

[2014] C.E.L.B.

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

LEGAL STUDIES RESEARCH
PAPER SERIES

LE RADICI DEL “SACRO”
NELL’ELABORAZIONE DEL GIURIDICO.
LE PROMESSE IN *CIVIL LAW* E *COMMON LAW*
TRA TRADIZIONE BIBLICA, PRINCIPI RELIGIOSI
ED ELABORAZIONI TEOLOGICHE

Davide Gianti

The Cardozo Law Bulletin is a peer-reviewed, English and Italian language journal concerned to provide an international forum for academic research exploring the thresholds of legal theory, judicial practice and public policy, where the use of a 'comparative law and literature' approach becomes crucial to the understanding of Law as a complex order.

The Cardozo Law Bulletin, established in 1995 as one of the world first Law Journals on the Web, invites the submission of essays, topical article, comments, critical reviews, which will be evaluated by an independent committee of referees on the basis of their quality of scholarship, originality, and contribution to reshaping legal views and perspectives.

SUBMISSIONS: The Cardozo Law Bulletin only accepts submissions made in accordance with the MLA (Modern Language Association) style, the most commonly used to write papers and cite sources within the liberal arts and humanities.

<http://www.jus.unitn.it/cardozo/>

CHIEF EDITOR: Pier Giuseppe Monateri

MANAGING EDITOR: Cristina Costantini

REFEREES: Ermanno Calzolaio, Daniela Carpi, Maria Rosaria Marella, Giovanni Marini, Roberto Pardolesi, Giovanni Pascuzzi, Federico Pizzetti, Giovanni Maria Riccio, Giovanni Sciancalepore, Salvatore Sica, Andrea Zoppini

© 1995-2014 The Cardozo Institute

2014 Edition: Vol. 20 (2014) – 2, The Fall Issue

ISSN 1128-322X

LE RADICI DEL “SACRO”
NELL’ELABORAZIONE DEL GIURIDICO.
LE PROMESSE IN *CIVIL LAW* E *COMMON LAW* TRA
TRADIZIONE BIBLICA, PRINCIPI RELIGIOSI ED
ELABORAZIONI TEOLOGICHE

Davide Gianti

1. L’UOMO È L’ANIMALE CUI È CONSENTITO FARE DELLE PROMESSE
2. PROMESSE, PATTI E CONTRATTI NELLA TRADIZIONE BIBLICA EBRAICO
- CRISTIANA
3. LA PROMESSA NELLA TEOLOGIA DELLA PRIMA E DELLA SECONDA
SCOLASTICA
4. LA DISCONTINUITÀ DELL’ELABORAZIONE CANONISTICA
CONTINENTALE: *EX NUDO PACTO ORITUR ACTIO*
5. L’IMPORTANZA DELLA “*THEOLOGY OF COVENANT*” PURITANA ED I
RIFLESSI SUL CONCETTO DI PROMESSA CONTRATTUALE NEL *COMMON
LAW*

1. L'UOMO È L'ANIMALE CUI È CONSENTITO FARE DELLE PROMESSE

Sin dai primordi l'uomo ha dimostrato di essere un animale sociale, secondo la definizione data da numerosi pensatori nel corso della storia della riflessione occidentale e come confermato dai moderni studi antropologici.

L'uomo insomma, sin da quando ha cominciato a muovere i primi passi, ha affrontato il mondo che lo circondava cercando nella socialità, nell'aggregazione con altri suoi simili, la risposta alle sfide che l'ambiente esterno ed il proprio Io interno ponevano sul suo cammino. Così facendo l'uomo, ad un certo punto, ha dimostrato anche un'attitudine del tutto particolare: quella di essere in grado di fare promesse e, così facendo, di proiettare il proprio Io e le proprie azioni nel tempo. In questa sede viene dato per scontato che la pratica di promettere sia come connaturata all'essere umano ed alla sua intrinseca indole e pertanto si accoglie l'opinione di quanti ritengono che essa esista all'interno del paradigma degli atti umani in tutte le comunità con un minimo di struttura sociale.¹

Affinchè la comunione di vita con altri uomini, originata presumibilmente da esigenze evolutive, fosse realmente possibile l'uomo ha sviluppato sin da subito una particolare attitudine alla relazionalità. Questa caratteristica è propria di moltissime altre specie animali² ma mai la sua importanza è cresciuta in maniera così esponenziale come è accaduto per l'essere umano, il quale, a partire da essa, ha strutturato la società in

¹ ARENDT H., *The human condition*, New York: Doubleday & co., 1958: 213-216; HART H.L.A., *The concept of law*, Oxford: Clarendon Press, 1961: 189-195; HUME D., *Of the original contract*, in *Social contract*, , Oxford: Oxford University Press, ed. Sir Ernest Barker, 1960: 160-161

² TRIVERS, "The evolution of reciprocal altruism", *Quarterly Review of biology* 46 (1971): 35-57; AXELROD e HAMILTON, "The evolution of cooperation", *Science* 211 (1981): 1390

cui vive ed edificato tutte quelle forme caratteristiche del pensiero e dell'agire in gruppo³.

La reciprocità è l'attitudine all'entrare in contatto con l'altro nelle forme base di rapporto quali la vendetta per un torto subito⁴ e il dono-scambio di oggetti, che trasforma due individui prima indifferenti l'uno all'altro in due individui in contatto uno con l'altro e uniti da un legame prima inesistente⁵. Questi primitivi legami, originati da strutture mentali elaboratesi progressivamente nel cervello umano, con il proseguire dell'evoluzione hanno generato le prime forme giuridiche di agire sociale dell'uomo a cui, a partire da un certo momento, si è aggiunta la capacità di promettere, tanto che possiamo azzardare l'ipotesi che essere siano di fatto schemi di pensiero e di azione "produttori" del giuridico i quali, in un secondo tempo, vengono inquadrati in sistemi più o meno complessi da cui sono poi a loro volta influenzati e modificati nelle loro caratteristiche e modalità di esistenza.

Il moderno diritto conosce una gran varietà di "oggetti sociali" che caratterizzano il giuridico tra cui certamente un ruolo di primo piano riveste la promessa ma il soggetto umano li ha elaborati da un punto di vista antropologico in momenti diversi della propria evoluzione la cui ricostruzione non è certo facile. Sono state tuttavia proposte alcune ipotesi generali che ci si sente di accogliere e non solo per l'autorevolezza degli studiosi che le hanno elaborate.

³ KLUCKHOHN, "Common humanity and diverse cultures", in LERNER (a cura di), *The human meaning of social science*, New York, 1959: 245-284; GOULDNER, "The norm of reciprocity. A preliminary statement", *American Sociology Review* 25(2) (1960): 161-178

⁴ MALINOWSKI, *Crime and custom in savage society*, London: Routledge & Kegan Paul, 1926, trad.it. COLAJANNI, *Delitto e costume nella società primitiva*, Roma: Newton-Compton, 1972

⁵ MAUSS, "Essai sur le don, forme et raison de l'échange dans les sociétés archaïques", *Sociologie et anthropologie*, (1950): 143

In via di principio pare razionale ritenere che l'uomo inizialmente abbia sviluppato un linguaggio non verbale per comunicare con i suoi simili ed è perciò verosimile che l'uomo cacciatore e raccoglitore del Paleolitico, nelle sue primitive forme di relazione, si sia affidato ai c.d. "atti muti" come il dono reciproco e il baratto, profondamente connotati da aspetti magico-rituali, dove accordo e consegna si realizzano immediatamente e la prospettiva è quella semplicemente di uno scambio di cose legate a due soggetti diversi da un vincolo simile alla proprietà⁶.

Con l'avvento però dello stoccaggio del cibo in surplus nel periodo Neolitico, fosse esso derivato dalla caccia, dalla raccolta o dall'agricoltura, l'uomo pone però le basi per "governare" e prevedere in qualche modo anche il proprio futuro e dunque strutturare la società in maniera più complessa. In tali contesti, caratterizzati da piccoli gruppi di soggetti comunque affini tra loro e legati da forti vincoli di parentela, due sono gli elementi necessari affinché l'uomo possa cominciare ad "appropriarsi" del futuro in pianta stabile: la strutturazione di forme di linguaggio più evolute che permettano di dichiarare che qualcosa accadrà nel prosieguo e un più stretto legame con il soprannaturale e la divinità che si fanno garanti degli avvenimenti che si verificheranno nel futuro della comunità.

All'inizio esistono solo rapporti di fatto quali i vincoli di parentela o fondati sulla capacità di esercitare un potere di subordinazione tra appartenenti alla stessa comunità o ancora vincoli proprietari del singolo o del gruppo nel suo complesso su oggetti del mondo naturale e persino porzioni di esso. I rapporti tra i soggetti sono spesso conflittuali in queste

⁶ SACCO, *Antropologia giuridica*, Bologna: Il Mulino, 2007: 175; MALINOWSKI, *Diritto e costume nelle società primitive*, Roma: 1972; MAUSS, *supra* nota 8, a 143; BRAUDEL, *I giochi dello scambio*, Torino, 1981

primitive comunità e le prime forme di vincolo obbligatorio tra gli esseri umani non sorgono tanto per ragioni legate agli scambi quanto piuttosto nella primigenia forma di risarcimento pecuniario a seguito di un danno cagionato ad un altro soggetto⁷. Dati i forti vincoli di parentela caratterizzanti tali organizzazioni sociali, l'unica possibilità di “fare giustizia” sarebbe quella di rifarsi con la violenza sui membri del gruppo avverso, dati come “garanzia personale” del debito creatosi ma in questo modo si sacrificerebbe un'altra risorsa molto importante per il gruppo e questo rappresenterebbe un problema di indebolimento della comunità in una società già di per sé al limite della pura sussistenza.

Si perpetua pertanto la pratica di soddisfarsi sulla garanzia personale rappresentata dal corpo dell'ostaggio dato in garanzia, originariamente ritenuto l'unico responsabile del credito venutosi a creare, che viene però progressivamente sostituita con la pratica di fornire dei beni di pari valore o di valore insignificante ma di carattere simbolico e magico-rituale. Infine l'ulteriore passaggio è rappresentato dalla possibilità per il debitore di essere egli stesso, in prima persona, garante con il proprio corpo del debito contratto, senza fornire altre garanzie ma solo pronunciando frasi magico rituali e compiendo gesti particolari⁸.

Il passo successivo verosimilmente è costituito dalla nascita del prestito, spesso vincolato alla prestazione di una garanzia tipica come nel caso del guidrigildo nella consuetudine germanica; ovviamente da qui per il passaggio al credito fondato sul baratto o sulla vendita il passo è breve⁹ e

⁷ ROULAND, *Antropologia giuridica*, Milano: Giuffrè, 1992

⁸ Si pensi in particolare alle consuetudini germaniche dove fondamentale era non solo il proferire parole udibili ma anche la presenza di testimoni che garantissero le medesime o alla *stipulatio* nel diritto romano arcaico

⁹ Nel mondo assiro-babilonese erano utilizzate due tavolette, una rappresentante la vendita e l'altra il prestito che rendeva la vendita possibile

altrettanto si può dire per la prestazione di certi servizi da parte di individui della comunità particolarmente esperti in determinati settori che ovviamente, in società molto semplici, corrispondevano ai servizi di cura delle malattie degli uomini e degli animali da parte degli sciamani e alle prime forme di specializzazione del lavoro quotidiano attraverso la ripartizione dei compiti.

Tutte queste forme embrionali di contratto-scambio tuttavia, nella loro primigenia forma, sembrano ancora non coinvolgere l'aspetto promissorio in quanto i debiti non sono considerati estinguibili da parte di una qualche manifestazione di volontà del debitore ma perché questi è in possesso di beni conferitigli dal creditore il quale ancora ne è il legittimo proprietario; permane dunque un' irrinunciabile base materiale per dare origine a situazioni simili ai moderni diritti e obbligazioni che ancora in questa fase non possono nascere dalla semplice volontà dei soggetti interagenti¹⁰.

Generalmente si confonde l'atto del promettere in senso economico con la necessità per un animale sociale come l'uomo di cooperare per meglio soddisfare le proprie esigenze di sopravvivenza e di crescita individuale e del gruppo nel suo complesso; in realtà, se è vero che alla base di ogni promessa vi è il desiderio di ricevere in cambio qualcosa d'altro dal nostro interlocutore, non si può affermare correttamente che questa aspettativa sia sempre e in ogni contesto propria dell'agire umano, né che il solo scopo sia uno scambio di ricchezza.

¹⁰ WEBER, *Max Weber on law in economy and society*, Harvard: Harvard University Press, ed. Rheinstein, 1954: 116

Importanti studi antropologici, inseriti a dire il vero comunque in una prospettiva strettamente utilitaristica¹¹, hanno sottolineato come in realtà in molte società primitive si rinvenivano organizzazioni sociali dove la regola è l'auto-conservazione individuale, mentre le pratiche cooperative, quali accordi e promesse, sono l'eccezione¹² ed altre dove la cooperazione e quel minimo di competitività che essa comporta sono invece valorizzate in una prospettiva religiosa e magica e rituale, dove lo scambio è inteso come elemento propiziatorio più che come scambio di ricchezze, le quali invece rimangono concentrate nelle mani del gruppo stesso, strutturato gerarchicamente sulla base di legami di sangue¹³. Questo dimostra la superficialità della teoria economica classica¹⁴ e conferma invece l'ipotesi che l'essere umano produca all'inizio del proprio strutturarsi intersoggettivo, società non caratterizzate da accordi e promesse in senso funzionalista ed economicista ma come questi aspetti vengano semmai enucleati a posteriori da una razionalizzazione prettamente utilitaristica.

In realtà il senso del promettere va ricercato all'interno dell'Io più profondo del soggetto umano e dello strumento che lo veicola, rappresentato dal linguaggio¹⁵. Per noi oggi il linguaggio appare privo di qualsivoglia fisicità e quindi si tende a concettualizzare anche la promessa dal medesimo veicolata ma tale visione non è stata affatto propria dell'uomo in ogni tempo. La promessa è al contrario stata intesa originariamente come la vera e propria dazione di un qualcosa che non è

¹¹ MEAD, *Interpretative statement*, in MEAD (a cura di), *Cooperation and Competition among primitives people*, ed. Read Books 2007: 458

¹² MIRSKY, *The Eskimo of Greenland*, in MEAD M., *supra* nota 14, a 51

¹³ GOLDMAN, *The Zuni Indians of New Mexico* in MEAD M., *supra* nota 14, a 313

¹⁴ SMITH A., *La ricchezza delle nazioni*, Roma: Newton Compton Editori, 1976: 15

¹⁵ LUPOI M., "Metafore giuridiche e finzioni: la parola data", *Rivista di diritto civile* 48 (2002): 582

una finzione ma è quanto di più concreto e originario esiste del soggetto: la propria parola.

Basta ricordare come in greco “*pneuma*” indichi tanto il fiato di chi apre la bocca per articolare suoni, tanto lo stesso spirito della persona; in questa prospettiva dunque dare la propria parola risulta una antica struttura dell’Io con la quale l’uomo consegna materialmente qualcosa di sé ad un altro: come accade con il *Verbum* divino, il suono viene articolato, la parola viene pronunciata e porta con sé lo spirito, la parte più intima e sacra del soggetto che in questo modo dà addirittura sé stesso come “nuda vita” in pegno ad un altro¹⁶.

Generalmente le giustificazioni più elementari della vincolatività della promessa risiedono in una presunta efficacia morale obbligatoria della promessa e per lungo tempo giuristi e filosofi hanno cercato di capire da dove derivi questo processo e le dinamiche che consentono di capire l’endemica forza e al contempo la strutturale precarietà del promettere che, in quanto proiezione esterna dell’Io, ne condivide anche l’intima fragilità. Ebbene si vedrà nello sviluppo del presente lavoro come a monte di considerazioni economiciste e di concettualizzazioni filosofiche, le radici della vincolatività della promessa risiedano nello stretto rapporto che lega l’uomo all’elemento del “sacro” che pervade la gran parte dei rapporti dell’individuo con la Natura e con i propri simili.

Ai nostri fini risulta preziosa l’analisi proposta da Nietzsche nella seconda dissertazione sulla genealogia della morale, interamente dedicata al tema della *Versprechung*, dove viene dato come presupposto della promessa l’assunto che essa sia intrinsecamente propria dell’essere umano.

¹⁶ Sulla sacralità delle forme del diritto primitivo si veda FARALLI, “*Diritto e magia, saggio su A. Hagerstrom*”, in PATTARO (a cura di) *Contributi al realismo giuridico*, I, Milano: Giuffrè, 1982

Secondo la provocatoria ricostruzione genealogica compiuta dal filosofo, la quale costituisce di fatto il primo compiuto tentativo di interrogarsi sul senso più profondo dell'istituto promissorio, non solo la struttura della moralità ma persino dell'intera razionalità occidentale è legata indissolubilmente alla constatazione che l'uomo è essenzialmente l'animale cui è consentito fare delle promesse e questa facoltà definisce anche la struttura temporale entro la quale può innestarsi la metafisica che costituisce il lavoro preistorico dell'umanità nel suo sforzo di elevarsi dalla condizione animale originaria¹⁷.

Nietzsche ci consegna una ricostruzione senza dubbio interessante precisando come operi il meccanismo del promettere sulla volontà umana: questo dispositivo permette infatti, a suo dire, di fissare il volere attuale del soggetto nella memoria e dunque in un passato che però si cerca di mantenere stabile nel futuro e di impegnare il soggetto stesso nel tempo a venire, occupando così lo spazio che prima era lasciato alla volontà pura e fissando l'azione umana al permanere del passato piuttosto che lasciarla dispiegarsi nuovamente come volontà libera. Così facendo si verificano due conseguenze fondamentali: si genera l'immagine di tempo lineare che domina il pensiero occidentale e sul quale viene edificata la metafisica di ciò che è reale e si apre il mondo alla possibilità di essere oggetto di dominio "tecnico" da parte dell'uomo, eventi che però comportano il sacrificio, da parte dell'uomo-dominante sulla propria libera volontà, della propria capacità creativa rendendolo essere misurabile, prevedibile e dunque al tempo stesso auto-dominabile¹⁸.

¹⁷ NIETZSCHE, *Genealogia della morale. Uno scritto polemico*, Milano: Adelphi, 2011: 45 - 47

¹⁸ GAZZOLO, "La grammatica della promessa in Nietzsche. Atti performativi e soggettività", *Materiali per una storia della cultura giuridica* 1 (2014), anno XLIV,

Secondo Nietzsche in questo procedimento, l'uomo avrebbe così compiuto un atto di originaria violenza su sé stesso al fine di creare quelle strutture destinate a creare i concetti di giusto e ingiusto, ad originare la moralità ed il diritto e dunque, in ultima istanza, a rendere possibile la convivenza sociale. La promessa che avrebbe imbrigliato l'uomo e lo avrebbe reso calcolabile, costituisce così anche l'origine dei fondamentali concetti di "responsabilità" e di "soggetto di diritto". In questo modo l'uomo avrebbe poi creato concetti come debito e responsabilità, intesi come rapporti di dominio e supremazia che si creano là dove ci sono soggetti di diritto in generale¹⁹. Nietzsche non precisa come tale procedimento abbia potuto aver luogo, né che cosa sia davvero la promessa in relazione all'essere umano e ciò non rappresenta nemmeno l'oggetto del presente lavoro; ciò che preme in questa sede indagare è il rapporto, colto nell'analisi del filosofo, che sin dai primordi lega la pratica di fare promesse al fenomeno della moralità il quale coincide essenzialmente, sin dal suo primo manifestarsi, con l'elemento del "sacro" che pervade la vita delle società umane, i rapporti che individui e collettività intrattengono con le forze della Natura e quelli che si creano all'interno del gruppo

Forti di quanto detto, l'analisi che intendiamo condurre si concentrerà nel prosieguo essenzialmente sulla tradizione religiosa giudaico-cristiana, non perché si ritengano le altre esperienze del sacro meno rilevanti né tantomeno inferiori ma essenzialmente perché, come si vedrà, la tradizione biblica ebraica tramandataci e le elaborazioni teologiche del mondo cristiano hanno di fatto avuto un ruolo

¹⁹ GOODRICH - VALVERDE (a cura di) *Nietzsche and legal theory. Half-written laws*, New York: Routledge, 2005: 67-88

fondamentale nello sviluppo dei discorsi intorno alla promessa ed hanno influenzato lo sviluppo del giuridico secondo stili differenti all'interno dei sistemi che solitamente si raggruppano in due tradizioni distinte, quella di *civil law* e quella di *common law*.

2. PROMESSE, PATTI E CONTRATTI NELLA TRADIZIONE BIBLICA EBRAICO - CRISTIANA

E' dato acquisito l'importanza fondamentale del concetto di promessa per la cultura ebraica e per tutto l'impianto religioso del Vecchio e del Nuovo Testamento. Data l'influenza che la tradizione giudaico-cristiana è venuta a rivestire nella creazione del c.d. Occidente, è dunque opportuno mettere in chiaro alcune particolarità proprie della tradizione ebraica poi recepita da quella cristiana in tema di promesse. La caratteristica principale che informa tutto l'ebraismo biblico è data da una sotterranea e sempre presente visione del religioso come fondato su una promessa tra l'uomo e Dio che risale indietro sino ai racconti dei Patriarchi.

Le promesse bibliche sono prestate sempre attraverso rivelazioni di Dio che possono avvenire in varie forme: tramite il Suo solo Verbo, attraverso una manifestazione visiva della sua divinità, attraverso sogni, visioni o meditazioni del soggetto a cui vengono rivelate; l'aspetto che più colpisce in queste epifanie è tuttavia il fatto che l'accento non sia mai posto sulla manifestazione del divino in sé, quanto piuttosto sul contenuto della rivelazione che coincide con la promessa dell'azione di Dio nella vita del suo popolo.

Il tema culturale della “promessa” di Dio nei confronti del Suo popolo eletto, secondo la ricostruzione predominante, risulta prodotto da tre diverse tradizioni che sono venute a combinarsi all’interno della tradizione ebraica. I racconti dei Patriarchi testimoniano l’incontro della primitiva religione monoteista con gli elementi religiosi di altri popoli vicini: l’idea base del Dio di Israele, incentrata sul comando della divinità nei confronti del suo popolo-suddito, si combina con l’elemento promissorio della cultura nomade e con il Dio delle Benedizioni della religione cananea²⁰.

I racconti dei Patriarchi manifestano così, attraverso l’analisi dell’elemento promissorio, un legame che si viene a creare tra elementi culturali originariamente in tensione tra loro all’interno delle tribù pre-israelite durante il passaggio da una cultura nomade a una sedentaria nella regione di Cana²¹, attraverso la benedizione da parte di Dio e la sottomissione al suo comando²².

L’aspetto promissorio diviene così importante, secondo gli studi più accreditati, da assurgere addirittura ad elemento discretivo tra la religione di Israele e le altre della regione, in quanto questo elemento storicizza la fede e la orienta verso il futuro come mai accaduto prima; il presente non viene più percepito come una ripetizione del passato ma come la base da cui partire per arrivare un giorno al compimento delle promesse di Dio²³ che richiedono l’obbedienza dell’uomo ma anche la cooperazione di questi per l’adempimento della promessa di salvezza.

²⁰ PREMSGAR P.V., “Theology of promise in the Patriarchal Narratives”, *Indian Journal of Theology*, (1974): 114

²¹ ALT, “The God of the Fathers”, *Essays on Old Testament History and Religion*, Oxford: Blackwell, 1966: 1-77

²² ZIMMERLI, “Promise and fulfilment”, *Essay on Old Testament Interpretation*, London, 1964: 89-122

²³ MOLTSMANN, *Theology of hope*, London: Fortress Publishing, 1969: 96

Il comando originario del Dio israelitico alla sottomissione si unisce alla funzione di guida da una regione terrestre ad un'altra propria del Dio nomadico, nella ricerca costante di mezzi di sostentamento ed a loro volta questi due elementi si combinano col Dio delle Benedizioni dei Cananei, ormai sedentarizzati, legati ai frutti della terra, all'alternarsi delle stagioni e alla vita in un solo luogo²⁴. La stessa Alleanza con il popolo di Israele risulta un prodotto della originaria promessa divina rivolta a tutta l'umanità che può aderirvi o rifiutarla liberamente e costituisce il rinnovarsi della stessa nel divenire delle generazioni e nella costante attività creatrice di Dio verso la realizzazione della salvezza dell'uomo²⁵.

La religione dell'Antico Testamento per la prima volta tratta dei rapporti tra essere umano e divinità in modo assolutamente storico per mezzo di un istituto voluto dalla stessa volontà divina che si suole identificare con il termine ebraico *berit*²⁶, il quale indica in via generale un patto firmato tra due soggetti secondo certe condizioni che li obbligano entrambi. Al contrario di quanto potrebbe apparire esistono però manifestazioni diverse del *berit* a seconda della relazione che si instaura, dei soggetti che sono coinvolti e, per così dire, della materia che riguarda.

Numerosissimi patti, che potremmo definire "*profani*", intercorrono nella Bibbia tra due soggetti umani i quali possono identificarsi in singoli individui o interi popoli²⁷ in condizioni talvolta di uguaglianza, talvolta subordinazione ma che risultano sempre strutturati nella stessa maniera:

²⁴ Si veda l'emergere di questa idea in Gen. 12, 1-; Os., 14, 2-9; e Is. 7, 4-9

²⁵ MOLTSMANN, *Religion, revolution and future*, New York: Scribner, 1966: 25-27

²⁶ La sua derivazione sembra essere dal termine accadico *barù* che significa "legare" o da quello derivante dalla stessa radice *birtu* che significa "vincolo"

²⁷ Si vedano ad esempio e in maniera non esaustiva Gen 21,22s; 2Sam 3,12-21; 1Sam 18,3

- deve esistere una relazione di obbligo bilaterale fra le parti instaurata per raggiungere un determinato fine, buono o cattivo che sia;
- deve esistere una manifestazione della volontà esteriorizzata consistente in un rito o un segno, un giuramento o un monumento;
- deve essere imposta una sanzione consistente per lo più in una maledizione per colui che infrange il patto;
- infine devono essere usate frasi stereotipate e modi di dire particolari²⁸ atti ad individuare immediatamente che ci si trova in un contesto particolare.

I patti fra uomini in questione dunque seguono la struttura propria del giuramento promissorio e sono costituiti dall'imposizione della maledizione in caso di violazione e da un contenuto specifico della promessa²⁹.

Esistono tuttavia anche patti che potremmo definire “*sacri*”, i quali vengono stretti tra Dio e l'uomo; questi due soggetti, da un punto di vista giuridico, ovviamente, non possono certo considerarsi omogenei ed infatti essi agiscono con promesse di tipo diverso: mentre la divinità concede liberamente come un dono, l'uomo per parte sua è obbligato nei confronti di Dio non in forza della convenzione ma per il suo *status* di servo della divinità. Si nota subito, tuttavia, la diversità nella concreta strutturazione della relazione tra i soggetti: da una parte Dio si esprime con una promessa solenne di fronte all'uomo di donargli qualcosa, mentre l'essere umano vede sorgere in capo a sé il solo dovere di corrispondere per gratitudine.

²⁸ TESTA E., “Il concetto di Alleanza nella storia primitiva”, *LA* 45 (1995): 9-43

²⁹ Si pensi al patto tra Davide e Jonathan in 1Sam 20,8,12,13,17 o a quello tra Abramo e Abimelech in Gen 21,23,24

Il fondamento di questo secondo tipo di patti risiede tutto nella promessa divina: essa è assolutamente gratuita e risulta manifestazione della benevolenza e misericordia di Dio; con essa la divinità assume su di sé l'obbligo di osservanza fedele del patto ma non in virtù di un qualche diritto che l'uomo possa accampare sulla volontà divina ma perché Dio stesso, nel promettere, pone la propria divinità a garanzia. Dato che la promessa del Signore si basa sulla Sua verità e santità, ne consegue che i doni di Dio non possono fondarsi sul falso o sul pentimento³⁰.

Importanti studi hanno evidenziato come i patti tra Dio e l'uomo contenuti nell'Antico Testamento siano a ben vedere strutturati come i trattati e i patti di vassallaggio degli Ittiti e delle altre popolazioni della zona mediorientale, secondo uno schema ben definito³¹ che si potrebbe riassumere nella presenza dei seguenti elementi: intestazione, racconto storico, pattuizioni tra le parti, lista delle divinità chiamate a testimoni, maledizioni e benedizioni. Come avviene per i patti di vassallaggio, anche in questo caso le manifestazioni di volontà delle parti possono definirsi come un giuramento promissorio tra Yahweh che promette le sue benedizioni ed il Popolo Eletto che promette la propria fedeltà³².

Accanto alle forme di promessa descritte sino ad ora nella Bibbia vi sono anche dei casi di patti c.d. "*unilaterali*", o sarebbe forse meglio dire vere e proprie promesse unilaterali gratuite, dove la parte divina si obbliga verso quella umana che per contro non vede porsi in capo alcun obbligo, nemmeno quello di semplice fedeltà: si pensi per esempio al patto di Dio

³⁰ Si veda Rom 11,29; esempio tipico di patto sacro è quello con Adamo in Gen, 2,4-3, 24

³¹ McCARTHY, "Treaty and covenant: a study in form in the ancient oriental documents and in the Old Testament", *Analecta Biblica* 21 (1963): 4; WEINFELD, "Covenant making in Anatolia and Mesopotamia", in *JANESCU* 22 (1993): 135

³² MENDENHALL, *Law and Covenant in Israel and the Ancient Near East*, Pittsburg, 1955: 27; MENDENHALL, "Covenant forms in Israelite tradition", *BA* 17 (1954): 50

con Noè e i suoi figli dopo il Diluvio universale³³ oppure quello con cui viene lodato pubblicamente Fines e viene sancito l'eterno patto di sacerdozio o ancora lo stesso patto davidico³⁴, dove si stabilisce che il seme del Re regnerà per sempre senza nessun obbligo da parte della sua stirpe.

Gli studi più recenti³⁵ hanno messo in luce come sia opportuno tenere distinti dalle categorie di patti descritte sino ad ora le forme contrattuali adottate nei commerci quotidiani e pervenuti sino a noi. Sebbene non ci rimangano molti documenti ebraici che riportino direttamente il contenuto degli accordi economici tra privati tuttavia è dato ormai accertato che anche in questo caso sia stata decisiva l'influenza esercitata dalle pratiche adottate dalle altre popolazioni del Vicino Oriente³⁶.

Le forme contrattuali accadiche e babilonesi in particolare appaiono molto più sofisticate rispetto, per esempio, a quelle romanistiche per tanto tempo ritenute faro di civiltà giuridica, ed è dunque verosimile che siano state adottate anche in ambiente giudaico³⁷; ad esempio è sorprendente notare come all'interno del testo dell'accordo commerciale riportato per iscritto si possano identificare dei veri e propri elementi del contratto ben definiti e potremmo dire quasi standardizzati per i rapporti commerciali più diffusi:

- una data certa e il nome delle parti;
- una clausola che definiva il tipo di documento;

³³ Si veda Gen 9,9-11

³⁴ Si veda 2Sam 7,8 ss.

³⁵ TUCKER G., "Covenant forms and contract forms", *Vetus Testamentum*, 15(4) (1965): 487-503; LOPEZ, "Israelite covenants in the light of ancient Near-Eastern covenants", *CTS Journal* 9 (2003): 93

³⁶ ALBRIGHT, "The Hebrew expression for making a covenant", *Pre-Israelites Documents*, B.A.S.O.R., 121 (1951): 21

³⁷ MONATERI, "Black Gaius. A quest for the multicultural origins of the Western legal tradition", *Hastings Law Journal* 51 (2000)

- il corpo del contratto con la descrizione dell'atto e della transazione intercorsa tra le parti;
- una serie di clausole secondarie circa aspetti accessori dell'accordo;
- una vera e propria certificazione data dai testimoni o dalla conferma della cancelleria reale³⁸.

Probabilmente in ambito giudaico, accanto ad accordi scritti appena descritti erano diffusi anche contratti di tipo orale, stipulati innanzi agli anziani della città in funzione di assemblea riunita o comunque in presenza di testimoni che servivano ad avvalorare e certificare la pattuizione³⁹.

Ecco allora che risulta chiaro come alla struttura essenzialmente promissoria siano più vicini i patti di cui si è detto in precedenza piuttosto che i contratti ed appaiono chiare le differenze tra le due categorie. Mentre il patto, sia sacro sia profano, era fondato sul giuramento, il contratto non lo era; il primo era reso solenne dalla maledizione in caso di violazione e non richiedeva testimoni o un apparato istituzionale, il secondo per contro era un preciso documento scritto o un accordo orale testimoniato da soggetti estranei alle parti stipulanti. L'unico esempio di patto privatistico solennizzato all'interno dell'Antico Testamento è contenuto nell'episodio in cui Giacobbe acquista da Esaù il suo diritto di primogenitura ma evidentemente si trattava di un contratto del tutto particolare data la sua importanza e le conseguenze che avrebbe comportato⁴⁰. In definitiva si può comunque affermare che se il

³⁸ NOUGARYOL, "Types, matiere et nature des actes juridiques", *PRU III* (2000): 23 e 24

³⁹ Si vedano esempi di questa prassi in Gen 23, 18, Ru 4, 9-11 e Ger 32, 10-12

⁴⁰ Si veda Gen. 25, 29-34

giuramento promissorio era essenziale per il patto di alleanza e fiducia tra uomini o tra Dio ed esseri umani, la forma degli altri accordi privati a contenuto economico non era determinata dalla sua presenza o meno e la sanzione del giuramento semmai poteva essere aggiunta liberamente dalle parti per avvalorare ulteriormente l'accordo e aggiungere sacralità ad una pattuizione che comunque era già in grado di produrre effetti giuridici.

3. LA PROMESSA NELLA TEOLOGIA DELLA PRIMA E DELLA SECONDA SCOLASTICA

La tradizione ebraica venne fatta propria dal nascente Cristianesimo il quale, diffondendosi all'interno del bacino del Mediterraneo, entrò in contatto con altre esperienze religiose e giuridiche ed in particolare con quella greco-romana. Il diritto romano classico si è sempre astenuto dal cercare una astratta concettualizzazione degli istituti giuridici ed in particolare di quelli contrattuali, tuttavia esso ha costituito il fertile substrato su cui è andata ad innestarsi la riflessione sul concetto della promessa, tanto che alla fine si è pervenuti ad un generale principio di vincolatività della promessa del tutto estraneo alla concezione romanistica classica.

Questo slittamento concettuale è dovuto essenzialmente alla coincidenza che in epoca medioevale viene ad instaurarsi tra concetti religioso-morali cristiani e istituti giuridici retaggio del passato romanistico. Si assiste infatti, parallelamente alla riscoperta delle fonti romane ad opera degli studiosi del diritto, all'incontro con le opere del "*maestro di color che sanno*" da parte dei pensatori cristiani; si perviene così progressivamente alla creazione di un humus teologico-giuridico

uniforme, dove vediamo nascere e svilupparsi molte di quelle che noi oggi consideriamo nozioni giuridiche secolarizzate a partire dal portato biblico concettualizzato e coniugato con le opere di Aristotele in un tutt'uno inestricabile ed organico.

Fondamentali per l'elaborazione e valorizzazione del ruolo della promessa nel diritto contrattuale sono stati i secoli XII e XIII, nel corso dei quali, oltre alla riscoperta da parte dei Glossatori delle originarie fonti del Corpus giustiniano, raggiunse il suo culmine, con l'assimilazione dell'aristotelismo alla fede cristiana, il pensiero filosofico della Scolastica. E' proprio in questo momento di radicale discontinuità con il passato, pur attraverso la sua riscoperta, infatti che si pongono le fondamenta della legittimazione morale della promessa.

Il pensatore a cui si deve l'apice della sintesi tra tradizione biblica ebraico-cristiana ed aristotelismo è, come noto, S. Tommaso D'Aquino il quale, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, col il proprio ponderoso capolavoro rappresentato dalla *Summa Theologiae*, di fatto contribuì in modo determinante allo sviluppo dei concetti giuridici romanistici rilette alla luce della filosofia greca di Aristotele. L'opera grandiosa e ad un tempo fondamentale del tomismo consiste infatti proprio nell'essere riuscito a fondere le virtù etiche di Aristotele con una teoria generale di diritto naturale; l'iter concettuale si fonda sull'idea che il mondo naturale regolato da Dio sia retto da alcune leggi immutabili che possono essere scoperte e comprese dall'intelletto umano creato a immagine e somiglianza di quello divino.

Uno dei temi centrali del filosofo peripatetico è certamente la Virtù e il ruolo fondamentale che questa riveste nella vita pratica di ogni giorno

per l'essere umano. Per Aristotele infatti, il fine ultimo della vita umana è raggiungere l'*eudaimonia*, ovvero una vita vissuta con il favore degli dèi; per raggiungere questo obiettivo è tuttavia necessario sviluppare certi caratteri umani innati e possedere delle virtù a cui si può arrivare con il quotidiano impegno morale⁴¹. A fronte di questi presupposti, anche se Aristotele a prima vista non si occupa nello specifico dell'istituto promissorio, si può ricavare come corollario dell'analisi del passo in cui egli tratta della virtù rappresentata dal dire sempre la verità⁴² che il pronunciare una promessa venga considerato, sia che sia prestata per spirito di liberalità, sia che si ponga in un nesso di sinallagmaticità con un'altra, un atto virtuoso in sé.

Gli scolastici, consci di questo esito che ben si conciliava con il dettato evangelico⁴³ dove era chiaramente esaltata la virtù del mantenere la parola data, analizzarono con dovizia di particolari l'istituto della promessa e S. Tommaso dimostrò come le promesse dovessero essere ritenute tutte vincolanti, proprio in virtù dei doveri di fedeltà e onestà che devono caratterizzare la vita del vero cristiano⁴⁴.

S. Tommaso si rende perfettamente conto che se nell'ambito del diritto naturale ogni promessa deve essere ritenuta vincolante altrettanto non può dirsi nell'ambito della legge civile ed infatti egli si premura di specificare che in tale ordinamento sono solitamente necessarie anche altre condizioni delle quali però poi non tratta nello specifico. Ai fini della presente ricerca ciò significa che il dovere di rispettare le promesse deriva direttamente dalla legge di Natura che le ritiene tutte vincolanti; ciò non

⁴¹ ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, 1098a, 1106a

⁴² ARISTOTELE, *supra* nota 40, 1127a - 1127b

⁴³ Nuovo Testamento, Matteo 5,37: "Sia invece il vostro parlare sì, sì; no, no; il di più viene dal maligno"

⁴⁴ S.TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, q. 88, a.3; q. 110, a.3 - 5

esclude che il diritto umano possa poi richiedere altre formalità perché da una promessa si possa validamente originare una pretesa e allo stesso modo non si esclude che la rottura di una promessa possa essere, in presenza di certe condizioni, giustificata e ritenuta ragionevole in relazione alle altre leggi di Natura che governano il mondo. In questa concezione infatti l'uomo buono è l'uomo sincero e chi non mantiene la parola data non solo viene meno al dovere di verità ma, in caso si tratti di un rapporto di affari, a quello di praticare la giustizia; l'uomo buono si confonde dunque con il buon cittadino che rispetta il diritto divino naturale e ritiene vincolante ogni promessa lecita.

Seguendo il classico modello aristotelico di ragionamento, S. Tommaso definisce prima che cosa sia una promessa, precisando che si tratta di uno strumento attraverso il quale le azioni di una persona vengono dirette a beneficio di un'altra e la tiene distinta da altri istituti ad esso contigui quali il voto, il giuramento e la promessa di matrimonio⁴⁵. La promessa deve essere il frutto della ragione umana e della volontà dell'individuo ma il pensiero umano è sufficiente solo nelle promesse nei confronti di Dio che legge nel cuore degli uomini ma non nelle promesse tra esseri umani che devono essere seguite da una comunicazione verbale del promittente al promissario ed obbligano solo qualora non mutino le circostanze sulle quali il promittente aveva fatto affidamento nel momento di obbligarsi⁴⁶.

S. Tommaso però non si ferma qui e porta a più estreme conseguenze il ragionamento sillogistico; facendo una promessa le parti di fatto si trovavano *vis-à-vis* con altre due virtù dell'uomo aristotelico, la

⁴⁵ S.TOMMASO D'AQUINO, *supra* nota 43, q. 88; q. 89; suppl. q. 43

⁴⁶ S.TOMMASO D'AQUINO, *supra* nota 43, q. 88, a. 10; q. 89, a. 9

giustizia commutativa e la liberalità. Tutto ciò è particolarmente interessante ai nostri fini in quanto le nozioni elaborate a partire da questo accostamento possono trovare applicazione proprio nel campo delle promesse e dei contratti in generale. E' bene premettere che Aristotele distingueva tra giustizia distributiva e commutativa; la prima deve essere intesa non in senso distributivo moderno, ovvero come perequazione sociale, bensì come distribuzione proporzionata al merito di ciascuno, posseduto in maniera diversa dai vari esseri umani all'interno di una società strutturata in maniera fortemente gerarchica che segue una proporzione di tipo geometrico. La giustizia commutativa invece rileva essenzialmente nella valutazione dell'economia degli scambi volontari tra soggetti privati, richiede che vi sia equilibrio nella relazione tra le parti in caso di transazioni volontarie e che chi subisce un danno venga compensato ricevendo indietro quanto da lui perso, seguendo una proporzione di tipo aritmetico⁴⁷. Rilevante per l'identificazione dei requisiti delle promesse risulta anche la virtù aristotelica della liberalità che deve consistere nell'equilibrio tra l'avidità e la prodigalità ed anche l'esercizio di questa permette, nella concezione di Aristotele, di raggiungere quella vita virtuosa che è poi il fine ultimo dell'uomo.

Proseguendo il ragionamento di Aristotele, S. Tommaso arriva a ritenere che la promessa di dare o fare qualcosa fatta ad un altro coinvolga proprio la virtù della giustizia commutativa o quella della liberalità⁴⁸. Nella *Summa Teologica* viene in primo luogo accettata la suddivisione aristotelica tra giustizia distributiva e commutativa, dividendo quest'ultima a sua volta a seconda che il passaggio di ricchezza sia senza contropartita o sia a causa

⁴⁷ ARISTOTELE, *supra* nota 40, 1130b – 1132b

⁴⁸ AUBERT, *Le Droit romain dans l'oeuvre de saint Thomas*, Paris: Vrin, 1955: 53 - 57

di un inadempimento e in questo trovi la propria ragione giustificativa. Il problema principale di tale teorizzazione è, come si intuisce facilmente, riposto nell'impossibilità di quantificare oggettivamente se una delle parti abbia tratto dalla transazione troppo o troppo poco e si debba dunque attivare i rimedi di giustizia commutativa. La soluzione data da S. Tommaso appare in effetti foriera di numerosi problemi; il filosofo sostiene che sia necessario comparare bene con bene in modo che una parte possa restituire all'altra solo ciò di cui si è arricchita e che apparteneva alla controparte⁴⁹. Il concetto tomista di valore sembra presupporre quindi una valutazione oggettiva, sembra essere in grado di derivare semplicemente da un calcolo aritmetico⁵⁰ e confluisce nell'idea dell'esistenza di un giusto prezzo. L'approccio oggettivo al prezzo di mercato permette certamente di garantire eguaglianza nello scambio singolo e la non ingerenza della legge nello scambio reciproco di promesse ma non riguarda le questioni poste dalla giustizia distributiva che devono essere valutate in relazione a quale sia la forma di governo prescelta⁵¹.

Nello stabilire che ogni promessa è vincolante per il diritto di Natura di fatto S. Tommaso rompe con la tradizione giuridica romanistica di cui era imbevuto, tanto che definisce anche tutta una serie di contratti propri dell'esperienza giuridica classica attribuendo ad essi uno scopo a cui l'istituto è diretto e stabilendo se rientri nell'ambito delle operazioni legate alla giustizia commutativa o alla liberalità⁵²; già Aristotele aveva fatto

⁴⁹ S. TOMMASO D'AQUINO, *supra* nota 43, q. 117, aa. 2-4; q. 77, aa. 1-3

⁵⁰ In tempi a noi più prossimi tutti gli economisti appartenenti alla Scuola Classica hanno dimostrato invece come la valutazione del bene sia assolutamente soggettiva e vari a seconda delle considerazioni fatte dai soggetti coinvolti.

⁵¹ GORDLEY J., "Enforcing promises", *California Law Review* (1995): 547 - 614

⁵² S. TOMMASO D'AQUINO, *supra* nota 43, q. 78, a.1

qualcosa di simile ma si era limitato a enumerare i tipi di operazioni senza definirle.

Gli altri importanti rappresentanti della Scolastica si occuparono per lo più delle singole figure contrattuali ma l'impianto filosofico complessivo cominciò a venir meno quando i filosofi successivi misero in dubbio le fondamenta poste con il tomismo; Duns Scoto e Guglielmo da Ockham operano un cambiamento di prospettiva che si ripercuote sulla visione della legge di natura. Mentre nel tomismo la morale come si è visto riposa sia sulla ragione umana, sia sulla volontà divina, Duns Scoto opera uno spostamento di prospettiva mettendo al centro la volontà divina che diventa parametro per valutare la bontà di ogni azione umana⁵³ e Ockham arriva a sostenere che, poiché Dio è completamente libero, Egli può ordinare qualsiasi cosa e quell'azione diviene automaticamente bene⁵⁴. Il cambiamento di prospettiva si ripercuote sull'elaborazione dell'istituto della promessa e del contratto: Duns Scoto non si occupa più di analizzare quale virtù venga impiegata e per quale scopo ultimo nel compiere una transazione ma si limita a sezionare gli istituti in una serie di elementi concettualmente distinti⁵⁵; Ockham per parte sua non si occupa direttamente delle promesse e dei contratti ma dato che nella sua metafisica egli abbraccia la concezione che le cose individuali non siano altro che un modo confuso attraverso il quale le cose al di fuori del soggetto vengono conosciute, si può immaginare l'intrinseca possibilità distruttiva insita in una ricostruzione che espunge dalle cose la presunta

⁵³ DUNS SCOTO, *Opus oxoniense*, lib. 2, dist. 40, q. 1, n. 3

⁵⁴ GUGLIELMO DA OCKHAM, *Quodlibeta*, II, q. 14

⁵⁵ DUNS SCOTO, *supra* nota 52, lib. 4, dist. 15, q. 2, n. 11-13

moralità intrinseca e, spinta alle più estreme conseguenze, può arrivare a mettere in crisi tutte le possibili definizioni ritenendole arbitrarie⁵⁶.

Nel secolo XVI la Chiesa Cattolica si trovò a fronteggiare la Riforma Protestante che aveva definitivamente spaccato la Cristianità occidentale e il cui influsso si sarebbe fatto sentire anche all'interno del fenomeno giuridico, soprattutto in ambito anglosassone come vedremo in seguito. La risposta alle nuove sfide della Riforma venne da un movimento definito Tarda Scolastica che, riprendendo gli argomenti sviluppati tre secoli prima, influenzò profondamente anche il fenomeno giuridico, ricostruendo la tradizione romanistica classica sulla base del tomismo e fornendo il sistema di una teoria generale e di un'organizzazione dottrinale sistematica. Le conseguenze per quanto qui ci interessa furono molteplici. I giuristi-filosofi spagnoli della Controriforma arrivano ad edificare tutto il diritto delle obbligazioni sull'insegnamento di S. Tommaso, sul dovere di mantenere le promesse e sull'idea di giusta condotta sanzionata, in caso di inosservanza, dal dovere di riparazione⁵⁷.

I filosofi della Tarda Scolastica concludono che le regole romanistiche che sanzionano solo certi istituti contrattuali sono evidentemente state dettate da ragioni pratiche ma mancano di una giustificazione sostanziale. A differenza di quanto si potrebbe pensare essi non sono affatto d'accordo su quali promesse debbano essere ritenute vincolanti secondo il diritto di Natura ed infatti, sebbene sia Aristotele sia S. Tommaso, come abbiamo visto, avessero sostenuto che era eticamente sbagliato rompere una promessa, da questa semplice circostanza non si

⁵⁶ GUGLIELMO DA OCKHAM, *Expositio super primum librum Perihermenias*, cap. 1

⁵⁷ DIFERNAN, "La promesa fuente de obligaciones en el derecho comparado", *Anuario de derecho*, Año VII (1966-67): 51

può trarre la conclusione che automaticamente il promissario abbia diritto all'adempimento della promessa.

Cajetano, anticipando la teoria della *reliance* di qualche secolo, sottolinea come in questo caso il promissario non si sia in realtà impoverito rispetto a prima che la promessa fosse fatta e dunque il promittente non gli debba nulla a titolo di giustizia commutativa a meno che il promissario non abbia subito una perdita dovuta all'aver mutato la sua posizione⁵⁸. Questa posizione viene però rigettata dagli altri teologi-giuristi e così Molineo precisa che quando qualcosa viene donato, un diritto vero e proprio passa al donatario in virtù della consegna; Molineo sostiene infatti che il promittente debba essere in grado di trasferire un diritto al promissario semplicemente manifestando la propria volontà in tal senso e, allorchè ciò sia avvenuto, il promissario debba essere posto in condizione di ottenere quanto promesso⁵⁹. Lessio per parte sua valorizza in misura ancora maggiore la volontà del promittente sostenendo che tutte le promesse conferiscono un diritto al promissario e sono vincolanti in forza dei principi della giustizia commutativa proprio perché la promessa contiene l'intenzione, la volontà di obbligarsi verso l'altro soggetto⁶⁰.

Secondo i pensatori della Tarda Scolastica le regole in materia di promesse devono avere due principali intenzioni: assicurarsi che il promittente voglia effettivamente attribuire un diritto al promissario e impedire che esse vengano fatte con imprudenza e leggerezza; tuttavia tali propositi male si conciliano con la circostanza che alcune promesse possano essere prive di qualsiasi formalità come quelle fatte *ad causas pias*,

⁵⁸ CAJETANO, *Commentaria to Thomas Aquinas, Summa Theologica*, II-II, q. 88, a. 1; q. 113, a. 1

⁵⁹ MOLINEO, *De Iustitia et Iure Tractatus*, disp. 272-281

⁶⁰ LESSIO, *De Iustitia et Iure: ceterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor*, lib. 2, cap. 18, dub. 8

quelle *ad nuptias vel propter nuptias* e la c.d. *donatio remuneratoria*. Inoltre secondo Lessio e Molina la promessa di mutuo, di deposito o di pegno sarebbero state vincolanti anche prima della consegna della cosa oggetto del patto in quanto sarebbero da considerarsi come atti di liberalità. Infine, proprio a causa delle teorizzazioni del periodo, la Tarda Scolastica porta all'allineamento di concetti romani di *pollicitatio* e di *pactum* a quelli rispettivamente di promessa unilaterale e promessa più accettazione costituenti il vincolo contrattuale; sebbene infatti ogni promessa sia di per sé vincolante a prescindere dalla sua accettazione, questa è comunque necessaria perché in difetto il promittente potrebbe comunque in ogni momento revocare il proprio intendimento.

La concezione della legge di Natura come fondamento dei doveri morali, anche se sviluppatasi con il pensiero tomista, è bene precisare, non si è esaurita all'interno del pensiero cristiano, tanto che, nei secoli seguenti, anche senza il riferimento ad una divinità come garante ultima della moralità della promessa, sono state elaborate dottrine che vedono comunque una base morale al centro della vincolatività delle medesime.

4. LA DISCONTINUITÀ DELL'ELABORAZIONE CANONISTICA CONTINENTALE: *EX NUDO PACTO ORITUR ACTIO*

Il processo di evoluzione descritto all'interno della riflessione della Scolastica, ebbe importantissime ripercussioni nell'ordinamento canonistico continentale tanto da portare, all'interno di un sistema diritto positivo quale quello canonico e per il tramite del concetto di obbligazione

naturale, all'affermazione della piena efficacia del nudo patto e della promessa in virtù della *ratio peccati* sottesa al loro inadempimento⁶¹.

Il diritto civile continua nel corso del diritto comune intermedio continentale a sostenere la regola dell'inefficacia giuridica delle sole obbligazioni da promessa in quanto da esse avrebbe potuto nascere solo un'obbligazione naturale, meritevole di una tutela processuale negativa data dalla concessione di una *exceptio*.

La Chiesa per contro aveva sin dai tempi della Patristica mostrato una attenzione crescente al tema del tener fede alla parola data in osservanza dei doveri e precetti biblici⁶². Tra i Padri della Chiesa che si occupano dell'argomento è diffusa l'idea che non sia necessario accompagnare con un giuramento la parola data in quanto in capo al cristiano sorge comunque un obbligo di mantenere la promessa fatta con i fatti e in particolare S. Agostino fonda tale obbligo sull'esempio della fedeltà di Dio alle proprie promesse. E' giusto ricordare che tale concettualizzazione dei Padri della Chiesa non arriva mai alla formazione di una specifica regola giuridica in materia e tuttavia non solo ha un'influenza determinante nell'ispirare le successive acquisizioni giuridiche ma si inserisce anche direttamente nelle fonti del diritto canonico che va formandosi, visto che numerosi frammenti patristici sono già inseriti nel *Decretum Gratiani* il quale equipara le opinioni dei Padri a quelle dei papi e dei concili.

La vera e propria discontinuità nella concezione giuridica della promessa si ha però solo a partire dal secolo XI con lo svilupparsi di una

⁶¹ FEDELE, "Considerazioni sull'efficacia dei nudi patti nel diritto canonico", *Annali dell'Università di Macerata* (1937): 115-200

⁶² Si vedano con particolare riferimento alla tematica del votum: Num. 30, 3-13; Deuter. 23,24; Sal. 88, 35

vera e propria scienza del diritto canonico parallela a quella che si va costituendo ad opera dei Glossatori per il diritto civile. Per gli studiosi del diritto canonico che si comincia ad elaborare riveste fondamentale importanza il concetto di *obligatio naturalis*, incoercibile con un *actio* come sarebbe possibile fare con un' *obligatio civilis* e tuttavia portatrice di effetti giuridici autonomi.

Nel *Decretum Gratiani* alcuni canoni richiamano la necessità di adempiere alla promessa prestata⁶³ e il diritto del *Liber Extra* cerca di coniugare in materia forme romanistiche ed etica cristiana⁶⁴; tuttavia in questa fase ancora non si è elaborato un principio di diretta efficacia obbligatoria delle promesse⁶⁵. L'opera dei Decretisti porta progressivamente ad interpretare i passi commentati in modo da configurare una prima forma di tutela giudiziale (non ancora una *actio* vera e propria) al dovere di mantenere le promesse fatte e col tempo si viene a formare una vera e propria *communis opinio* fondata su una solida base giuridico-teologica⁶⁶.

Secondo la ricostruzione canonistica e secondo il diritto divino naturale, fonte a tutti gli effetti del diritto, Dio avrebbe prescritto l'obbligo di osservare tutte le promesse; in caso di trasgressione a questo precetto il fedele commette un peccato, si allontana da Dio stesso per averne violato un precetto; per di più la trasgressione al precetto di osservare la parola data si pone in contrasto anche con il fine della Chiesa, la c.d. *salus aeterna animarum fidelium* e la *ratio scandali* comporta il dovere di ristabilire

⁶³ Si vedano in particolare sul punto Ca. XII qu. 2, c. 66; Ca. XII qu. 5, c.3; Ca. XXII qu. 5, c. 12

⁶⁴ Si veda l'intero Titulus XXXV De Pactis

⁶⁵ GROSSI P., "L'ordine giuridico medievale", Roma: Laterza, 1995, pp. 109 e ss.

⁶⁶ BELLINI P., "L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel Sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII", Milano: Giuffrè, 1964: 8, 153

l'ordine turbato attraverso il pentimento del peccatore stesso aiutato da tutta la comunità ecclesiale al fine di evitare il contagio ad altri fedeli provocato dal suo errore.

Potrebbe apparire che in questo caso la promessa sia fonte di obbligazione a prescindere dalla sussistenza di qualsivoglia tipo di “*causa*” ma bisogna rammentare che la causa canonistica non è intesa in senso economico-patrimoniale come nel diritto civile ma in termini spiccatamente soggettivistici che dunque vanno a confondersi e sfumare nella stessa manifestazione del consenso.

La dottrina canonistica è divisa circa lo strumento processuale da accordare e si registrano tesi diverse tra chi ritiene idonea la *imploratio officii iudicis*, chi la *denuntiatio evangelica* e chi infine una *actio canonica* ma il risultato è comunque quello di costringere il promittente infedele ad adempiere la promessa in quanto altrimenti non avrebbe potuto riscattarsi; in questo modo si salvaguardava anche l'interesse prettamente patrimoniale del promissario all'adempimento in forma specifica. L'*ordo iudiciarius* nel corso del XII secolo opta per forme processuali sempre meno improntate al formalismo e, considerandosi superfluo l'onere di identificare con un *nomen* l'azione attraverso cui si procede, si ampliano le possibilità di tutelare le obbligazioni nascenti da promessa; mentre una *communis opinio* viene progressivamente a coagularsi intorno all'esperibilità di una vera e propria *actio*, un orientamento più moderato continua a optare per la semplice *denuntiatio evangelica*⁶⁷ anche se nella pratica molto spesso viene effettuato un richiamo alla struttura dell'*imploratio*, in cui il promissario si rivolgeva al giudice esponendo i fatti e chiedendo giustizia e

⁶⁷ BELLINI P., “*Denunciatio evangelica e denunciatio iudicialis privata. Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*”, Milano: Giuffrè, 1986

a quella della *denunciatio*, in cui il promissario, premessa un'ammonizione stragiudiziale privata, in caso di suo esito negativo, conviene il promittente innanzi il giudice; di fatto come si vede si impiega il termine *actio* in modo atecnico.

Quanto detto testimonia di un interesse nuovo della canonistica per l'oggetto promessa in sé, distinta dal patto preso complessivamente in considerazione⁶⁸.

Il diritto romano prestava particolare attenzione al fenomeno del promettere attraverso la *sponsio* e la *stipulatio*, ma la riscoperta delle fonti classiche era stata accompagnata da una rilettura delle medesime alla luce di un nuovo modello centrale di relazioni contrattuali rappresentato dal patto⁶⁹. Nella canonistica dell'epoca evidentemente è diffusa l'idea della promessa come di un concetto comune tanto alle figure di derivazione classica della *pollicitatio* e del *votum*, sia a quelle della *stipulatio* e del *pactum* che intende definire proprio l'impegno preso dal soggetto verso il prossimo e verso Dio che da solo, al di fuori dello schema della bilateralità che si viene sviluppando, è sufficiente a fondarne la giuridicità⁷⁰.

Tanto risulta radicata questa tendenza che anche l'analisi del *pactum* in sé è informato dall'attenzione all'aspetto promissorio alla cui analisi ci si rivolge anche per vagliare le ipotesi patologiche di patto: il *pactum rei turpis* presenta una promessa invalida da parte del promittente tanto che nemmeno un eventuale giuramento avrebbe potuto determinare effetti obbligatori; il *pactum turpe* presentava invece una promessa valida per il

⁶⁸ FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova: Cedam, 1962

⁶⁹ VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano: Giuffrè, 2001: 58

⁷⁰ HOSTIENSIS, "*In Decretalium libros Commentaria*", Venetiis, Apud Iuntas, 1581 (ristampa anastatica Bottega d'Erasmus, Torino, 1965)

promittente ma condizionata al promissario e, qualora fosse stata accompagnata dal giuramento, questo avrebbe spiegato efficacia solo nei confronti del primo. Mentre dunque i Glossatori considerano il patto efficace solo in relazione alla sussistenza di una *causa naturalis* e di una *civilis*, per la giuridicità della promessa è sufficiente la sussistenza di quella *naturalis* e la promessa diviene dunque intrinsecamente efficace in quanto fondata nello *ius divinum naturale*.

Alcuni autori ritengono che dalla promessa come descritta sorgano due separate obbligazioni, una di coscienza confinata nel foro interno si presterebbe ad esprimere l'offesa a Dio e una più propriamente giuridica relativa al foro esterno che invece esprimerebbe il rapporto del fedele con la Chiesa nel suo complesso.⁷¹ In realtà a ben vedere nell'opera della canonistica questa distinzione appare del tutto sfumata se non proprio assente in quanto i due fori risultano funzionalmente collegati e rivolti alla realizzazione della giustizia nell'economia della comunità ecclesiale e si dimostrano come una complessiva manifestazione del diritto che governava l'uomo nella sua interezza⁷².

Nella teorica canonistica in definitiva la promessa diviene la fattispecie generale che si manifesta di volta in volta o in una promessa unilaterale o in un patto o un contratto; se nel pensiero patristico l'obbligazione da promessa era stata configurata semplicemente come morale, i canonisti ne fondano la giuridicità sulla *obligatio peccati* e la tutelano con uno strumento avente la struttura dell'*imploratio officii iudicis* ma contenuto uguale alle *denunciatio evangelica*.

⁷¹ BELLINI P., *supra* nota 66, cap. 1 e 2

⁷² SCIGLIANO F., "Spunti per una riconsiderazione del principio canonistico *ex nudo pacto oritur actio*", *Studi urbinati di scienze giuridiche, politiche ed economiche*, vol. 1, 2007: 145

5. L'IMPORTANZA DELLA "THEOLOGY OF COVENANT" PURITANA ED I RIFLESSI SUL CONCETTO DI PROMESSA CONTRATTUALE NEL COMMON LAW

Anche nel mondo protestante i profili teologici, giuridici e politici si mostrano in un intreccio inestricabile⁷³. L'influenza della tradizione biblica e delle elaborazioni teologiche cristiane in materia di promesse e dunque di contratti si sviluppa anche in Inghilterra dove, come è noto, mentre sul Continente si riscoprono e dotano di nuovi significati gli istituti della tradizione romanistica, si sviluppava una tradizione giuridica autoctona dalle caratteristiche peculiari. Lo sviluppo del sistema di *common law* è stato ricondotto dalla parte più attenta degli storici e dei comparatisti all'opera degli *oracles of the law*, rappresentati dai *common lawyers* che si fregiavano del ruolo di sacerdoti di una legge consuetudinaria già esistente che doveva essere solo dichiarata ed applicata nel caso concreto preso in esame; questi "oracoli" tuttavia, per quanto votati alla legge e alle dinamiche processuali, erano in primo luogo uomini del proprio tempo e, come tali, inseriti in un mondo in cui la sfera del sacro, della religione e delle dispute teologiche era il terreno in cui affondavano le radici di ogni discorso sull'uomo e sul mondo⁷⁴.

Non si vuole bene inteso sostenere in questa sede che il diritto dei contratti inglese o l'istituto della *promise* siano il portato delle idee religiose o della teologia; lo sviluppo del diritto inglese è certamente per lo più dovuto alla sensibilità di un ceto di giuristi particolarmente consapevoli del proprio ruolo e attenti a risolvere le questioni processuali che di volta in volta si vengono a porre nell'applicazione della legge consuetudinaria di

⁷³ HERMAN, "Luther, law and social covenants: cooperative self-obligation in the reconstruction of lutheran social ethics", *The Journal of Religious Ethics*, 25(2) (1997): 257-275

⁷⁴ BERMAN, *Law and revolutions II: the impact of the protestant reformations on the Western Legal Tradition*, Harvard: Harvard University Press, 2003

cui sono i gelosi custodi; si intende piuttosto evidenziare l'impatto che la Riforma Protestante prima e lo sviluppo del Puritanesimo dopo hanno avuto sul giuridico del mondo anglosassone plasmando secondo certe caratteristiche il pensiero dei *common lawyers* dell'epoca⁷⁵.

I secoli XVI e XVII segnano di fatto la svolta decisiva nella configurazione del sistema inglese nel suo complesso e ciò avviene essenzialmente attraverso l'emergere di almeno tre profonde conflittualità. Un profondo contrasto tra Re e Parlamento comincia a delinearsi negli ultimi anni del regno di Elisabetta I, raggiunge il suo apice sotto la dinastia Stuart e porta alla Rivoluzione e alla vittoria finale del Parlamento; parallelamente al conflitto politico si svolge un conflitto giurisdizionale tra Court of Chancery e sistema di Equity da una parte, schierati a favore del Re e corti di *common law* e legge consuetudinaria dall'altra, schierate a favore del Parlamento; infine, ad opera di Enrico VIII, la Chiesa inglese si rende indipendente dalla giurisdizione papale e rapidamente si avvicina alle posizioni della Riforma, vedendo presto prevalere al proprio interno la corrente del Puritanesimo in aperta rottura con la Cristianità di Roma.

In questo quadro di complessa conflittualità anche il diritto si mostra in fermento, soprattutto nel settore più moderno del diritto dei contratti ed infatti è questa anche l'epoca in cui prende forma definitivamente il sistema di *common law* come alternativa a quella del sistema Continentale dello *ius commune*, ciò avviene nel settore contrattuale essenzialmente tramite lo sviluppo di una nuova *form of action* rappresentata dall'*assumpsit*, la creazione e consolidazione di una nuova

⁷⁵ EUSDEN, *Puritans, lawyers and politics in early Seventeenth-century England*, New Haven: Yale University Press, 1958

dottrina della *consideration* fondata sul *bargain* e il mantenimento alla base di ogni discorso sulle obbligazioni del concetto di promessa⁷⁶.

L'affermazione dell'utilizzo dell'*assumpsit* per sanzionare quello che oggi definiremmo inadempimento contrattuale comincia molto prima dell'affermazione del Puritanesimo ed è altresì vero che il collegamento tra le promesse indipendenti fatte dalle parti coinvolte nella transazione, il concetto di *consideration* e la dottrina teologica del patto propria del Puritanesimo avrebbe potuto benissimo fondare un diverso sviluppo della *common law* in materia senza generare palesi aporie; si potrebbe così risolvere ogni dubbio circa i rapporti tra "sacro" e giuridico escludendo ogni legame tra i due elementi ma si dimenticherebbe che la mentalità puritana ebbe un impatto sociale e culturale fortissimo sull'Inghilterra dell'epoca.

Analizzando il complesso delle credenze puritane se ne sono identificate alcune che, per la loro importanza e il loro radicamento, hanno comportato anche l'attitudine a pensare l'istituto della promessa e il diritto degli scambi in un certo modo.

In primo luogo i Puritani pongono alla base di ogni convinzione il dettato della Sacra Scrittura che rappresenta l'unica vera fonte di autorità e supera in importanza sia la tradizione consolidata nei secoli, sia le evidenze di ragione; essi ritengono davvero che prima e fondamentale fonte per la salvezza, la fede e la vita dell'uomo sia il Verbo, pronunciato

⁷⁶ CLINTON, "The structure of judicial administration and the development of contract law in Seventeenth-century England", *Columbia Law Review* 83 (1983): 35-36

direttamente da Dio e posto per iscritto dall'uomo nei vari libri che vanno a comporre il Vecchio ed il Nuovo Testamento⁷⁷.

In secondo luogo i Puritani ritengono che dalla autorità delle Sacre Scritture derivi il corollario che l'uomo debba essere libero nella propria coscienza e che dunque non sia sufficiente da parte sua una mera adesione esterna ai precetti biblici ma debba accompagnarsi anche una intima convinzione interna che non deve essere coartata da regole in contrasto col Verbo divino poste dalla Chiesa o dallo Stato; l'uomo puritano viene considerato libero di vivere secondo la legge del Signore, non sottomesso ad altri che non siano Dio e la propria coscienza nel proseguire la propria ricerca morale e nell'arrivare là dove questa lo porti.

In terzo luogo i Puritani elaborano una serie di principi etici molto stringenti e precisi, profondamente sentiti nella coscienza dell'uomo che sceglie di obbedire alla legge del Signore; tra questi vi è certamente la fedeltà alle promesse fatte nel corso di un *bargain*; questo dovere morale viene fatto derivare direttamente dall'ottavo comandamento biblico il quale, tra le altre cose richiede che esista giustizia nei contratti e nei commerci e che ingiustizia ed infedeltà vengano punite⁷⁸. I teologi puritani, partendo da tali premesse, arrivano anche ad occuparsi del diritto contrattuale ed è William Ames lo studioso che approfondisce maggiormente le tematiche più dibattute in materia⁷⁹; egli sancisce che il generale principio dell'obbligatorietà della promessa trova alcune deroghe laddove la stessa sia stata prestata da un soggetto incapace, sia stata

⁷⁷ PRYOR-HOSHAUER, "The Puritan Revolution and the law of contract", *Texas Wesleyan law Review* 11 (2007) : 291

⁷⁸ VICENT, *The shorter Catechism explained from Scripture*, Banner of Truth, 1980: 194

⁷⁹ AMES, *Coscienza with the power and cases thereof in four books*, 1639, ristampa Puritan Reprints, 1975: 50

ottenuta per il tramite di violenza, frode od errore e sia stata prestata per uno scopo illecito o la vendita di una carica pubblica o ancor peggio ecclesiastica; Ames si spinge ancora oltre nel proprio ragionamento e ricava dai precetti morali anche l'esistenza di un implicito dovere di buona fede nell'esecuzione del contratto, la possibilità di riconoscere rilevanza ad un'impossibilità sopravvenuta ed al mutamento di qualche circostanza ritenuta fondamentale al momento della stipula della transazione.

Tra le caratteristiche proprie del Puritanesimo che maggiormente hanno influenzato la sensibilità ed il modo di intendere il mondo vi è certamente la dottrina teologica del patto che lega Dio e l'uomo come modello che, insieme al concetto di predestinazione, descrive nella sua totalità un rapporto privilegiato col sacro. L'atto di promettere sembra essere una caratteristica fondamentale di tutta la Bibbia, come abbiamo avuto modo di dimostrare, tanto che è stato anche sostenuto autorevolmente che esso sia il tema portante di tutto il Libro⁸⁰ e, come vedremo tra poco, risulta la fonte diretta a cui attingere per sostenere tutti gli argomenti portanti della Riforma, dato che quelli della Chiesa Cattolica, che si fondano maggiormente sul diritto canonico, vengono percepiti con sospetto. A differenza della ricostruzione offerta dal pensiero tomista, i Puritani ritengono che la promessa non sia vincolante tanto per la sua corrispondenza alle leggi di natura divine quanto piuttosto perché costituisce un riflesso nel mondo umano del modo di agire divino; in questa prospettiva le promesse degli uomini non fanno altro che trarre forma e contenuto dall'atto divino di promettere.

⁸⁰ KAISER, "The Old Promise and the New Covenant: Jeremiah 31:31-34", *Journal of Evangelical Theological Society* 15(1) (1972)

I teologi puritani rinvencono vari casi, sia nel Nuovo sia nel Vecchio Testamento, di promesse fatte da Dio nei confronti degli uomini o dagli stessi esseri umani; persino il Patto stipulato da Dio con il popolo di Israele, come abbiamo già sostenuto, può essere analizzato in termini di promessa tanto che il modello del Vecchio Testamento in cui la promessa è effettuata alla comunità nel suo complesso o a singoli membri di essa viene poi riconfermata e rinnovata nel Nuovo Testamento. Questo tipo di promessa divina viene evidentemente visto come eterno e irrettabile mentre, d'altro canto, le promesse fatte dagli esseri umani all'interno del Sacro Testo, spesso create in virtù di voti o giuramenti, sono meno numerose e molto più incerte tanto che da un passo del Vangelo di Giovanni sembrerebbe addirittura risultare che sia proibito all'uomo fare promesse, in quanto i piani umani per il futuro sono arroganti perché solo Dio sa cosa riserverà il domani.

Per la *Westminster Confession of Faith* puritana comunque due erano i patti che si erano venuti ad instaurare tra l'elemento divino e quello umano che meritavano attenzione; il primo corrispondeva al "*Patto delle Opere*" con cui Dio promise ad Adamo la vita eterna in cambio della sua totale obbedienza, il secondo al "*Patto della Grazia*" con cui Dio promise all'umanità ormai caduta nel peccato la salvezza tramite la fede in Gesù Cristo; accanto a questi patti si pone la convinzione puritana che Dio abbia eletto una serie di individui che dunque, per predestinazione, sono già stati salvati direttamente da Dio e ciò crea alla sistematica teologica non pochi problemi. La Fede è considerata dai Puritani come un'azione umana passiva ma che costituisce comunque una virtù che ogni individuo deve esercitare e dunque due erano le alternative che si profilano: o la Fede

non conta nulla in quanto conta solo la predestinazione o viceversa conta per la salvezza dell'uomo e allora ci si deve domandare quale ruolo sia riservato alla predestinazione.

Secondo l'interessante ricostruzione dei rapporti tra queste due credenze puritane apparentemente inconciliabili compiuta da Miller, il Patto della Grazia deve essere inteso come un vero e proprio contratto di quelli in uso tra uomini d'affari, un accordo tra due parti entrambe vincolate; in questa prospettiva è vero che Dio ha predestinato alcuni individui ma offre altresì un contratto a tutti gli altri tramite cui ottenere la Vita Eterna semplicemente prestando la propria Fede⁸¹. In questo modo i Puritani di fatto trasformarono un patto unilaterale in un contratto bilaterale tra Dio e l'uomo in cui la Fede rappresenta proprio quel *quid pro quo* che le parti hanno *bargained* tra loro⁸². In questo modo adempiere alle promesse ed attenersi ai contratti costituisce il riflesso terreno dell'originario patto fondante l'intera vita sociale e non rispettare gli accordi più che essere un semplice peccato risulta porre in pericolo l'intero ordine sociale e il suo armonico funzionamento.

Per una seconda corrente di pensiero, il cui più importante esponente è certo Von Rohr, invece il Patto della Grazia risulta strutturato in maniera unilaterale ed assoluta, piuttosto che bilaterale e condizionata e gli elementi umani condizionati possono convivere con quelli divini assoluti perché i Puritani ritengono in realtà che l'opera divina lavori per il tramite di quella umana e le due alla fine tra loro coincidano⁸³.

⁸¹ MILLER, *The New England mind: the Seventeenth Century*, Harvard: Harvard University Press, 1939

⁸² WITTE, "Blest be the ties that bind: covenant and community in Puritan thought", *Emory Law Journal*, 36 (1987): 579

⁸³ VON ROHR, *The Covenant of Grace in Puritan thought*, Atlanta, Georgia: Scholar Press, 1986: 29

Dal punto di vista giuridico che più ci interessa, il diritto dei contratti della *common law* dei secoli XVII e XVIII segna un modificarsi delle basi concettuali rispetto a quelle precedenti; in primo luogo quella che era stata la rottura di una promessa diviene la rottura di un accordo⁸⁴; in seconda battuta l'enfasi riposta nel *bargain* si estrinseca in una nuova concezione della *consideration*, non più intesa come proposito, motivo o giustificazione della promessa stessa ma come prezzo pagato dal promissario in cambio della promessa fatta dal promittente; in terzo luogo la base della responsabilità contrattuale si sposta dalla colpa alla responsabilità oggettiva.

La teoria fondata sulla morale della responsabilità contrattuale che legava inestricabilmente la responsabilità giuridica con il concetto di peccato o di illecita rottura di una promessa scambiata validamente viene infatti attaccata frontalmente dai giuristi e dai teologi puritani nel corso della battaglia per la supremazia tra giurisdizione di *common law* e quella di *equity*⁸⁵. Ancora una volta sono i teologi a fornire le basi per la formulazione e affermazione di una nuova responsabilità contrattuale fondata sulle premesse del principio del *bargain*; tale teoria si lega inestricabilmente a tre principi che potremmo definire cardine della teologia puritana del Seicento: la credenza in un Dio sovrano nell'ordine che richiede cieca obbedienza e autodisciplina dal suo popolo sotto la minaccia di eterna dannazione⁸⁶; la credenza nella totale depravazione dell'essere umano e la conseguente totale dipendenza della sua salvezza o meno dalla Grazia di Dio; infine la credenza in una vera e propria

⁸⁴ Si veda il noto caso *Paradine vs. Jane* del 1647

⁸⁵ BERMAN, "The religious sources of general contract law: an historical prospective", *Journal of Law and Religion* 4(1) 1986: 103-124

⁸⁶ WITTE, *Notes on English puritanism and the law*, 1985: 145

relazione contrattuale e pattizia tra Dio e l'uomo, dove il primo promette di redimere il secondo in cambio dell'impegno volontario di questi a sottomettersi alla Sua Volontà.

I puritani stabiliscono dunque una stretta connessione tra la credenza in un ordine divino che governa con strette regole e richiede ai soggetti di autogovernarsi a loro volta secondo buone regole e la credenza in una stringente responsabilità contrattuale; la credenza nella totale malvagità umana, nel suo intrinseco desiderio di potere, nella corruzione non solo della sua volontà ma anche della sua ragione, rinforzano l'enfasi puritana sulla stretta aderenza alle regole, incluse naturalmente le regole incorporate dalle parti in un contratto⁸⁷. A questo proposito è facile notare come tradizionalmente sia i teologi protestanti, sia quelli cattolici discutano allo stesso modo dei patti all'interno della Bibbia: nel Vecchio Testamento il patto tra Dio e l'uomo per cui questi rispetta le leggi divine e il primo gli promette la salvezza e nel Nuovo Testamento il patto che vede l'uomo promissario di eterna salvezza tramite la Fede nell'incarnazione, resurrezione ed espiazione e in virtù dell'opera della Grazia divina.

Nel corso del Cinquecento e del Seicento tuttavia il discorso intorno ai patti che era prima rimasto sullo sfondo di dottrine della fede più importanti, viene sviluppato dai teologi puritani, espandendone radicalmente la dottrina con due apporti innovativi. In primo luogo trasformarono il patto della Grazia da dono misericordioso di Dio nei confronti degli uomini in un vero e proprio contratto *bargained*, negoziato volontariamente, su cui si è trovato un accordo e assolutamente vincolante

⁸⁷ MILLER, "The marrow of Puritan Divinity", *Transactions of the colonial society of Massachuet*, 1936: 247-300

per entrambe le parti; ciò che nell'etica calvinista era spesso descritto come il patto di Dio di lealtà verso l'uomo, diviene nella teologia puritana l'obbligazione contrattuale assoluta di Dio nei confronti dell'Uomo e ciò che veniva descritto come gratuito dono di Dio al suo servo predestinato, diviene la negoziazione volontaria dell'uomo e l'accordo con Dio secondo i termini di un contratto⁸⁸. In secondo luogo i teologi puritani aggiungono altre parti al patto originario; essi caratterizzano nella forma pattizia le relazioni tra Dio e molte figure bibliche tanto che persino i rapporti con i Profeti vengono intesi come *bargained* e la stessa relazione trinitaria viene vista come un triplice patto di redenzione, riconciliazione e grazia. Lo stesso patto tra Dio e l'uomo non viene inteso come riguardante tutti i cristiani ma il solo popolo inglese, chiamato a riformare le leggi secondo il volere divino. L'idea che ne deriva è quella di un uomo che è libero o meno di scegliere un tale atto ma poi è strettamente vincolato alla scelta fatta qualunque siano le conseguenze che ne derivano⁸⁹.

Dall'analisi effettuata si nota subito una diversa prospettiva tra romanisti e canonisti da un lato e puritani dall'altro. Per i primi la rottura di una promessa è un peccato, un'offesa contro Dio o ancora più profondamente un allontanamento dell'uomo stesso da Dio e pertanto alla vittima della rottura della pattuizione deve essere approntato un rimedio legale se il proposito della promessa o dello scambio di promesse risulta ragionevole ed equo; il contratto continentale moderno come sviluppato nel suo primo impianto embrionale risulta dunque inteso come un ponte

⁸⁸ HILL, *Puritanism and revolution: studies in interpretation of the English Revolution*, Palmgrave macMillan, 1958: 246; ZARET, *The heavenly contract: ideology and organization in Pre-revolutionary puritanism*, Chicago, University of Chicago, 1985: 161

⁸⁹ BERMAN-REID, "The transformation of English legal science: from Hale to Blackstone", *Emory Law Journal*, 46 (1996): 437-462

sospeso tra ciò che l'uomo è e ciò che potrebbe essere qualora persegua il proprio fine naturale.

Per i puritani il fulcro del sistema è rappresentato dal *bargain*, anch'esso inteso come una teoria morale ma in un senso diverso. Dato che Dio è in primo luogo un Dio di ordine che stabilisce patti con il suo popolo a cui poi entrambe le parti sono strettamente vincolati, tale risultato deve essere identico per le pattuizioni che intercorrono tra i singoli membri di quello stesso popolo eletto che si stringe nel suo complesso all'interno di un profondo comunitarismo⁹⁰.

Nel Settecento e nell'Ottocento queste teorie teologico-giuridiche vengono depurate del loro impianto religioso ed i costrutti teologici vengono rimpiazzati da una concezione basata non più sulla Fede in una ragione e una volontà trascendente da cui derivano la ragione e la volontà umana e nei confronti della quale queste sono responsabili, ma piuttosto sulla libertà di ogni individuo di esercitare autonomamente la propria ragione e la propria volontà, soggette ormai solo più a considerazioni di utile sociale; si può già da adesso intuire come con il declino dell'individualismo e del razionalismo nel corso del Novecento è stato inevitabile che la narrativa del contratto costruita finisse direttamente sotto attacco.

⁹⁰ EUSDEN, *supra* nota 74, 176.