paolo sulla scorta della sinonimia di *causa* e *ratio*.

(89) VATICANO, *Pal. lat.* 288, fo. 287va (gl. *regula est* al solito frammento di Paolo).

(90) BULGARI? *Comm.* in *Dig.* 50, 17, 1, nella versione del codice moguntino, ed. BECKHAUS, cit., p. 2. Che in questo passo la parola *causa* tenda ad assumere il significato di *ratio* riceve

l'usuale accezione filosofica e viene implicitamente evocata l'equivalenza alla *ratio* (91).

In realtà il fenomeno che rivelano queste due recensioni del travagliato testo di Bulgaro, forse tra i più studiati nella sua scuola, rispecchia i nuovi angoli visuali che nel giro di una generazione si erano venuti imponendo: puntualizza, cioè, quello stadio della ricerca in cui il binomio *causa-ratio* stava facendo il suo ingresso nella problematica e ne preparava la soluzione definitiva.

12. Giovanni Bassiano, se gli appartiene come sembra un passo della *Summa Pandectarum*, trasformava l'insegnamento di Bulgaro in questi termini: «... procedit itaque regulae origo, sive nativitas ex illo generali fonte, cuius rivuli in diversis iuris disperguntur domicilliis, sicque insignitur ut *ubi eadem ratio, ibi et eadem iura...*» (92). Il riferimento al principio che la stessa situazione normativa vada applicata alle fattispecie fondate sulla medesima *ratio* tendeva a spostare il compito della *regula*, da quello più che altro descrittivo illustrato nella definizione di Paolo, ad altro ben più vasto.

Nell'*apparatus magnus* di Azzone al Digesto Nuovo, è richiamata, e chiarita, l'opinione del Bassiano: la *regula* sarebbe stata una *coniunctio causae* perché avrebbe raggruppato le singole fattispecie strette dall'identica *ratio* e di quest'ultima, in

conferma dall'implicito rinvio — suggerito a mezza voce — alla regola «ubi eadem ratio ibi idem ius».

(91) A un errore materiale dell'amanuense va invece collegata, con tutta probabilità, la lezione «...prius itaque oportet esse res, quam cause que coniungantur...» di altro manoscritto vaticano (*Vat. lat.* 11156, fo. 140ra: il passo è edito dal ROTA, *Il tractatus de equitate come pars tertia delle Questiones de iuris subtilitatibus e il suo valore storico e politico*, in *Arch. giur.*, CXLVI, 1954, p. 102): lezione che postula una diversità di accezioni dei termini *causa* e *res*. Il resto della tradizione manoscritta — confluita nelle edizioni dello Stefano, del Campi, del Leconte, dell'Agustì e infine del Beckhaus e di C. Re — preferisce invece «res causasve» e «res causasque».

(92) Il passo che qui interessa, contenuto nella *Summa* del Digesto, è attribuito con certezza dal Genzmer a Giovanni Bassiano (GENZMER, *Gli apparati di Azzone al Digestum Novum* 50, 17, 1, in *Annali di storia del dir.*, I, 1957, p. 8). Cfr. la *Materia ad Pandectas, de diversis regulis iuris*, nr. 4. Si può ricordare, di sfuggita, che mentre lo stesso passo ricorre anonimo nel ms. VATICANO, *Vat. lat.* 2313, fo. 335vb-336ra, esso porta la sigla az. nel VATICANO, *Pal. lat.* 748, fo. 184r: la circostanza non sembra tuttavia sufficiente a revocare seriamente in dubbio l'attribuzione al Bassiano.

fondo, sarebbe stata l'enunciazione. La legge ha stabilito che i frutti della pesca vadano in proprietà dell'occupante, in virtù della *ratio* che i pesci *in nullius bonis sunt*. L'identico principio governa l'istituto della caccia, ed è quindi logico che identica sia la disciplina normativa. Ne scaturisce la regola 'quod in nullius bonis est, occupanti conceditur', ma tale concentrazione di fattispecie nel principio astratto avviene «...quia eadem ratio in his et similibus invenitur, *idem ius sive eadem regula eas et similia complectitur...*» (93).

Che l'equazione fra il termine *ius* — inteso nell'accezione normale di disciplina di casi concreti — e il termine *regula* venga dalla penna di Azzone o del Bassiano, di cui è qui riferito l'insegnamento, poco importa: era il naturale risultato delle premesse teoriche dalle quali scaturiva il modo di interpretare la definizione di Paolo. Nello stesso frammento dell'*apparatus* azzoniano è riportato il pensiero del Piacentino che — occorre meravigliarsi? — anche su questo problema era entrato in vivace polemica col Bassiano. La posizione del Piacentino si rivela, almeno in apparenza, in maggiore armonia con l'insegnamento bulgariano. Egli avrebbe infatti messo l'accento sul processo meramente compilatorio in cui sarebbe consistita la formazione della *regula*, sicché questa si sarebbe atteggiata più come la sintesi di un certo numero di situazioni normative che non come quella di *rationes*: è stato stabilito che il raccolto della pesca vada all'occupante, che all'occupante si acquistino egualmente i frutti della caccia sia delle *ferae bestiae*, sia dei *volucres*, si deriva la regola 'quod in nullius bonis est, occupanti

(93) AZONIS *Apparatus magnus* in *Dig.* 50, 17, 1, *de regulis iuris*, l. *regula est*, ed. GENZMER, *Gli apparati*, cit., p. 10 sg.: «...sed Ioannes Bassianus aliter: regula quidem coniunctio cause dicitur, quia coniungit eandem causam, id est rationem, pluribus aliis, in quibus eadem equitas statuitur, que vertitur in primis. Nam primo statutum fuit in piscibus ut occupanti concedantur, ea causa sive ratione, quia in nullius bonis erant. Eadem ratio invenitur in feris bestiis: et quia eadem ratio in his et similibus invenitur, idem ius sive eadem regula eas et similia complectitur...». Uno dei presupposti evidenti di tale concezione era che *causa* e *ratio* indicassero l'identica realtà, e Azzone infatti aggiunge: «...quod autem causa ratio dicatur et e converso colligitur ex *Inst. de legatis*, § *longe* (*Inst.* 2, 20, 21) et ff. *de conditionibus et demonstrationibus*, l. *cum tale*, § *falsam* (*Dig.* 35, 1, 72, 6)...»: passo sul quale si è già avuto modo di soffermarsi ad altri fini. Varianti solo formali riporta l'ed. HAENEL, *Zu Bulgarus Commentar des Pandektentitels de regulis iuris*, in *Berichte über die Verhandlungen der königl. sächsischen Gesellsch. der Wissensch. zu Leipzig, Phil.-hist. Classe*, 1875, II, p. 250 sg.

conceditur' (94). Tralasciando l'esame delle poche glosse che sembrano riecheggiare l'opinione del Piacentino (95) — su questo punto singolarmente fedele alle idee di Bulgaro — è certo che la soluzione innovatrice di Giovanni esercitò sulla scuola un fascino di gran lunga maggiore.

Forte dell'appoggio che le offriva la massima «ubi eadem ratio, ibi idem ius», per lo più invocata esplicitamente, essa lasciava alla *ratio legis* di compiere la sintesi di fattispecie molteplici (96): ma questa *ratio*, che ormai campeggiava nella problematica, non tendeva già verso quella *mens legis* sulla quale si proiettava tutta la forza normativa della statuizione? Non si annunziavano forse i tempi nei quali si sarebbe affermato che la *ratio* è la *lex ipsa*, e tutto il *rationabile* ha forza di norma?

Se la valutazione del termine *causa*, nell'esame dell'espressione di Sabino, s'era rivelata così ricca di implicazioni teoretiche, anche la parola *coniunctio*, che quell'espressione completava, era tale da richiedere approfondimenti.

«...Sicut enim prius fuit homo quam plures — e una tradizione manoscritta forse preferibile legge *populus* (97) — ita et res et cause quasi singule, deinde

(94) AZONIS loc. ult. cit., p. 10: «...dicitur itaque regula quasi cause coniunctio, id est plures cause simul coniuncte regulam constituunt; verbi gratia: statutum est in piscibus ut occupanti concedantur; idem est in feris bestiis, idem in volucris: colligitur regula ut quod in nullius bonis est occupanti concedatur, quia sic statutum est in piscibus, et quia sic statutum est in volucris que in nullius bonis sunt. Ecce istud, quia causa dicitur, et coniungitur hec causa cum prima. Et sic Placentinus...».

(95) Spesso incerte: come la glossa anonima del ms. VATICANO, *Vat. lat.* 9665, fo. 180vb, che — avvertendo «id est plures cause simul coniuncte regulam constituitur (= constituunt)» — lascia in dubbio se intenda alludere a una convergenza di singole *rationes legum* o non piuttosto — come sembra più probabile — di singole situazioni normative.

(96) Un'altra glossa del medesimo ms. vaticano che contiene — qui occorre ricordarlo — gran parte dell'apparato di Azzone, intende la *causae coniunctio* prospettata dalla *regula* di Paolo come estrinsecazione di un'unica *ratio communis*, che appunto la simiglianza delle fattispecie postula. Non solo, qui, il riferimento al processo dell'*extensio ad similia* è manifesto, ma il corollario che quel riferimento impone è affermato: ossia che l'attività logica unificatrice esiga, di fronte alla mera simiglianza dei casi concreti, l'identità della *ratio* (gl. *quasi cause*: «id est communis, quare idem statuitur in similibus, ut supra, de conditionibus et demonstrationibus, l. cum tale, § longe — in realtà *Dig.* 35, 1, 72, 6»: VATICANO, *Vat. lat.* 9665, fo. 180vb).

(97) Così VATICANO, *Pal. lat.* 288, fo. 287va; BRUXELLES 1485-1501, fo. 244vb. Così ancora tutte le edizioni antiche (dello Stefano, del Campi, del Leconte e dell'Agusti) e quella del WAHRMUND, in

regula, que est de singulis quasi collecta universitas...», spiegava già ai suoi tempi Bulgaro.

E l'immagine vivacissima d'una sintesi degli individui nel popolo, dei più in un' *universitas* — che Bulgaro sapeva benissimo costituire un ente astratto unitario (98) — definiva con singolare incisività la *coniunctio* sabiniana: d'altronde, seppur con minore consapevolezza, all'immagine di un' *universitas* sembra alludere anche il Piacentino (99).

Ma il Bassiano trascura anche qui i motivi proposti dal maestro, e preferisce indagare la struttura interna della *regula* con strumenti tratti dalla logica: per la prima volta ci si imbatte nell'insegnamento che l'espressione mediante *verba universalialia* equivale all'enunciato indefinito (100). La tesi richiamava però la problematica più vasta relativa all'ammissibilità, in genere, dell'equipollenza di formule universali e indefinite, problematica che in quei tempi era dibattuta dai giuristi: già Ottone di Pavia nei suoi brocardi l'appoggia a numerosi argomenti *pro e contra* (101), qualcuno — forse Azzone — ne tenta una *solutio* e altri — forse il Cacciavillano (102) — onorano il passo ottoniano di un' *additio*. Quanto, poi, all'importanza annessa al tema, essa si palesa meglio in epoca più tarda, quando non solamente Guido da Suzzara lo trasporta entro i suoi *Notabilia* (103), ma soprattutto Dino del Mugello lo sottopone ad approfondimenti singolari (104).

marginale all' *Ordo iudiciorum* di Bulgaro — pubblicato col vecchio titolo di *Excerpta legum edita a Bulgarino causidico* — nelle *Quellen*, cit., IV, fasc. 1, p. 11, in nota.

(98) Cfr. i passi citati dal ROTA, *Il tractatus de equitate*, cit., p. 103.

(99) PLACENTINI gl. *regula*: «regula dicitur diffinitio rerum compendiosa complectens universitatem... p.» (VATICANO, *Vat. lat.* 11156, fo. 137va).

(100) [IOANNIS BASSIANI] *Summa Pandectarum, de regulis iuris*, nrr. 2 e 3.

(101) Cfr. VATICANO, *Chis.* E. VII. 218, fo. 44rb.

(102) Cfr. SECKEL, *Distinctiones glossatorum*, cit., p. 384.

(103) GUIDONIS de SUZARIA *Notabilia in Dig. et Cod.*, VATICANO, *Barb. lat.* 1398, fo. 499r («Indiff[ini]ta equipol[li]et universalis, ut ff. de acceptilatione, l. pluribus — *Dig.* 46, 4, 6»).

(104) Il valore dei «...verba indefinita, quae iurista simpliciter dicit aequipollere universalibus...» è in realtà ondeggiante. Si può obiettare, per esempio, che l'equipollenza cade di frequente: se infatti io costituisco in legato tutto il mio marmo, questo comprende la sola materia grezza e non le statue, mentre se la disposizione, anziché *indefinite*, viene espressa *universaliter*, essa comprende l'una e le altre. A tale osservazione si può però rispondere che «...indefinita non aequipollet universalis affirmative...»

13. Comunque, quanto a noi importa rilevare, è che l'impostazione appare strettamente collegata (105) col problema di quella *generalitas* ch'è qualità necessaria della *regula*: già Bulgaro aveva fatto di quest'ultima un *genus* in cui rientravano, in qualità di *species*, singole statuizioni normative (106).

quando ciascuna delle situazioni particolari comprese nell'universale è governata da *rationes* diverse e si trova in condizioni differenti; allorché invece si riscontra parità di *ratio* e di condizioni l'equipollenza viene stabilita: se un testatore, istituendo più eredi, aggiungesse poi un legato con le parole «...damno heredem decem dare Titio...», il relativo obbligo coinvolgerebbe tutti gli eredi, avendo ciascuno l'identica qualità e percependo ognuno un utile dalle ultime volontà del defunto. La medesima soluzione, con gli adattamenti del caso, potrebbe convenire alla disposizione espressa *negative* anziché *affirmative*: sicché, per tornare al tema della *regula*, solo nella *coniunctio* di fattispecie fondate sulla stessa *causa-ratio* le «...regulae convenienter constituuntur per verba indefinita tam affirmativa quam negativa...». Probabilmente sul pensiero di Dino pesavano anche gli analoghi approfondimenti dei decretalisti (DYNI MUXELLANI *Prooemium* alle *regulae iuris* del Sesto. I ragionamenti parvero tanto significativi che taluni codici del *Digestum novum* scelsero proprio questo passo, con varianti minime, a illustrare la definizione della *regula* data da Paolo: cfr. ad es. VATICANO, *Pal. lat.* 753, fo. 208rb). I commentatori riprenderanno il problema, senza arricchirlo di grandi contributi, sin dall'epoca del BOTTRIGARI (*Comm. in Dig.* 12, 4, 12, *de conditione causa data, l. cum quis*, nr. 13).

(105) Lo stesso Dino introduce esplicitamente il discorso riportato da ultimo a chiarire il principio «...quod regula debet esse generalis et omnia comprehendere, quia constituitur per ea verba que sui natura omnia comprehendunt...».

(106) In margine alla regola di Gaio «semper specialia generalibus insunt» (*Dig.* 50, 17, 147) Bulgaro osservava: «Ecce genus: quod nullius est occupanti conceditur. Ecce species: fere bestie, pisces, volucres occupantium fiunt»: l'esempio già da Bulgaro, e poi tradizionalmente, addotto a chiarire la *coniunctio causae* della nota definizione della *regula*, non lascia dubbi sull'applicabilità del ragionamento a quella definizione. Il Piacentino, nell'*additio*, approfondiva: «Imo species est in genere, id est continetur a genere, et e converso genus est in specie, id est includitur in specie: hoc est, ubi est species, ibi est et genus: suscipit enim species nomen generis» (ed. BECKHAUS, cit., p. 142 sg.). Il riferimento dei concetti di *genus* e *species* proprio alla definizione stessa della *regula* è reso esplicito da Rogerio, che glossa la parola *enarrat* del frammento di Paolo osservando «scilicet generaliter comprehendendo omnia similia. R.», e la parola *quod est* spiegando «scilicet in singulis speciebus proditum. R.» (una sua seconda glossa *quod est* preferisce la formula «scilicet in singulis separatim statutum. R.»: cfr. VATICANO, *Ross.* 586, fo. 205ra). D'altronde tanto Bulgaro quanto Rogerio, sempre glossando la definizione di Paolo, giustificano il rapporto *exceptio-regula* ricollegandolo al normale processo logico di deroga della *species* al *genus*.

E viene quasi spontaneo di notare che la regola, nei confronti delle singole norme che le davan vita, suggeriva lo stesso sistema di rapporti che la *ratio legis* stabiliva con le singole fattispecie disciplinate: *ratio legis* che anch'essa doveva essere, appunto, *generalis* (107).

Ma è prematuro soffermarsi qui su un parallelismo di funzioni, il cui valore teorico risulterà meglio dal prosiegua del discorso.

14. Occorre, piuttosto, riflettere per ora sulle ripercussioni che il requisito della *generalitas* — ovvia premessa teorica dell'attribuzione di poteri precettivi — ebbe sull'efficacia della *regula*; problema delicato, che s'impennò presto sulla discussione del significato logico dell'eventuale derogabilità in casi particolari: tanto più che il glossatore sapeva bene come ogni irrigidimento della *qualitas generalitatis* fosse pericoloso — «parum est enim ut non subverti posset» (108) — e apprendeva, dalla configurazione stessa che Paolo aveva data della *regula*, ch'essa, «cum in aliquo vitiata est, perdit officium suum».

Bulgaro si era visto costretto a rilevare che «fere omnis regula subvertitur, si non spectes id quod excipitur» (109): e il problema dei rapporti fra la *regula* e l'*exceptio* era stato, così, tratto sul tappeto.

È singolare che il Piacentino, in quelle *additiones* all'apparato bulgariano, che avrebbero rappresentato la *sedes materiae* più adatta, taccia di una sua celebre tesi, contro cui si sollevarono i furori polemici dell'intera scuola. Tesi che ci è peraltro nota dalle innumeri testimonianze degli avversari e da un accenno contenuto in una glossa piacentiniana inedita e finora passata inosservata (110): ossia che l'eccezione fosse contenuta nella regola.

(107) «Ratio enim legis generalis esse debet», scrive Giovanni Bassiano per giustificare il successivo richiamo a quella massima «ubi eadem ratio, ibi idem ius» che rappresenta, come si è visto, il presupposto della sua definizione della *regula* (IOANNIS BASSIANI *Libellus accusatorius* inserito da TAMASSIA e PALMIERI nell'*Ordo iudiciarius* ch'essi hanno edito nella *Bibl. Jur. M. Ae.*, II, §§ 164-165, p. 227. Appare invece come operetta autonoma nel ms. NAPOLI, *Branc. IV. D. 4*, fo. 17ra).

(108) *Dig.* 50, 17, 202.

(109) BULGARI *Comm.* in *Dig.* 50, 17, 202, *de diversis regulis iuris*, l. *omnis definitio*, ed. BECKHAUS, cit., p. 154.

(110) La glossa spiega il consueto frammento di Paolo (*Dig.* 50, 17, 1): «Regula dicitur definitio rerum compendiosa complectens universitatem: et in hac significatione sumitur hic. Ad esse regule exigitur quod sit generalis et nusquam fallat: si autem fallat in aliquo casu perdit officium suum in

Che tale insegnamento poggiasse formalmente sull'esigenza logica della necessaria comprensione d'ogni *species* entro il suo *genus* (111) è rivelato dalla stessa insistenza con cui la successiva critica si imperniò, appunto, sull'analisi di quelle due categorie scolastiche. Ma, sul piano sostanziale, la visione del Piacentino aveva una conseguenza d'un certo rilievo: essa incideva direttamente sulla definizione dell'efficacia della *regula* e ne accentuava oltre misura il carattere universale: tanto che solo con speciose argomentazioni si giustificava l'occasionale *fallentia in casibus exceptis*.

Il Bassiano reagì — «...dico ergo exceptionem non esse de regula, imo extra regulam...» (112) — coerentemente con gli stessi presupposti generali dei suoi punti di vista sulla *coniunctio causae* prospettata da Paolo: una volta configurata questa come un processo di *extensio* della *ratio legis*, l'eccezione ne doveva essere estromessa, proprio per l'incapacità della *ratio* a raggiungerla con la propria disciplina. Insomma, spiega Azzone, siccome la *regula* «...nimium alas suas ampliatur, sibi derogatur in aliquibus...» (113): ed è stolto chiunque immagini

illo casu in quo fallit, ut hic. Et fere omnes regule patiuntur exceptiones, unde dicit lex quod omnis diffinitio in iure periculosa est, nihil est enim quod subverti non possit, id est exceptionem patiatur, ut infra, eodem, omnis diffinitio (*Dig.* 50, 17, 202). *Et nota quod sub regula exceptiones continentur. p. x*» (VATICANO, *Vat. lat.* 11156, fo. 137va). L'importanza attribuita dai contemporanei all'ultima notazione della glossa è confermata dal fatto che l'amanuense sentì il bisogno di affiancarle una smentita, formalmente anonima ma tratta da analoghi passi di Damaso e di Bernardo da Pavia (cfr. VATICANO, *Ottob. lat.* 16, fo. 80r).

(111) Così pensa il LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 141 sg.

(112) Dalla *Lectura* in *Dig.* 50, 17, 1, ed. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 142, n. 7. Cfr. anche il titolo *de regulis iuris* della *Summa Pandectarum*, nr. 6: ma, pur senza dare peso eccessivo per l'attribuzione del passo alla sigla az. che ricorre nel VATICANO, *Pal. lat.* 748, fo. 184r, occorre notare che la *Summa* rinvia, per la critica dell'opinione piacentiniana, alla glossa della successiva l. *in toto* (*Dig.* 50, 17, 80): ove appunto un frammento di Azzone, contenuto in parecchi manoscritti e sempre siglato, risponde molto bene a quel rinvio. Che almeno l'ultima parte del titolo *de regulis iuris* della *Summa Pandectarum* sia quindi di Azzone anziché di Giovanni? Il quesito — che si riferisce per inciso — ha poca importanza ai nostri fini: è certo che l'uno e l'altro difendevano, su questo punto, la medesima posizione.

(113) Gl. *in toto* in *Dig.* 50, 17, 80: «Regule in genere tradite sepe per specialia derogatur, ut ostensum est supra, eodem, l. I (*Dig.* 50, 17, 1), et prout quisque congrua exempla ponere potest. Per hanc regulam manifeste reprobatur opinio P[iacentini] (V: Pi[lei]), qui (V:om.) dicebat exceptiones

che un principio comprenda ciò che esplicitamente ne venga excepto (114).

Se, nella foga del discorso, Azzone finisce coll'esagerare — certo al di là dai suoi reali intendimenti — l'azione distruttiva dell'*exceptio* e paradossalmente l'afferma capace di smentire ogni regola (115), in effetti è facile scorgere al fondo del suo pensiero svolgersi tra le due figure una dialettica molto più proficua: la rivela un improvviso riferimento della celebre esaltazione costantiniana dell'equità (116) alla materia della *regula*: «...item poni potest fere in omni regula, cum quaelibet patiatur exceptionem, ut dicit regula iuris, et exceptiones sunt de aequitate...» (117).

15. Ritorna così un motivo ormai noto. L'*exceptio* — che i glossatori tendono a configurare come una categoria teoretica unitaria, in cui confluiscono la figura

continuari cum regulis: nam si continuarentur ^aqualiter regule^a (^{a-a}P²:om.) derogarentur (V: derogatur)? Dicendum est quod (V: quia) regule derogatur ideo quia (P²: quare) in exceptis casibus idem quod in aliis non exceptis statuere videtur et quia (P²: quare) ^bnimum alas^b (^{b-b}V: iuravit alias) suas ampliat, sibi derogatur in aliquibus. az (P¹ P² om.: az): cfr. VATICANO, *Pal. lat.* 748, fo. 187r (P¹); *Pal. lat.* 756, fo. 181ra (P²); *Vat. lat.* 9665, fo. 183rd (V).

(114) AZONIS *Apparatus magnus* in *Dig.* 50, 17, 1, ed. GENZMER, *Gli apparati di Azzone*, cit., p. 11: «...Placentinus autem omnes exceptiones de regula esse dicebat, ut exceptio cum regula contineatur. Sed secundum hoc nulla regula vitari posset. Sed Placentinus dicebat vitari posse, si idem ius, quod regula breviter in quibusdam casibus primo statuit, statutum quis in exceptis casibus intelligat. Sed quis esset ita mentis inops, ut quod regula expressim exciperet, in regula diceret positum? Dico ergo exceptiones non esse de regula, immo extra regulam sunt, argumento ff. de poenis, sancimus (= sanctio: *Dig.* 48, 19, 41)...». La polemica sul rapporto tra la *regula* e l'*exceptio* costituirà una delle tematiche obbligate della scienza successiva. Né mancheranno tentativi di conciliazione, come quello di Dino («Tu dic utrumque bene dixisse, diversis respectibus tamen. Nam Io. dicit si non habuerit hunc respectum exceptiones non sunt de regula, idest in exceptione non statuitur id ius quod constituitur in regula, sive casus excepti sunt similes casibus qui comprehenduntur sub regula: nam si non essent similes non diceretur fallere regula. Et ita patet quod et quilibet, et Io. et p., habuit suum respectum, et quilibet dixit bene secundum suum respectum. dy»: VATICANO, *Urb. lat.* 156, fo. 145ra).

(115) «...Immo quia [exceptiones] extra regulam sunt, regula vitatur et perdit officium suum, ideoque fere omnes censeo esse dicendas falsas...» (loc. ult. cit.).

(116) «Placuit in omnibus rebus praecipuam esse iustitiae aequitatisque quam stricti iuris rationem»: *Cod.* 3, 1, 8.

(117) AZONIS *Lectura Codicis*, gl. *aequitatisque* in *Cod.* 3, 1, 8, *de iudiciis*, l. *placuit*, nrr. 2 in fi. e 3 in pr.

propria della logica e quella processuale — emana dall'equità (118) e per ciò stesso obbliga il concetto che le sta antitetivamente a fronte, ossia la *regula*, ad accostarsi al polo che all'equità, appunto, viene contrapposto: si allude, ovviamente, al *rigor iuris*.

Ma la singolare convergenza della *regula* col *ius strictum*, benché attuale solo nella correlazione con l'opposto binomio, tende allora a spostare i dibattiti sul piano delle fonti normative. Un'altra forza, inoltre, dall'epoca del Bassiano premeva nella stessa direzione: la problematica risolta in un gioco di *rationes legum* richiamava quella loro capacità precettiva che, si è visto, la scuola era propensa a riconoscere: esse d'altronde s'incontravano nella *regula* sotto l'egida del principio «ubi eadem ratio, ibi idem ius». E non appare, forse, significativa, in questa luce, l'idea propugnata dal Bassiano che la regola avesse il compito d'imporre una determinata *ratio* a casi simili (119)? Anzi, tale aspetto funzionale della *regula* suggeriva un richiamo a quello della *lex*, che appunto a diverse fattispecie concrete governate dalla stessa *ratio* si applicava: e si sa infatti che la scuola discuteva se fosse vero o non che «... omnis lex est regula, quia de pluribus causis in quibus est eadem equitas et de universis loquitur hominibus...» (120).

(118) «Aequitas est mater exceptionis», dirà suggestivamente taluno, pur alludendo soprattutto alla figura processuale (SIGNOROLLO degli OMODEI, *Cons.* 139, nr. 6). Ma cfr. LANGE, *Ius aequum und ius strictum*, cit., p. 342 sgg.

(119) «...Quidem hoc est regulae officium ut unam causam, id est *rationem*... redditam in uno, pluribus aliis, in quibus eadem aequitas vertitur, *attribuat*...» (*Summa Pandectarum, de regulis iuris*, nr. 4).

(120) È il tema di una glossa inedita che appare con la sigla di Azzone nei suoi apparati vaticani al Digesto, e con la sigla di Ugolino in un manoscritto di Parigi: se il fenomeno dello scambio tra le due sigle, come si è avuto modo di constatare più d'una volta, è corrente, qui non sembra possibile dubitare della paternità azzoniana: «Secundum hoc ergo quod prima facie sonat, omnis lex est regula, quia de pluribus causis (V¹ e V²: casibus) in quibus est eadem equitas et de universis loquitur hominibus: quod aperte falsum est. Sic ergo expone ut dicat (P: dicamus): leges (V¹: lex) non sic sunt condite ut hec locum habeat in persona huius, illa in persona alterius, et sic de singulis legibus et personis, sed ^agratia unius^a (a-aV²: om.) generaliter (V¹: om.) in omnibus personis (V² om.: personis) sit eiusdem casus. Responsio: excipitur C. de decurionibus, l. neque dorotheo (*Cod.* 10, 32, 61) ^bet C. de episcopis et clericis, quoniam venerabilis^b (b-b V¹ e V²: om.) az. (P: h.): gl. in *Dig.* 1, 3, 8, *de legibus et senatus consultis*, l. iura, VATICANO, *Vat. lat.* 1408, fo. 6vb (V¹), *Vat. lat.* 2612, fo. 6va (V²), PARIS, *lat.* 4461, fo. 5ra (P).

Se è vero che gli allievi del Bassiano finirono coll'imporre il loro scetticismo nei confronti di tali proposte, non è men vero che la periodica riemersione di queste venne facilitata dal significato corrente del termine *regula*, inteso come «*regulatio humanorum actuum sive morum*» (121), consacrato d'altronde nell'insegnamento canonistico dal parallelo isidoriano e graziano con la parola *canon* (122): tanto che i decretalisti conservarono infatti alla *regula* l'accezione di *norma* (123).

All'affermarsi di tali angoli visuali anche presso i civilisti ostava, com'è ovvio, l'esplicito ammonimento di Paolo che «...non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat...» (124): ma già un contemporaneo di Giovanni e Azzone lo commentava con queste parole: «...quantum ad inventionem et constitutionem ex iure est regula, sed quantum ad officium et confirmationem ex regula est ius... per regulas enim iura confirmantur...» (125).

Ad Accursio, pur dopo una breve esitazione (126), non rimaneva che tirare le somme di tutti questi spunti diversi con un atto di audacia: «...super secundo quod regula non facit ius, sed ex iure quod est, scilicet alias constitutum, scilicet

(121) Così OLDRADO, glossando *Dig.* 50, 17, 1: «vel melius, regula est preexistentis iuris compendiosa traditio. Sed opponitur quod videtur quod omnis lex scripta in corpore iuris sit regula, ut supra, de legibus et senatus consultis, in l. greca (*Dig.* 1, 3, 2): sed ibi aliter ponitur regula, scilicet pro regulatione humanorum actuum sive morum; subposita est ethice hec scientia. Old.» (VATICANO, *Vat. lat.* 1422, fo. 240vb).

(122) *DECRETUM*, c. 1, D. III.

(123) Cfr. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 139 sgg. e le fonti ivi riportate. Nel linguaggio corrente, poi, l'accezione propria della logica, correlativa al termine antitetico *exceptio*, trasponendosi sul piano delle fonti del diritto, portava all'uso sinonimico di *regula e ius commune*, contrapposto appunto al binomio *exceptio-ius singulare*: se è vero che taluno, mostrandosi consapevole del fenomeno, richiamava in proposito fonti canonistiche (si allude al PASCIOVERO, gl. *enarrat* in *Dig.* 50, 17, 1, VATICANO, *Vat. lat.* 2689, fo. 206vb: «quandoque vero ponitur regula pro iure communi, ut LVI dist., Cenomanensem (c. 13, D. LVI)...»), in realtà anche il mondo del diritto civile era tutt'altro che estraneo a tali atteggiamenti. Cfr. soprattutto CALASSO, *Il diritto comune come fatto spirituale*, in *Riv. ital. per le scienze giur.*, LXXXV, 1948, p. 345 sgg.; ora in *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, p. 172 sgg.

(124) Sempre *Dig.* 50, 17, 1.

(125) Dall'apparato di BERTRANDO di METZ alla definizione di Paolo: BRUXELLES 1485-1501, fo. 244vb. E prosegue, glossando le parole *cum in aliquo vitata est perdit officium*: «...quod dixerat quod regula fit ex preiacente materia, id videtur aliter, quod sicut iura firmiter observantur, ita nec regula suum perdit officium...».

(126) Gl. *regula est*, ca. fi., in *Dig.* 50, 17, 1, *de diversis regulis iuris*, l. *regula*.

generale plurium et commune, fiat regula: *dic quod non facit ius in exceptis*, quia sic genus speciei derogaret, quod esse non debet, sed e contra species generi, ut infra, eodem, l. in toto (*Dig.* 50, 17, 113). Ubi ergo nulla est exceptio, *facit ius generale*: ubi autem habet exceptionem *facit ius speciale* praeterquam in exceptis...» (127).

Evidentemente l'avvertimento di Paolo «...non ex regula ius sumatur...» è ormai travolto da una concezione nuova, che si arresta soltanto di fronte all'esigenza di evitare che la *regula faciat ius in exceptis*, per il motivo di ordine puramente logico che la *species* può derogare al *genus*, e non viceversa.

Se Accursio, nel prosieguito della glossa, sembra ricordare anche l'immagine romana della *regula* intesa come *brevis narratio* — al di fuori, quindi, da ogni sua capacità dispositiva —, egli però la rinnega subito: «...vel dic secundo quod etiam in non exceptis non facit ius, cum tantum intendat narrare et coniungere iura... tu dic tertio quod non facit ius in exceptis, ut dixi modo... item nec in casibus statutis iam in lege cum ibi iam sit factum, ut et modo dixi, *sed super casibus in quibus eadem est aequitas, nec tamen sunt in iure positi, bene facit ius...*» (128).

Certo, il capovolgimento della concezione romana non poteva essere più completo. Tutt'al più si ammette che la regola *non faciat ius* nei casi già disciplinati dalle norme, per la sola ragione che non ve n'è alcun bisogno. E si giunge per converso al punto di esaltarne l'efficacia normativa qualora manchi una precedente disciplina: in tali casi, purché sussista la stessa *ratio* raccolta nella *regula*, questa *facit ius!*

La configurazione che il Bassiano aveva data all'ufficio della regola, quando l'aveva definita nel processo dell'*attribuere rationem* a casi non previsti espressamente dalle norme positive, viene così portata alle estreme conseguenze.

16. Proprio nel porre in discussione la tesi di Giovanni, il maggior tecnico del problema, Dino del Mugello, sembra tuttavia ispirato dall'esigenza di tornare

(127) Gl. *regula est*, cit., ante me. Cfr. LEFEBVRE, *Les pouvoirs du juge*, cit., p. 143 sg.

(128) Gl. *regula est*, cit., ca. me.

al testo romano: e la sua negazione del carattere precettivo della *regula* pare destinata ad abbattere la faticosa costruzione della glossa (129).

Ma è un fuoco di paglia. In realtà l'azione normativa delle regole cade solo nella fattispecie in cui una precedente disciplina specifica la renda inutile, oppure nei casi di *exceptiones* già previste. Ma quando «...non est ius constitutum ante regulae traditionem... tunc ipsa regula est ius seu constitutio iuris...» (130).

Il pensiero di Accursio, in sostanza, è salvo.

È vero che Iacopo d'Arena mostra ancora qualche incertezza e lamenta che la *regula* sia un «...nomen aequivocum...» (131); Iacopo da Belviso, invece, si rifà testualmente alla glossa accursiana e ne ribadisce il motivo centrale. La *regula* sicuramente *facit ius*, che essa abbia o non qualche eccezione annessa,

(129) DYNİ MUXELLANI *Prooemium* alle *regulae iuris* del Sesto, nrr. 13-14: «...Item secundum opinionem Ioannis rationem unius casus attribueret alteri, quod textus non intendit, quia nihil de extensione casuum, sed de coniunctione rationis tractat. Item si de extensione tractaret, iam *poneret de regula ius constituente, quod similiter videtur contra textum...*». Piuttosto la funzione della *regula* — forse per aderire a talune definizioni della logica (IACOBI de ARENA *Comm.* in *Dig.* 50, 17, 1, in v. *creditor*: «...sed secundum gramaticos regula est multorum similium coniunctio...») — sta nel sintetizzare in una *ratio* unica le molteplici *rationes* delle varie fattispecie: «Et propterea dicendum est, quod regula est coniunctio rationis, ideo quia, de ratione plurium casuum eandem rationem habentium, unam numero generalem traditionem facit: et sic quae primo erant plures numero rationes, ad unam — ex omnibus coniunctis procedentem — reducuntur per regulam...» (similmente nella gl. *coniunctio* in *Dig.* 50, 17, 1 del ms. VATICANO, *Vat. lat.* 1422, fo. 241rb: «idest multarum rationum sive causarum in determinatione singulorum casuum redditurarum ad unam et eandem numero rationem reductio. dy.». Nelle varie glosse di Dino apposte allo stesso frammento, il carattere non precettivo della *regula* viene ribadito. La gl. *rem*, «id est ius quod est alias constitutum», appare anonima nel ms. VATICANO, *Pal. lat.* 753, fo. 208rb, ma siglata dy. nel VATICANO, *Borghes.* 373, fo. 320rb. La gl. *ius sumatur* del VATICANO, *Ross.* 586, fo. 205ra spiega: «id est de novo constituat ius», mentre quella — anonima, ma anch'essa probabilmente assegnabile a Dino — del *Pal. lat.* 753, loc. cit., riafferma: «etiam in illis casibus in quibus est statuta»).

(130) DYNİ *Prooemium*, cit., nr. 10.

(131) IACOBI de ARENA *Comm.* in *Dig.* 50, 17, *de regulis iuris*, in rubr., nr. 1: ma una glossa del suo allievo, OLDRAO da PONTE, inserita nell'ed. stessa dei *Commentarii in universum ius civile* di Iacopo (in reg. I *regula est*, nr. 3), sancisce quell'adesione alle tesi accursiane sulle quali il maestro aveva tralasciato di pronunciarsi.

«...in casibus novis ex quibus immediate resultat ius et de quibus regula fundatur et disponitur...» (132).

Quando, più tardi, Bartolo non esiterà a ripudiare l'insegnamento di Paolo e, ricordando che la «...glossa dicit quod [regula] facit ius...», potrà concludere: «...glossa bene dicit...» (133), la scienza non avrà più nulla da aggiungere (134).

17. È tempo di concludere.

La constatazione che, pur di sfuggita, ha fatta certa storiografia (135), va dunque precisata. Che i giuristi medievali abbiano negato alla *regula iuris* una sua qualità di *Rechtssatz* autonomo non sembra tesi da potersi sottoscrivere senz'altro. Certo essi furono ben consapevoli del processo formativo da cui quella figura traeva la sua origine, e tennero sempre innanzi agli occhi il convergere, entro i suoi confini, di tutte quelle situazioni normative che le davano la vita e le attribuivano vigore. Esse dovevano racchiudere tutte la stessa *ratio*, e questa identità offriva appunto l'estro alla *coniunctio* delle singole fattispecie di cui parlava la *littera bononiensis*. Il processo, poi, era governato dal principio che già si è visto proprio della tecnica interpretativa, ossia che ove vi fosse l'*eadem ratio*, là occorresse riconoscere l'esistenza di un *idem ius*.

Il deciso intervento di quella massima nella teoria della *regula iuris* contribuì a concentrare — in tale problema — l'attenzione del giurista sull'essenziale apporto

(132) Mentre il suo diretto intervento normativo — come si diceva già correntemente — si palesa inutile là dove leggi specifiche regolino il singolo caso concreto. Nella lunga esposizione che egli fa commentando quella novella giustiniana, che già si è vista eccitare una certa problematica a proposito dell'*exceptio*, colpisce la pedissequa aderenza all'insegnamento della glossa, sia sulla questione principale della capacità normativa della *regula*, sia sull'altra, connessa con la prima, relativa al valore dell'*exceptio*: cfr. IACOBI BELVISIO *Comm. in Nov. 7*, cap. 2 pr., *Coll. II*, tit. 1 *de non alienandis rebus ecclesiasticis*, § *ut autem lex*, vers. *opponitur quinto* e i sgg.

(133) BARTOLI *Comm. in Dig. 50*, 17, 1, *de regulis iuris*, l. *regula*, nr. 4.

(134) Agli albori del secondo decennio del Cinquecento, quando Filippo Decio, a Valenza, diede mano a commentare le prime leggi del titolo *de regulis iuris* del Digesto, iniziando così quel trattato sull'argomento che sarà la sua opera teorica maggiore, egli apparve ancora legato, nonché ai principî, addirittura alla lettera dell'insegnamento di Accursio, d'altronde rilanciato da Dino: cfr. PHILIPPI DECI *in tit. ff. de regulis iuris Comm.*, alla reg. I *regula est*, specialmente i nrr. 5 e 10.

(135) Cfr. *supra*, nota 81.

della *ratio*, che occorre enucleare dalle varie fattispecie per procedere poi a quella *coniunctio* della quale si è detto a più riprese. Ma fondare la *regula* sulla sintesi di fattispecie concrete operata dalla *ratio iuris* (136) significava dare a quella le caratteristiche di questa, se non altro perché ‘*omne causatum sapit naturam sui causantis*’: ed ecco riaffiorare quel potere precettivo che alla *ratio*, esplicitamente dapprima, implicitamente in séguito, era assegnato come al cuore, alla sostanza stessa della legge. Ecco allora la *regula iuris* ottenere e conservare per sempre una capacità normativa che invano i testi romani le negavano.

Ora, tutte queste rappresentazioni medievali di singoli problemi tecnici tratti dalla fenomenologia del diritto hanno un’unica radice: la singolare efficacia attribuita alla *causa*, o *ratio*, o *mens legis*.

Efficacia che, appunto, si voleva mettere in risalto.

(136) Si noti, a scanso di equivoci, che quella *ratio iuris*, cui i glossatori si riferiscono costantemente come al pilastro che sorregge la figura della *regula*, non è un’astrazione, ma scaturisce da una particolare situazione normativa, ossia in definitiva, dalla *ratio legis*.

INDICE - SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

La 'legge' di fronte al mondo etico-religioso

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 1. Origine di una leggendaria disputa attribuita a Bulgaro e Martino | 1 |
| 2. Notizie discordanti circa i veri protagonisti e i termini reali della polemica | 2 |
| 3. Tendenze a comprimere l'efficacia vincolante del giuramento come fatto morale | 5 |
| 4. Diffusione di tale indirizzo | 7 |
| 5. Approcci a una teoria generale dei rapporti tra l'efficacia del contratto e quella del giuramento aggiuntivo | 9 |
| 6. Riflessi su una problematica affine: si può derogare a uno statuto iniquo rafforzato da giuramento? | 12 |
| 7. Espedienti tecnici proposti dalla scuola più tarda per consentire l'abrogazione degli statuti giurati eludendo il peccato di spergiuro | 14 |
| 8. Indirizzi canonistici e talune analogie con le tendenze civilistiche | 16 |
| 9. Divergenze di fondo: le opposte posizioni di Cino e di due maestri canonisti in una controversia | 20 |
| 10. Conclusioni sulle forze storiche che alimentavano la contesa in tema di contratti giurati da minori | 21 |
| 11. La costituzione <i>sacramenta puberum</i> di Federico Barbarossa | 23 |
| 12. La scuola ultramontana e la reinterpretazione della <i>sacramenta puberum</i> | 26 |
| 13. La l. <i>non dubium</i> di Teodosio | 27 |
| 14. Significato storico di talune polemiche intorno all'efficacia della legge teodosiana | 32 |
| 15. Epilogo delle discussioni avviate dalla leggendaria disputa tra Bulgaro e Martino | 33 |
| 16. Conclusioni | 34 |

CAPITOLO SECONDO

Dei sistemi giuridici concentrici:
diritto naturale e diritti positivi

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 1. Le esigenze etiche dei glossatori e la categoria giuridica del <i>ius naturale</i> | 37 |
| 2. Puntate filosofiche dei decretisti nella definizione del <i>ius naturale</i> | 38 |
| 3. Il loro sospetto per la definizione ulpiana | 41 |
| 4. «Peccatum de iure naturali esse non potest» | 43 |
| 5. La posizione dei primi civilisti: una testimonianza di Rogerio | 47 |
| 6. Il giurista medievale di fronte al problema storico dell'editto pretorio | 49 |
| 7. L'ipotesi che il <i>ius naturae</i> fosse un <i>motus</i> o una <i>voluntas</i> : esigenza di salvarne il contenuto normativo | 53 |
| 8. L'indagine sull' <i>auctoritas</i> , cioè sulla fonte, del sistema | 56 |
| 9. Gli aspetti empirici della <i>causa naturalis</i> | 59 |
| 10. <i>Causa naturalis</i> ed <i>aequitas</i> | 60 |
| 11. L' <i>indebitum</i> | 61 |
| 12. Un passo di Ulpiano sui rapporti tra diritto civile e naturale | 63 |
| 13. Contrasti tra i due sistemi: il caso della usucapione | 66 |
| 14. La normale integrazione degli istituti naturali da parte dei civili: il matrimonio | 69 |
| 15. <i>Ius naturale</i> e <i>ius gentium</i> : l'interpretazione d'un frammento di Gaio e di un passo d'Ulpiano | 71 |
| 16. Il problema della servitù | 73 |
| 17. Il superamento della diffidenza per la configurazione di deroghe al <i>ius naturale</i> da parte del <i>ius gentium</i> ? | 79 |
| 18. Un frammento di Ermogeniano: difficoltà per l'interprete medievale. Le obbligazioni derivano dal <i>ius gentium</i> ? | 83 |
| 19. Il problema della proprietà individuale | 86 |
| 20. Conclusioni sull'efficacia del diritto naturale: talune applicazioni <i>in foro iudicis</i> | 90 |
| 21. Anche le «divinae auctoritates in causis pro legibus allegari possunt». L'armonico concorso dei vari sistemi giuridici, da quello divino al civile | 93 |

CAPITOLO TERZO

Il problema delle deroghe al diritto divino, naturale
e delle genti: l'esame della «iusta causa»

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 1. La derogabilità del diritto naturale: le basi della problematica canonistica | 97 |
| 2. L'apporto dell'esperienza dei teologi | 100 |
| 3. Cenni sull'istituto della <i>dispensatio</i> . L'esame dell' <i>auctoritas</i> e quello della <i>causa</i> posti al centro dell'esposizione dai primi decretalisti | 102 |
| 4. La derogabilità del diritto divino nel pensiero civilistico: l'ammissione della facoltà di <i>distinguere</i> la legge di Dio | 108 |
| 5. «In ore duorum vel trium stat omne verbum» | 111 |
| 6. Pierre de Belleperche e la consacrazione della <i>iusta causa</i> come condizione per la validità dei rescritti contrari al <i>ius divinum</i> | 114 |
| 7. I primi civilisti e la derogabilità del diritto naturale | 117 |
| 8. Una glossa di Azzone e il riaffiorare del criterio della <i>iusta causa</i> | 120 |
| 9. Successo della soluzione azzoniana nell'insegnamento di Orléans | 121 |
| 10. Le modifiche al <i>ius gentium</i> | 124 |
| 11. L'espropriazione: polemiche tra i primi glossatori | 125 |
| 12. Il pronto intervento della <i>causa</i> nel problema | 126 |
| 13. Accursio e Sinibaldo de' Fieschi. Il richiamo canonistico alla regola «sine culpa, nisi subsit causa, non est aliquis puniendus» | 128 |
| 14. L'insuccesso degli ultimi tentativi volti a preservare il principio dell'immutabilità del <i>ius gentium</i> | 131 |
| 15. Conclusioni sui rapporti tra <i>iusta causa</i> ed esigenze legalitarie nell'espropriazione | 137 |
| 16. La deroga al <i>ius civile</i> : spostamento dei punti di vista dal problema della <i>causa rescribendi</i> a quello della <i>voluntas rescribentis</i> | 139 |

CAPITOLO QUARTO

«Potestas» e «causa»

| | |
|--|-----|
| 1. Il problema posto dalla l. <i>digna vox</i> | 143 |
| 2. «Princeps non est sub lege fori, est tamen sub lege poli» | 148 |
| 3. Di talune enunciazioni legalitarie note e poco note | 152 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 4. Una celebre <i>quaestio</i> di Guido da Suzzara | 155 |
| 5. L'azione della componente etica nelle esigenze legalitarie | 161 |
| 6. La <i>absoluta potestas</i> nelle visioni legalitarie di Innocenzo IV e di Andrea d'Isernia. L'intervento della <i>causa</i> nella problematica | 163 |
| 7. Analoghe impostazioni a proposito della discrezionalità del giudice penale | 168 |
| 8. Un cenno sulla diversa valutazione della <i>multitudo delinquentium</i> data da civilisti e canonisti | 172 |
| 9. Una glossa di Niccolò Ruffolo | 174 |
| 10. «Causa excusat a dolo» | 176 |
| 11. «Ex causa licet leges transgredi» | 179 |

CAPITOLO QUINTO

Elaborazioni teoriche intorno alla figura della causa

| | |
|---|-----|
| 1. Presupposti filosofico-giuridici | 183 |
| 2. La trasposizione della causa dal mondo filosofico in quello giuridico. Infiltrazioni etiche | 185 |
| 3. La sussistenza di una causa come misura della <i>rationabilitas</i> di ogni attività | 189 |
| 4. Aspetti soggettivi del problema: <i>causa</i> dell'azione e <i>animus</i> dell'agente | 190 |
| 5. I presupposti del pensiero medievale nelle fonti romane: cenni | 192 |
| 6. L'incidenza della causa sulla nascita dell'obbligazione: <i>pactum nudum</i> e <i>pactum causale</i> | 193 |
| 7. La <i>causa naturalis</i> e la <i>stipulatio</i> | 199 |
| 8. I contratti <i>litteris</i> | 203 |
| 9. Un quesito assai discusso: se occorra presumere l' <i>animus donandi</i> d'un debitore che si sia obbligato pur conoscendo l'insussistenza della causa | 205 |
| 10. <i>Donatio causalis</i> e <i>donatio condicionalis</i> | 208 |
| 11. Una definizione di Papias e le origini della <i>causa impulsiva</i> | 213 |
| 12. La <i>causa finalis</i> in una glossa di Giovanni Bassiano | 215 |
| 13. La causa impulsiva e la finale come poli di una visione dinamica dei fenomeni giuridici. Riferimento della causa ai vari stadi dell'azione | 217 |
| 14. <i>Causa proxima</i> e <i>remota</i> | 221 |
| 15. Tendenza a risolvere la teoria della causa nella distinzione tra la finale e l'impulsiva | 222 |

| | <i>pag.</i> |
|--|-------------|
| 16. «Causa est de praeterito» | 227 |
| 17. L'insegnamento di una <i>Materia Codicis</i> irneriana | 230 |
| 18. «Causa impulsiva est causa abusiva» | 231 |
| 19. «Causa finalis est fons causarum» | 233 |
| 20. In caso di dubbio sulla natura della causa occorre presumerla finale o impulsiva? | 236 |
| 21. «Cessante causa cessat effectus» | 239 |
| 22. L'esigenza di definire l'efficacia dell'adagio. Distinzioni riguardo al primo termine di questo: torna il binomio causa finale-impulsiva | 242 |
| 23. Lo spostarsi dell'indagine canonistica, proprio in materia normativa, anche sul secondo termine della regola. L' <i>auctoritas legis</i> | 245 |
| 24. Di alcuni arricchimenti della problematica successiva alla glossa | 249 |
| 25. Talune conseguenze tecniche dell'applicazione del precetto | 251 |
| 26. Conclusioni | 254 |

CAPITOLO SESTO

Intorno al problema della «causa» e della «ratio legis»

| | |
|---|-----|
| 1. Prime apparizioni della <i>causa legis</i> | 257 |
| 2. L'intervento del concetto di <i>necessitas</i> : taluni angoli visuali dei canonisti e dei civilisti | 262 |
| 3. L' <i>utilitas</i> e i fini 'politici' del diritto | 266 |
| 4. <i>Aequitas, causa legis e peccatum</i> | 268 |
| 5. Ancora sui rapporti tra l'esigenza della <i>causa legis</i> e la sanzione del <i>peccatum</i> | 271 |
| 6. Un richiamo alla materia delle obbligazioni | 274 |
| 7. Il perdurare della capacità etico-religiosa della <i>causa legis</i> fino a un'epoca avanzata | 275 |
| 8. <i>Causa e ratio</i> : impostazione del problema. Un passo del Piacentino | 277 |
| 9. Un'importante equazione stabilita dal Bassiano tra le due figure | 281 |
| 10. La sorte di una formula con cui Papias le teneva separate | 283 |
| 11. Convergenza dei concetti di <i>ratio</i> e <i>mens legis</i> | 285 |
| 12. <i>Ratio</i> ed <i>aequitas</i> | 289 |
| 13. Un celebre insegnamento di Dino del Mugello | 291 |
| 14. Conclusioni sulla <i>ratio legis</i> : il potere normativo che le veniva assegnato | 293 |

CAPITOLO SETTIMO

«Ubi eadem ratio ibi idem ius»

| | <i>pag.</i> |
|---|-------------|
| 1. Può sopravvivere la <i>ratio legis</i> dopo l'abrogazione della norma? Il problema in una <i>distinctio</i> preaccursiana | 297 |
| 2. La validità del diritto feudale e di quello longobardo in un'impostazione di Andrea d'Isernia | 299 |
| 3. La forza precettiva della <i>ratio legis</i> e il compito dell'interprete | 301 |
| 4. Ardite interpretazioni estensive di Azzone e del Piacentino | 306 |
| 5. Uno spunto in tema di dominio diretto e di dominio utile | 307 |
| 6. <i>Actio directa</i> e <i>utilis</i> : la prima intesa come derivazione al contempo dai <i>verba</i> e dalla <i>mens legis</i> , la seconda soltanto dalla <i>mens</i> | 309 |
| 7. <i>Actio nativa</i> e <i>actio dativa</i> | 312 |
| 8. Una critica di Jacques de Révigny | 313 |
| 9. L' <i>actio utilis</i> intesa come il risultato d'un atto interpretativo. Talune teorie ultramontane | 317 |
| 10. Il vincolo logico che lega i due tipi di azione | 319 |
| 11. La <i>regula iuris</i> : le definizioni di Paolo e di Sabino e un'interpretazione di Bulgaro | 321 |
| 12. Le posizioni del Piacentino e di Giovanni Bassiano: i legami tra la teoria della <i>regula</i> e quella della <i>ratio legis</i> | 325 |
| 13. Il comune requisito della <i>generalitas</i> | 329 |
| 14. La <i>regula</i> e l' <i>exceptio</i> | 330 |
| 15. Un accostamento del binomio <i>regula-exceptio</i> alla coppia <i>rigor-aequitas</i> : « <i>regula facit ius</i> » | 332 |
| 16. Un contributo di Dino del Mugello | 335 |
| 17. La teoria della <i>regula iuris</i> come definitiva esaltazione dell'efficacia precettiva della <i>ratio legis</i> . Conclusione | 337 |

Riconsiderato dopo oltre mezzo secolo dalla sua apparizione, il capolavoro di Ennio Cortese appare come uno straordinario esercizio di immersione in un universo intellettuale che ha marcato in profondità e in permanenza la mentalità occidentale. La stagione della scolastica giuridica è in qualche modo “rivissuta dall’interno”, a partire dalla piena comprensione del valore creativo insostituibile che in essa ebbe la sua intrinseca – e perciò ineliminabile – complessità e contraddittorietà: cioè il confronto fra *auctoritates* contrastanti, fra maestri, e fra scuole diverse, che proponevano interpretazioni opposte.

La *Norma*, insieme ad altre ricerche storico-giuridiche pubblicate in Italia nello stesso giro d’anni, aprì una stagione degli studi di storia del pensiero giuridico affrontati con metodo filologico e attenzione predominante alla letteratura manoscritta. A questo metodo Cortese si è sempre mantenuto fedele, nella convinzione che il pensiero giuridico medievale andasse indagato in tutta la sua ricchezza e profondità, ascoltandone armonie e dissonanze, ricostruendolo senza astrazioni ma nel rispetto della sua stringente logica interna.

(Dall’Introduzione alla nuova edizione)

Ennio Cortese, professore emerito di Storia del diritto italiano dell’Università “La Sapienza” di Roma, è stato allievo di Francesco Calasso, con il quale si è laureato nel 1951.

Dal 1958 al 1966 ha insegnato Storia del diritto italiano all’Università di Cagliari, poi, come professore ordinario, a Pisa, fino al 1979, e quindi a Roma, dove dal 1987 al 2000 è stato anche direttore dell’Istituto di storia del diritto italiano della Facoltà di Giurisprudenza.

È stato membro, tra l’altro, del Consiglio Superiore per le Accademie e le Biblioteche presso il Ministero della Pubblica Istruzione, del Beirat del Max-Planck-Institut für europäische Rechtsgeschichte di Frankfurt am Main, del Comitato per l’edizione della glossa accusiana, nonché presidente della Società italiana di Storia del diritto.

Dottore *honoris causa* dell’Università di Paris II, nel 2005 ha destinato la sua biblioteca privata, composta da un migliaio di edizioni antiche di testi di diritto comune e da oltre cinquemila opere moderne di dottrina e storiografia giuridica, alla Biblioteca del Senato.

