

THE
CARDOZO ELECTRONIC
LAW BULLETIN

SPRING-SUMMER 2017

CROWDFUNDING & ART (BONUS)
ANALISI COMPARATISTICA E PROPOSTE DI RIFORMA
LEGISLATIVA

Giovanni Maria Riccio

IL CONSENSUALISMO “TEOLOGICO”
NEL MEDIOEVO CONTINENTALE

Davide Gianti

FAMILY LAW, RELIGIOUS MARRIAGE
AND SHARIA COURTS IN WESTERN SOCIETIES.
ONE COMPARATIVE INSIGHT ON THE ENGLISH MODEL

Alessandra Pera

ALLEGORIE DELLA LEGGE.
L'ARCHEOLOGIA COME PRATICA DEL DIRITTO

Mauro Balestrieri

DAL MISTERO AL MORBO ED AL GIOCO DEL PROCESSO
RIFLESSIONI IN MARGINE AL LIBRO
DI BRUNO CAVALLONE
“LA BORSA DI MISS FLITE”

Daniele David e Antonio Ianni

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

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

© 1995-2017 The Cardozo Institute

THE CARDOZO ELECTRONIC LAW BULLETIN

VOLUME XXIII

SPRING-SUMMER 2017

NUMBER 1

CONTENTS

ARTICLES

CROWDFUNDING & ART (BONUS)
ANALISI COMPARATISTICA E PROPOSTE DI RIFORMA
LEGISLATIVA

Giovanni Maria Riccio

IL CONSENSUALISMO “TEOLOGICO”
NEL MEDIOEVO CONTINENTALE

Davide Gianti

FAMILY LAW, RELIGIOUS MARRIAGE
AND SHARIA COURTS IN WESTERN SOCIETIES.
ONE COMPARATIVE INSIGHT ON THE ENGLISH MODEL

Alessandra Pera

ALLEGORIE DELLA LEGGE.
L'ARCHEOLOGIA COME PRATICA DEL DIRITTO

Mauro Balestrieri

DAL MISTERO AL MORBO ED AL GIOCO DEL PROCESSO
RIFLESSIONI IN MARGINE AL LIBRO
DI BRUNO CAVALLONE
“LA BORSA DI MISS FLITE”

Daniele David e Antonio Ianni

IL CONSENSUALISMO “TEOLOGICO” NEL MEDIOEVO CONTINENTALE

Davide Gianti

1. Il paradigma canonistico a base teologica della «*promissio*» adottato dall’ordinamento ecclesiastico
2. Il diritto divino naturale e il principio «*pacta sunt servanda*»
3. Le forme di tutela dal *peccatum* approntate dalla riflessione canonistica
4. Il riconoscimento dell’efficacia obbligatoria della *nuda promissio* in ambito canonistico
5. I rapporti tra ordinamento ecclesiastico e civile nell’applicazione del principio della *nuda promissio* vincolante
6. L’elaborazione dell’istituto della *denunciatio evangelica* ed il conseguente riconoscimento di un consensualismo a base teologica
7. L’influsso del principio canonistico sulla civilistica e la sua adozione da parte della giurisdizione secolare

1. *Il paradigma canonistico a base teologica della «promissio» adottato dall'ordinamento ecclesiastico*

Il tratto distintivo dell'esperienza medievale è rappresentato dalla sussistenza di vari ordinamenti distinti tutti contemporaneamente impegnati a disciplinare la vita della società cristiana dell'epoca in vista della salvezza finale dell'anima di tutti i fedeli appartenenti alla comunità. In questo clima, culturale ancor prima che giuridico, il sistema normativo le cui soluzioni fanno sentire il proprio peso in maniera maggiore non può essere che quello che la Chiesa continua instancabilmente ad organizzare progressivamente a partire dal secolo XI. La comunità cristiana è animata da desideri di pace, autenticità e verità che derivano direttamente dalle Sacre Scritture e dagli scritti dei Padri della Chiesa i quali in più di una circostanza sottolineano come la pace tra i soggetti sia la condizione necessaria per la formazione di un valido accordo tra i medesimi ed anzi fanno derivare l'etimologia stessa del termine '*pactum*' dal concetto di '*pax*'¹ sottolineando così la stretta interdipendenza tra le stipulazioni e la tranquilla e pacificata correttezza nei rapporti tra privati.

La canonistica benchè condivida con la civilistica dell'epoca la ritrosia a riconoscere alla figura romana della *pollicitatio* la stessa efficacia vincolante del *pactum*, sviluppa tuttavia un autonomo paradigma epistemologico in materia di accordi tra privati fondato sulla nozione di '*promissio*'² e tale è il valore euristico che le viene riconosciuto da permettere ai giuristi della Chiesa di ridisegnare l'architettura del *pactum* a partire dall'idea di scambio di promesse tra due soggetti. Il punto di partenza da cui muovere per comprendere le soluzioni elaborate dal diritto canonico e dalla teologia in materia di accordi deve dunque essere identificato nel dovere per tutti i fedeli cristiani di non mentire, di osservare le promesse fatte e di non trarre in inganno il prossimo con promesse simulate³. Questi principi etico-morali appaiono oggi a noi in qualità di norme

¹ ISIDORO DA SIVIGLIA, *Etymologies*, in *Isidori Hispalensis Etymologiarum sive originum libri XX*, Oxonii, 1911, tomo I, 5, 24, 18: «*Pactum dicitur inter partes ex pace conveniens scriptura, legibus ac moribus comprobata*».

² La circostanza è confermata dal rilievo che sia le elaborazioni di Ugucione sia quelle di Giovanni Teutonico riportate nel commento al canone *quicumque suffragio* parlino sempre di obbligazione *ex nuda promissione*.

³ I primi studi sulle obbligazioni che nascono da una promessa nel diritto canonico risalgono alla fine dell'ottocento con le opere di ambiente franco-tedesco SEUFFERT L., *Zur Geschichte der obligatorischen*

sociali volte a garantire il bene spirituale di ciascun fedele e dei consociati che con questi vengono a contatto ma è bene tenere a mente che per l'uomo del medioevo queste norme sono qualcosa di diverso; si tratta di regole cogenti vere e proprie il cui scopo è in primo luogo quello di guidare il comportamento del singolo uomo nel periodo in cui questi abita la dimensione sensibile del creato affinché egli possa contribuire fattivamente con il proprio comportamento al fine ultimo del raggiungimento della vita eterna ultramondana e sovrasensibile⁴.

Non si può pertanto ritenere che le norme poste dall'ordinamento ecclesiastico abbiano solo lo scopo di risolvere i conflitti che possono sorgere tra singole sfere di interessi come avviene oggi per le prescrizioni legislative, quanto piuttosto quello di porre ordine all'interno dell'anima dello stesso soggetto a cui sono rivolte in modo da garantire che questi non incorra in colpe che possano impedirne la salvezza (il c.d. *animae suae remedium*) e se possibile egli possa arricchire tramite il loro rispetto la propria anima di meriti spirituali derivati dal compimento di concrete opere positive (la c.d. *locupletatio spiritualis*)⁵. La circostanza che dall'obbedienza a queste norme discenda anche un utile o un mancato nocumento a carico di un altro appartenente alla comunità è considerato un corollario positivo ma non la *ratio* vera e propria della prescrizione

Verträge, cit.; KARSTEN C., *Die Lehre vom Verträge* cit.; ESMEIN A., *Le serment promissoire en droit canonique*, in *Nouvelle Revue de droit français et étranger*, 1988, p. 257 per poi proseguire a ridosso degli anni '30 del secolo scorso in ambiente francese e italiano con SPIES F., *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, Sirey, 1928; ROUSSIER J., *Le fondement de l'obligation contractuelle*, cit.; ROBERTI M., *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano, Vita e Pensiero, 1935; il merito più grande nell'aver individuato i profili essenziali della regola canonica *ex nudo pacto oritur actio* così come delineati dalla dottrina canonistica classica, va ascritto però sicuramente agli scritti di FEDELE P., *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 193, p. 115-200 e BELLINI P., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano, Giuffrè 1964.

⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, San Paolo Edizioni, 1999, 2, 2ae, qu. 23, art. 5 ad.1 «...*Deus est principale objectum charitatis, proximus autem ex charitate diligitur propter Deum*».

⁵ Si esprime chiaramente sul rispetto di tale genere di norme TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 32, art. 1 ad 1: «*Ad primum ergo dicendum quod aliquid dicitur esse actus virtutis dupliciter. Uno modo, materialiter, sicut actus iustitiae est facere iusta. Et talis actus virtutis potest esse sine virtute, multi enim non habentes habitum iustitiae iusta operantur, vel ex naturali ratione, vel ex timore sive ex spe aliquid adipiscendi. Alio modo dicitur esse aliquid actus virtutis formaliter, sicut actus iustitiae est actio iusta eo modo quo iustus facit, scilicet prompte et delectabiliter. Et hoc modo actus virtutis non est sine virtute*».

giuridica⁶, in quanto la tutela di posizioni intersoggettive è lasciato volutamente anche ad altri tipi di norme.

Il *mendacium* in particolare non è mai tollerabile in quanto mette in pericolo la salvazione del singolo anche quando è commesso per favorire il bene spirituale del prossimo o impedirne la rovina⁷ ed infatti la norma evangelica dell'*alterum non decipere* tende alla salvaguardia dell'interesse personale del fedele piuttosto che ad evitare che si generino danni a carico di altri consociati. Il perseguimento della tutela dell'anima del fedele in questi casi è tuttavia quantomai complicato perché comporta di prestare attenzione a fatti spirituali che si realizzano nell'interiorità della persona piuttosto che affidarsi alle sole manifestazioni esteriori della volontà⁸ e questo in quanto ormai con il Cristianesimo l'atto morale è completamente interiorizzato e l'aspetto più importante è quello dell'*intentio*, dell'atteggiamento psicologico di cui i comportamenti esteriori non sono che indici di qualificazione⁹.

Il *mendacium* pertanto è rilevante tanto nel momento in cui un soggetto assume un impegno, quanto nel momento in cui questi deve adempiere al medesimo; se al momento dell'assunzione dell'obbligo si ha una discrasia tra volontà interna e comportamento esteriorizzato si avrà una *ficta promissio* imputabile al soggetto promittente perché affetta dalla *voluntas alterum fallendi*¹⁰ e tale rimprovero non potrà essergli elevato solo laddove tale discrasia sia dovuta a colpa o incapacità incolpevole o a fattori esterni non controllabili¹¹; analoghe considerazioni vanno fatte qualora invece il

⁶ Cfr. FASSO', *Cristianesimo e società*, Milano, Giuffrè, 1959, p. 50 ss.

⁷ VACCARI P., *Introduzione allo studio del diritto romano-canonico*, in *Scritti di storia delle fonti del diritto*, Milano, 1960, p. 30 ss.

⁸ PIETRO ABELARDO, *Ethica*, Milano, Mimesis, 2014, c. 3, col. 643 C. : «...sicut ergo transgressor non est dicendus qui facit quod prohibetur, sed qui consentit in hoc quo constat esse prohibitum: ita nec prohibitio de opere sed de consensu est accipienda, ut videlicet cum dicitur: ne facias hoc vel illud, tale sit ne consentias in hoc vel illo faciendo; ac si dicatur: ne scienter hoc presumas».

⁹ PIETRO ABELARDO, *Ethica*, cit., col. 644: «Non enim quae fiunt sed quo animo fiant pensat Deus nec in opere sed in intentione meritum operantis vel laus consistit saepe quippe idem a diversis operatur: per iustitiam unius et per nequitiam alterius [...] per diversitatem tamen intentionis idem a diversis fit, ab uno male, ab altero bene».

¹⁰ AGOSTINO, *De mendacio*, Milano, Bompiani, 2001, cap. 3, p.l., t. 40, col. 488: «Ille mentitur, qui aliud habet in animo, et aliud verbis vel quibuslibet significationibus enunciat»; TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 110, art. 3, c. : «...cum enim voces naturaliter sunt signa intellectuum, innaturale est et indebitum quod aliquis voce significet id quod non habet in mente».

¹¹ GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. Ae. Friedberg, I, Graz, 1955, in can. 3, homines, Ca. 22, qu. 2, d.a.: «quia mens hujus non est rea (nesciebat enim falsum esse quod juraverit esse verum) nec temere nec negligenter, sed cum magna diligentia videbatur sibi deprehendisse verum, quod juravit falsum, periurii reus nequequam est judicandus».

mendacium interessi il momento dell'adempimento dell'obbligo assunto generando una *transgressio promissionis* la quale non potrà essere ritenuta riprovevole solo se la promessa sia frutto di errore o di ignoranza scusabile.

In questo quadro la reale intenzione del soggetto promittente è anche il metro di valutazione del contenuto dell'impegno assunto e della sua estensione¹²e porta a non considerare in alcun modo le forme che possono rivestire la manifestazione di volontà; tale è la forza riconosciuta alla *promissio* espressa con coscienza e volontà dall'uomo che non rileva in alcun modo che la medesima sia stata o meno accompagnata da un giuramento solenne o espressa in una forma specifica¹³, che sia contenuta in una *pollicitatio* o che venga a configurare un *pactum*¹⁴ sia esso *nudum* o *vestitum*¹⁵. Questa forza deriva direttamente dall'obbligazione di coscienza che la parola scambiata tra gli uomini genera e tale è la sua rilevanza che essa non viene meno nemmeno qualora sia sorta a seguito di un inganno o sia stata estorta con minacce oppure siano mutate delle circostanze rispetto al momento della assunzione dell'obbligo.

L'obbligazione di coscienza di adempiere sorge anche qualora i motivi che hanno spinto a promettere siano illeciti o il giuramento compiuto sia stato temerario, mentre non sorge invece laddove la prestazione oggetto della promessa sia moralmente illecita e possa portare alla perdizione dell'anima del promittente; in questi casi si costituisce un'inversa obbligazione di coscienza di astensione dall'adempimento di quanto promesso¹⁶. Trattandosi di norme che derivano dalla mutata sensibilità cristiana, l'osservanza del precetto non viene garantita solamente tramite il mantenimento di un

¹² *Ibid.*, in can. 11, Ca. 22, qu. 5, d.a.: «*Patet quod Deus non accipit sic juramentum sicut ille cui juratur, sed potius sicut ille qui jurat intelligit*».

¹³ *Ibid.*, can. 12, Ca. 22, qu. 5: «*Dominus inter juramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam*»; sono in tal senso concordi anche i maggiori canonisti dell'epoca come Giovanni Teutonico, Ugucione da Pisa, Paucapalea le cui riflessioni sono riprese rispettivamente da Spies, Fedele, Calasso e Roussier .

¹⁴ ROUSSIER J., *Le fondement de l'obligation contractuelle*, cit., p. 18 ss.

¹⁵ UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 2006, in can. 66 quicumque suffragio, Ca. 12, qu. 2: «*... licet stipulatio non intervenerit obligatur enim nuda promissione saltem etsi non civiliter [...] peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum tamen licet nulla sollemnitatis intervenerit [...] sive ergo interveniat stipulatio sive non promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum si potest...*».

¹⁶ CHEVRIER G., *Essai sur l'histoire de la cause*, cit., p. 147 ss. precisa che prima di Pietro Lombardo si giustificava la non obbligatorietà del giuramento con oggetto illecito facendo ricorso al concetto di forza maggiore mentre dopo la riflessione condotta da questo autore si è passati a considerare lo stesso giuramento con oggetto ingiusto come non vincolante di per sé in quanto costituente *perjurium*.

comportamento esteriore coerente alla regola enunciata ma soprattutto attraverso il momento di adesione interiore da parte del soggetto agente e dunque il precetto può benissimo essere violato per il semplice fatto di provare dei sentimenti ed una volontà riprovevole che però non si realizza per il concorso di altre motivazioni¹⁷. Strutturata in questo modo l'obbligazione di coscienza diviene di fatto incoercibile perché eventuali misure forzose nei confronti del soggetto peccatore possono tuttalpiù portare ad una conversione della sua volontà alla quale però spetta, in ultima analisi, indirizzarsi poi verso l'adesione sincera e spontanea al precetto.

Anche la posizione del soggetto promissario può essere declassata dall'intento e dal comportamento peccaminoso qualora egli ottenga la promessa tramite l'utilizzo della forza o delle minacce oppure quando costringa il promittente all'adempimento o quando in un *pactum* pretenda l'adempimento dell'altrui obbligazione senza aver offerto l'adempimento della propria¹⁸. Il promissario infatti viene legittimato a pretendere l'adempimento solo di quelle prestazioni di cui ritenga di avere diritto secondo la propria coscienza cristiana. Le due posizioni del promittente e del promissario dal punto di vista canonistico devono essere pertanto valutate separatamente e non nella relazione intersoggettiva che si instaura tra i due soggetti in ragione di un possibile affidamento ingenerato dalla controparte bensì alla luce dell'*animus* proprio dell'interiorità di ciascuna delle parti coinvolte.

2. *Il diritto divino naturale ed il principio «pacta sunt servanda»*

Il principio di validità e rispetto delle promesse fatte dall'uomo non deve essere inteso solo come un principio morale per i canonisti medievali quanto piuttosto come un'obbligazione molto complessa ad un tempo sia etica, sia morale, sia giuridica in

¹⁷ ORIGENE, *In epistulam Pauli ad Romanos*, ed. COCCHINI F., Roma, Città Nuova, 2014, IX, 25: «...qui autem facit bonum, hoc est qui non metu legis sed amore boni facit quod bonum est, iste iam non sub lege litterae, sed sub lege spiritus vivit»; GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, cit., can. 4 iam vero, Ca. 23, qu. 6, d.p.: «...eum qui sub lege est, id est qui timore poenae, non amore iustitiae servit, non duci Spiritu Sancto, si autem Spiritu Sancto non ducitur, Deo placere minime valet...».

¹⁸ *Ibid.*, can. 13, Ca. 22, qu. 5, d.p.: «Sicut quisquam apud Deum non valet aliquem laedere, sic nec praeter eius intentionem valet quis alicui subvenire. Deus autem duplicitatis aspernator simplicem intentionem utriusque considerat et tam ex parte recipientis quam ex parte praestantis verborum artem aspernatur et odit».

quanto statuita in vari testi normativi ecclesiastici¹⁹ ma soprattutto perchè riconducibile ad una nozione propria dello stesso diritto naturale promanante da Dio.

L'obbligazione che sorge da una promessa rappresenta infatti per il mondo canonistico il terreno di fertile incontro tra varie impostazioni teoriche provenienti da testi, ordinamenti e concezioni profondamente diversi tra loro. La maggior parte degli studiosi del diritto canonico del periodo, intrisa di nozioni giuridiche mutate dal mondo del diritto romano recuperato dai glossatori, tende a ritenere che l'obbligazione da promessa sia da considerarsi di tipo naturale, intendendosi con questa dizione quella particolare obbligazione che le fonti romane tutelano attraverso la semplice *soluti retentio*²⁰. Gli scritti dei teologi al contrario sono da sempre propensi a inserire quei precetti che per noi oggi sono semplicemente etico-morali, tra cui quello di mantenere le promesse, all'interno dell'involucro costituito dal diritto naturale per trasformarli in norme intersoggettive vincolanti e così facendo giungono al risultato di far coincidere la definizione di obbligazione naturale con quella di obbligazione scaturente dalla coscienza del fedele²¹. Nonostante infatti il forte debito nei confronti del diritto romano, la canonistica medievale, sotto l'influenza delle speculazioni teologiche, elabora una nuova nozione di obbligazione riconducendola al campo del diritto divino naturale.

Per l'ordinamento ecclesiastico infatti lo *ius naturae* viene progressivamente a costituire un sistema di precetti che coincide con lo *ius divinum* costituito dalle norme di carattere necessario e trascendente che possono essere comprese con la ragione umana ma appartengono direttamente alla volontà di Dio²² e in quanto tali sono in grado di costituire un sistema giuridico completo e gerarchicamente sovraordinato a qualsiasi diritto positivo terreno a cui al contempo forniscono precetti e contenuti nonché il

¹⁹ Tra i più importanti si devono ricordare i seguenti canoni: GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, cit., can. 20, dist. 23, psalmista; can. 66, Ca. 12, qu. 2, quicumque suffragio; can. 3, Ca. 12, qu. 5, quia Iohannes; can. 12, Ca. 22, qu. 5, iuramenti; DECRETALES GREGORII IX, in *Corpus Iuris Canonici*, ed. Ae. Friedberg, II, Graz, 1955, can. 1, de pactis, 1,35, Antigonus; can. 3, 1, 35, Qualiter in Sardinia.

²⁰ SCAVO LOMBARDO L., *Il concetto di buona fede nel diritto canonico*, Roma, Libreria dell'Università, 1944; VACCARI P., *Introduzione storica al vigente diritto privato italiano*, Milano, Giuffrè, 1949.

²¹ BELLINI P., *L'obbligazione da promessa*, cit., p. 67 ss.

²² Cfr. CARLYLE R.W., A.J., *Il pensiero politico medievale*, tr. it. FIRPO L., Bari, Laterza, 1956; Si esprimono in tal senso TERTULLIANO, *Adversus Iudaeos*, 2, P.L., t. 2, col. 638; ORIGENE, *Contra Celsum*, 5, 37, t. 2, col. 1238; LATTANZIO, *Institutiones divinae*, 1, 5 C.S.E.L., 19, 1; AMBROGIO, *Enarratio in Psalmos*, 26, 29, P.L., t. 14, col. 1052; ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etymologie*, 5, 2; AGOSTINO, *Contra Faustum manichaeum*, 23, 27, P.L., t. 42, col. 418: «Lex vero aeterna est ratio divinavel voluntas Dei, ordinem naturalem conservari iubens et perturbari vetans».

fondamento ultimo di legittimità. Nonostante le definizioni di che cosa debba intendersi per diritto naturale risultino diverse a seconda degli autori considerati, progressivamente si va consolidando tra i canonisti una accezione comune testimoniata dalla definizione graziana secondo cui «*ius naturale est quod in Lege et Evangelio continetur*»²³ che di fatto fonde le riflessioni teologiche con la tradizionale definizione ulpiana del diritto naturale²⁴.

Il diritto canonico supera l'idea del diritto naturale come ordinamento primitivo dell'umanità che viene poi specificato dallo *ius gentium* e dallo *ius civile* per abbracciare quella che concepisce lo *ius gentium* come diritto formato prettamente dalla somiglianza delle esperienze giuridiche dei vari popoli e variabile a seconda delle circostanze contingenti. In questo modo quelli tra i principi che hanno un rilievo più importante, come quello di mantenere le promesse, trovano la loro forza vincolante in Dio e nel piano teologico sovrasensibile; questa impostazione inoltre non riduce l'obbligazione di diritto divino naturale che viene a crearsi ad un vincolo di coscienza personale del soggetto ma riconnette al precetto di diritto naturale il carattere della socialità intersoggettiva e terrena costituendo di fatto una norma in grado di qualificare l'evento giuridico a partire dalla *intentio* del soggetto agente.

In questo modo il contenuto della norma cristiana che interessa l'anima del singolo viene proiettato sul piano dei rapporti intersoggettivi subendo una trasformazione che vede mutare anche il suo scopo: dalla funzione di tutelare la *salus animae* del fedele si passa a quello di garantire il *bonum commune societatis* e quindi gli interessi degli altri consociati che con il singolo vengono a contatto; ciò comporta, dal punto di vista strettamente giuridico, che ciò che rileva non sia più solo il danno alle possibilità di salvezza eterna del promittente quanto piuttosto l'interesse del tutto temporale del promissario a non vedere delusa la propria legittima aspettativa²⁵. Lo strumento

²³ Per un'analisi approfondita di quale sia il reale contenuto dell'accezione accolta di diritto naturale nel Decreto di Graziano si vedano VILLEY M., *Le droit naturel chez Gratien*, in *Revue de droit canonique*, 1954, p. 59 ss.; GAUDEMET J., *Sources de droit dans le Dècret de Gratien*, in *Revue de droit canonique*, 1951, p. 24 ss.; ULLMANN W., *Medieval Papalism*, London, Routledge, 1949, p. 44 ss.; FASSO' G., *Dio e natura presso i decretisti e i glossatori*, in *Il diritto ecclesiastico*, 1956, I, p. 3 ss.; GUALAZZINI U., *Natura id est Deus*, cit., p. 413 ss.

²⁴D. 1,1,1,3 (Ulp. 1 inst.) «*Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit: nam ius istud non humani generis proprium, sed omnium animalium, quae in terra, quae in mari nascuntur, avium quoque commune est. Hinc descendit maris atque feminae coniunctio, quam nos matrimonium appellamus, hinc liberorum procreatio, hinc educatio: videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam istius iuris peritia censeris*».

²⁵ Si accoglie parzialmente in questa ricostruzione l'opinione di Bellini che vede sorgere accanto ad una obbligazione di coscienza una seconda obbligazione di tipo sociale con la precisazione che tale

attraverso cui l’obbligatorietà della promessa fondata sul peccato²⁶ viene trasportata dal piano squisitamente teologico a quello più strettamente giuridico è costituito dall’*aequitas*, nozione di cardinale importanza nella pensabilità stessa del fenomeno giuridico in epoca pre-moderna e che assume connotati particolari all’interno dell’ordinamento ecclesistico dove l’*aequitas canonica* rappresenta l’espressione diretta nella sfera degli interessi temporali contingenti dello *ius divinum naturale*²⁷; in questo modo in base all’intenzione del soggetto agente si producono o meno gli effetti da questi desiderati e la sua posizione trova o meno tutela da parte dell’ordinamento.

Il punto nodale della questione va rintracciato nel rapporto che lega i vari complessi normativi dell’ambiente politico e giuridico medievale; il diritto divino naturale insieme a quello divino positivo di fatto costituiscono un sistema normativo sovraordinato rispetto ai vari ordinamenti secolari che progressivamente vengono a costituirsi. Questo fatto comporta due corollari di notevole importanza: in primo luogo proprio in ragione del vincolo di subordinazione esistente gli ordinamenti secolari devono cercare di uniformarsi ai dettami e principi ispiratori contenuti nel diritto naturale ed in secondo luogo le norme di diritto naturale hanno un autonomo valore anche qualora non vengano trasposte in un sistema effettivo di diritto positivo secolare²⁸.

Il compito del sovrano legislatore è quello di ricavare deduttivamente dal sistema normativo superiore il contenuto del diritto che va ad emanare e di interpretare a sua volta il contenuto dei precetti appartenenti al diritto naturale portandoli se del caso sino alle estreme conseguenze teoriche e pratiche²⁹ seguendo un procedimento che abbiamo

netta distinzione tra due obbligazioni risulta particolarmente sfumata nel pensiero dell’uomo medievale. Si ritiene pertanto parziale e incompleta la ricostruzione a cui sembrano aderire Fedele e Astuti secondo cui le fonti bibliche e patristiche poste a fondamento del principio di rispettare la parola data abbiano un contenuto esclusivamente morale e si ritiene che non sia del tutto corretta nemmeno l’ipotesi avanzata da Roberti per il quale il crisma della giuridicità sarebbe derivato esclusivamente dall’imposizione da parte di pontefici e concilii di gravi pene in caso di inosservanza della promessa.

²⁶ UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in can. quicumque suffragio: «*peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret, honestum tamen, licet nulla sollempnitas intervenerit*».

²⁷ Nella dottrina canonistica *aequitas* e *ius naturale* sono spesso ricondotti a Dio e talvolta persino identificati con Dio stesso e i due termini vengono usati in modo spesso equivalente.

²⁸ SAVIGNY F. C. von, *Storia del diritto romano nel Medioevo*, cit., III, p. 392 ss.

²⁹ TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 1, 2ae, qu. 95, art. 2: «*Unde omnis lex humanitus posita intantum habet de ratione legis, inquantum a lege naturae derivatur. Si vero in aliquo, a lege naturali discordet, iam non erit lex sed legis corruptio. Sed sciendum est quod a lege naturali dupliciter potest aliquid derivari, uno modo, sicut conclusiones ex principiis; alio modo, sicut determinationes quaedam aliquorum communium. Primus quidem*

già visto operare allorchè l'*aequitas rudis* viene trasfusa in norme positive e diviene così *aequitas constituta*³⁰. Il valore del diritto positivo trova la propria legittimazione nel diritto naturale perchè, dal punto di vista della sovranità politica, il legislatore temporale deriva il proprio potere normativo direttamente dalla *potestas* divina da cui promana anche lo stesso diritto naturale e dunque se il sovrano adotta norme in contrasto con tale ordinamento sovraordinato esse non possono in alcun modo ritenersi vincolanti³¹. La concezione tutta cristiana del sovrano *legibus solutus* e *lex animata in terris* che lo emancipa da qualsivoglia limitazione da parte di altri centri di potere politico trova il suo limite proprio nel rispetto e nella subordinazione alle leggi che promanano direttamente da Dio nella forma del diritto divino rivelato e di quello naturale³². Il concetto cardine che ordina il pluralismo medievale in cui si muove l'attività di canonisti e civilisti è quello della *iurisdictio* del sovrano che si può riassumere nella definizione di una potestà di governo delimitata da confini formali definiti che coesiste con altre sfere giurisdizionali con le quali si coordina per perseguire i propri scopi. Il diritto divino naturale nel mondo medievale costituisce dunque ad un tempo la fonte degli ordinamenti particolari e il fondamento della loro superiore unità.

Per quanto riguarda le norme in tema di accordi tra privati da questo assetto delle giurisdizioni e dei complessi normativi concorrenti discende che l'obbligo di mantenere la promessa fatta, appartenendo ai principi del diritto divino naturale, gode dello stesso *status* dell'ordinamento cui appartiene e pertanto si esclude che possa essere derogato o

modus est similis ei quo in scientiis ex principiis conclusiones demonstrativae producuntur. Secundo vero modo simile est quod in artibus formae communes determinantur ad aliquid speciale, sicut artifex formam communem domus necesse est quod determinet ad hanc vel illam domus figuram. Derivantur ergo quaedam a principiis communibus legis naturae per modum conclusionum, sicut hoc quod est non esse occidendum, ut conclusio quaedam derivari potest ab eo quod est nulli esse malum faciendum. Quaedam vero per modum determinationis, sicut lex naturae habet quod ille qui peccat, puniatur; sed quod tali poena puniatur, hoc est quaedam determinatio legis naturae. Utraque igitur inveniuntur in lege humana posita. Sed ea quae sunt primi modi, continentur lege humana non tanquam sint solum lege posita, sed habent etiam aliquid vigoris ex lege naturali. Sed ea quae sunt secundi modi, ex sola lege humana vigorem habent».

³⁰ KANTOROWICZ H., *Studies on the glossators of the Roman law*, cit., p. 282 ss.; MEYERS E. M., *Le conflit entre l'équité et la loi chez les premiers glossateurs*, in *Tijdschrift von Rechtsgeschiedenis*, 17, 1941, pp. 119 ss.

³¹ GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, cit., in dist. 8 d.p.: «*dignitate vero ius naturale et simpliciter praevallet consuetudini et constitutioni quaecumque enim vel moribus recepta sunt vel scriptis comprehensa, si naturali iuri fuerint adversa, vana et irrita sunt habenda*».

³² CALASSO F., *I glossatori e la teoria della sovranità: studio di diritto comune pubblico*, Milano, Giuffrè, 1957; ID., *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*, Milano, Giuffrè, 1949.

limitato ad opera di una disposizione positiva del legislatore temporale³³. Un’obbligazione di diritto naturale ha quindi un carattere di originarietà che non può essere tralasciato e che la porta ad avere un livello intrinseco di giuridicità molto elevato che non può essere scalfito dal fatto di non essere recepito in una specifica disposizione di diritto umano positivo; tale è il rilievo del principio di rispettare la propria parola che persino il sovrano *legibus solutus* è tenuto a rispettare il *pactum* stipulato con un altro sovrano o con i suoi stessi sudditi³⁴. Il risultato è che per la cononistica il paradigma del *pactum*, formato dallo scambio delle promesse reciproche dei contraenti, genera un vincolo in virtù del diritto divino naturale a prescindere dalle qualificazioni operate dal diritto umano positivo³⁵.

Una volta stabilito che la *promissio* diviene rilevante nei rapporti tra i consociati in forza della sua appartenenza al sistema del diritto divino naturale, bisogna rilevare come però essa abbia caratteristiche leggermente differenti rispetto al concetto elaborato in ambiente teologico. Se la nozione sviluppata in quest’ultimo contesto rivolge la propria attenzione soprattutto sui profili soggettivi della *bonitas vel malitia voluntatis* dei soggetti considerati singolarmente, l’obbligazione di diritto naturale di tener fede alla *promissio* si

³³ UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in cap. 18, quando, X, de iureiurando, 2, 24, s.v. absolvi: «*absolvere potest papa quemlibet a sacramento ex iusta causa, puta propter scandalum intollerabile ut si malum exemplum prorogetur in multos, clave tamen discretionis procedente. H. tamen hoc negabat: et omnia iura que dicunt vel innuunt papam posse absolvere a iuramento, itelligebat de illicito: quia in his quae sunt de iure naturali, ut in voto et iuramento papa non sipensat [...] lau. Contra dicebat T. dicit quod ex causa iusta potest quemlibet absolvere [...] et dispensare potest in voto et illud commutare in aliud quod magis sit Deo acceptum [...] et in iuramento etiam ex eisdem causis potest dispensare...*».

³⁴ DECIO, *In Decretalium volumen commentaria*, Venetiis, 1593, in cap. ex epistulae nn. 7-9: «*Subiicit dominus Abbas, et Moderni hic sequuntur, quod obligatio, qua princeps astringitur est dumtaxat de iure naturali, civiliter vero non obligatur, et ita tent Antonius Butrio, Imola et communiter alii quia naturalis obligatio a principe tolli non potest... quasi velint principem ideo naturaliter obligari, quia naturalis obligatio immutabilis est, civiliter vero non teneri, quia tolli et mutari potest civilis obligatio...*».

³⁵ Risulta chiara in tal senso la disamina di Baldo che tuttavia cerca di ricondurre questo principio entro la cornice delle elaborazioni civilistiche; il grande commentatore infatti comincia affermando in BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretales subtilissima commentaria*, apud Bernardinum Maiorinum, Venetiis, 1571, in cap. Antigonus, nn. 5 e 7: «*non distinguunt inter nuda et vestita; quia nec Deus nec bona conscientia distinguit, dummodo talis causa subsit, quae sit deducibilis in stipulationem*» ma subito si affretta a precisare «*Sed ubi habet causam extrinsecam ut liberalitatis, pacis et concordiae, tunc pactum est omnino servandum ut hic, propterea istud non est pactum nudum, sed vestitur robore canonicae sanctionis unde tu canonista addis ad vestimenta pactorum vestimentum quod appellatur vestimentum roboris*».

concentra sulla relazionalità dei comportamenti manifestati esteriormente dai soggetti che si influenzano reciprocamente venendo a costituire una fattispecie più complessa³⁶.

In questo modo il metro per ottenere la tutela della posizione giuridica non passa per un impossibile accertamento relativo allo stato della coscienza del soggetto ma attraverso la verifica dell'aderenza al comportamento esterno previsto dalla norma di diritto naturale con carattere obiettivo³⁷ e fa parimenti ingresso all'interno della valutazione giuridica la sussistenza di fattori estranei alla coscienza delle parti³⁸. Progressivamente si perviene alla conclusione che le due prestazioni legate da un nesso di sinallagmaticità debbano mantenere tra loro una qualche forma di equivalenza e così, nel valutare l'inadempimento di una delle parti, si cominciano a tenere in considerazione le condizioni sopravvenute non considerate al momento della promessa perché generatesi in un secondo momento³⁹. Questo crea una frattura tra gli esiti della

³⁶ La *naturalis aequitas* è contraria a ogni formalismo ma non può comunque prescindere da una incontrovertibile manifestazione esteriore della *voluntas* individuale tale da legittimare la relativa pretesa della controparte; si esprime in questo senso TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 88, art. 1, c.: «*promissio quae ab homine fit homini non potest fieri nisi per verba quaecumque signa exteriora*».

³⁷ I problemi maggiori si pongono quando vi è divergenza tra il volere interno delle parti e la volontà manifestata all'esterno con le parole. Quando tale discrasia interessa una sola delle parti il criterio ermeneutico per ricostruire il senso dell'accordo è quello del *rectus intellectus* del soggetto in buona fede; diverso il discorso quando entrambe le posizioni dei soggetti siano lecite o illecite. La ricostruzione del diverso atteggiarsi delle soluzioni è rinvenibile in UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in dictum p.c. 11, Ca. 22, qu. 5, s.v. defert: «*...sed distinguitur an uterque habeat rectam intentionem et puram an uterque dolosam et fraudulentam vel alter rectam et alter dolosam si uterque rectam secundum intentionem et intellectum utrisque interpretandum et recipiendum est iuramentum si alter rectam alter dolosam interpretandum est iuramentum secundum eum qui rectam habet intentionem si uterque dolosam secundum intentionem auditorum interpretabitur iuramentum quid si omnes habent dolosam? recurrendum est ad communem intelligentiam illorum verborum et secundum quod communiter illa solent accipi et secundum quod communiter sonant interpretabitur iuramentum argumentum in extra ex literis quas nobis...».*

³⁸ VACCARI, *Teologia e diritto canonico nel XIII secolo*, in *Studi in onore di C. Ferrini*, I, Milano, 1947, pp. 418-428; LEICHT P. S., *Laesio enormis et iustum pretium*, in *Studi di storia e di diritto in onore di C. Calisse*, I, Milano, 1940, p. 6 ss.

³⁹ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 110, art. 3, ad 5: «*Ad quintum dicendum quod ille qui aliquid promittit, si habeat animum faciendi quod promittit, non mentitur, quia non loquitur contra id quod gerit in mente. Si vero non faciat quod promisit, tunc videtur infideliter agere per hoc quod animum mutat. Potest tamen excusari ex duobus. Uno modo, si promisit id quod est manifeste illicitum, quia promittendo peccavit, mutando autem propositum bene facit. Alio modo, si sint mutatae conditiones personarum et negotiorum. Ut enim Seneca dicit, in libro de Benefic., ad hoc quod homo teneatur facere quod promisit, requiritur quod omnia immutata permaneant, alioquin nec fuit mendax in promittendo, quia promisit quod habebat in mente, subintellectis debitis conditionibus; nec etiam est infidelis non implendo quod promisit, quia eadem conditiones non extant. Unde et apostolus non est mentitus,*

valutazione dell'inadempimento in prospettiva teologica e quelli in prospettiva di diritto naturale e questa stridente antinomia porta la canonistica a cercare di colmare la frattura facendo ricorso ad alcuni espedienti volti ad armonizzare coscienza del singolo ed esigenze della giuridicità intersoggettiva.

La clausola ‘*sub auditio*’ per esempio adduce una presunta esclusione del consenso prestato dal debitore inadempiente nel caso in cui le condizioni dell’accordo in seguito si rivelino diverse da quelle valutate al momento della prestazione della promessa⁴⁰; si ammette poi senza problemi che il promittente possa richiedere al promissario la *relaxatio iuramenti*, ovvero la liberazione dal vincolo generato dalla promessa prestata e che in caso di diniego di quest’ultimo possa chiedere l’intervento dell’autorità ecclesiastica in funzione repressiva della sua immotivata iniquità di fronte ad una situazione di riferimento mutata nei suoi aspetti fattuali; infine si riconosce la facoltà per il promittente di adire direttamente l’autorità ecclesiastica per chiedere l’*absolutio iuramenti* tramite un apposito provvedimento di *dispensatio*.

Anche in caso di violenza o lesione il contrasto tra le esigenze della coscienza e quelle della società si fanno sentire. In teoria, secondo l’insegnamento della canonistica, da un lato il soggetto promittente colpito da violenza, così come quello colpito dalla lesione, non sarebbe esentato dal dovere di adempiere⁴¹ ma dall’altro il promissario che si avvantaggerebbe della condizione di costrizione o di lesione non potrebbe comunque esigere l’adempimento della promessa perché si tratterebbe di un *turpem lucrum* e dunque

qui non iuit Corinthum, quo se iturum esse promiserat, ut dicitur II Cor. I, et hoc propter impedimenta quae supervenerant».

⁴⁰ La clausola ‘*rebus sic stantibus*’ può essere fatta risalire alla glossa s.v. oculos in cap. 25 quemadmodum, X, de iureiurando, 2, 24: «*sic patet quod iuramentum quandoque potest servari sine interitu salutis aeternae et tamen non tenetur illud servare sed hoc ideo est quia honestas intelligitur in hoc iuramento ut si resin eodem statu manserit id enim tacite agitur...*»; la clausola ‘*si mihi fidem servaveris*’ trova esplicitazione in ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, Venetiis, adud Iuntas, 1617, in cap. 3, de iureiurando, n. 4: «*quando enim duae obligationes respectivantur ad invicem, ut tibi promisi certum quid quia tu promisisti mihi aliquid aliud, et tunc si non adimpleris ex parte tua, non teneor ergo adimplere ex parte mea idem dico quando ego solus me obligavi, sed obligatio mea fuit conditionata respectu alicuius adimplendi per te, puta promisi pro te ire Romam si dederis mihi decem sed certe si non des non teneor quia obligatio mea non purificatur nisi a tempore existentis conditionis*».

⁴¹ UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in can. 2 *authoritatem*, Ca. 15, qu. 6: «*...unde generaliter dico quod si quis iurat aliquid etiam coactus, cuius observatio non sit peccatum, observandum est ut in extra sicut romana cum sit romana ad audientiam iste ergo qui coactus iurat dare sua, vel omnia vel partem, dare debet sicut iuravit et peccat mortaliter si non observat iuramentum prestitum*».

viene concessa al *promittente* una *exceptio*⁴². Se infine dal punto di vista teologico non può essere individuato alcun ulteriore requisito alla possibilità di effettuare promesse obbligatorie se non di ordine negativo, sempre più spesso anche nella canonistica viene a richiedersi la compresenza di un elemento positivo dato dalla *causa*, ovvero dalla presenza di una valida ragione sociale giustificatrice dell'impegno assunto⁴³.

3. *Le forme di tutela dal peccatum approntate dalla riflessione canonistica*

Il *peccatum* che non resti confinato nell'interiorità del soggetto ma venga esteriorizzato in comportamenti materiali non costituisce inoltre solo un *vulnus* alla salvezza del soggetto che commette la mancanza ma può ripercuotersi anche sugli altri consociati nella veste di possibile motivo di errore⁴⁴e pertanto viene ad interessare la comunità ecclesiale nel suo complesso che deve reagire per ripristinare le condizioni sociali favorevoli alla diffusione ed operatività del precetto evangelico. Quella che in termini moderni potremmo definire come l'antisocialità del comportamento tenuto non risiede però tanto nella violazione di un interesse mondano legato alla fattispecie considerata quanto piuttosto nella violazione dell'interesse collettivo della comunità dei fedeli a non essere allontanata in alcun modo dalla meta untramondana della salvezza eterna ed è questo il motivo che spiega perché il fine della Chiesa diventi quello di reprimere il fatto

⁴² GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, Venetiis, Andreas Torresanus, 1498, in can. *authoritatem*, sv. *absolvimus*: «*Dicas ego quod omne iuramentum obligat si tu obiicis mihi quod iste habet exceptionem quod metus causa, hoc bene concedo non potest tamen uti ea ratione iuramenti si tamen fuerit usus ea, bene dico quod repellit agentem, et obtinebit in iudicio non obstante iuramento peccat tamen utendo ea si ergo quis iuravit ream suam per metum alii dare petat a iudice ut cogat illum non recipere vel quod absolvat ipsum a iuramento... sed si ad hoc induci non potest, solvat, potea repetat si autem iuraverit se non repetere tunc denunciet Ecclesiae factum illius [...] si autem iuraverit quod non denuntiet, illud iuramentum non est servandum [...] quia ex praecepto ad hoc tenetur...».*

⁴³ BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretales subtilissima commentaria*, cit., in cap. Antigonus, nn. 8 e 4: «*Ecce secundum communem opinionem canonistarum et veram, ad roborandum pactum sufficit aequitas naturalis, impulsiva causa subsistente [...] Non distinguunt inter nuda et vestita, quia nec Deus nec bona conscientia distinguunt, dummodo talis causa subsistit quae esset deducibilis in stipulationem».*

⁴⁴ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 43, art. 1 ad 3: «*...nihil potest esse homini sufficiens causa peccati, quod est spiritualis ruina, nisi propria voluntas. Et ideo dicta vel facta alterius hominis possunt esse solum causa imperfecta, aliquantulum inducens ad ruinam. Et propter hoc non dicitur, dans causam ruinae, sed, dans occasionem, quod significat causam imperfectam, et non semper causam per accidens».*

concreto che alimenta lo scandalo all'interno della comunità⁴⁵. La volontà di ricomporre lo scandalo creatosi spiega anche perché la correzione del *peccatum* debba essere pubblica solo quando esso stesso sia venuto a conoscenza dei fedeli mentre debba rimanere nel privato allorchè il fatto sia rimasto occulto ai più⁴⁶ e dunque spetti alla gerarchia ecclesiale stabilire di volta in volta quali siano le più corrette modalità punitive atte a salvaguardare contemporaneamente la repressione del *peccatum* e l'impedimento della propagazione dello scandalo⁴⁷.

Non è certo possibile coartare l'*animus* del fedele per spingerlo ad aderire con la propria volontà al precetto violato tuttavia è ben possibile costringere il medesimo a tenere un comportamento sociale consono ai dettami del diritto naturale e idoneo a non nuocere ai consociati. Questo compito però può essere raggiunto solo attraverso una stretta collaborazione con le autorità secolari che divengono in qualche modo il braccio secolare del diritto naturale ed è per questo che nel periodo medievale si postula una collaborazione tra potere spirituale e secolare per raggiungere gli scopi propri di ciascuno dei due ordinamenti⁴⁸.

⁴⁵ TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 43, art. 3 c.: «*Respondeo dicendum quod, sicut supra dictum est, duplex est scandalum, activum scilicet, et passivum. Passivum quidem scandalum non potest esse speciale peccatum, quia ex dicto vel facto alterius aliquem ruere contingit secundum quodcumque genus peccati; nec hoc ipsum quod est occasio peccandi sumere ex dicto vel facto alterius specialem rationem peccati constituit, quia non importat specialem deformitatem speciali virtuti oppositam. Scandalum autem activum potest accipi dupliciter, per se scilicet, et per accidens. Per accidens quidem, quando est praeter intentionem agentis, ut puta cum aliquis suo facto vel verbo inordinato non intendit alteri dare occasionem ruinae, sed solum suae satisfacere voluntati. Et sic etiam scandalum activum non est peccatum speciale, quia quod est per accidens non constituit speciem. Per se autem est activum scandalum quando aliquis suo inordinato dicto vel facto intendit alium trahere ad peccatum. Et sic ex intentione specialis finis sortitur rationem specialis peccati, finis enim dat speciem in moralibus, ut supra dictum est. Unde sicut furtum est speciale peccatum, aut homicidium, propter speciale nocumentum proximi quod intenditur; ita etiam scandalum est speciale peccatum, propter hoc quod intenditur speciale proximi nocumentum. Et opponitur directe correctioni fraternae, in qua attenditur specialis nocumenti remotio».*

⁴⁶ GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, cit., cap. peccaverit, c. 19, Ca. 2, qu. 1: «*quae peccantur secretius corripiantur secretius... ipsa corripienda sunt coram omnibus quae peccantur coram omnibus ipsa corripienda sunt secretius quae peccantur secretius ubi contingit malum ibi moriatur».*

⁴⁷ Cfr. FEDELE P., *Considerazioni sull'efficacia*, cit., pp. 149-152; BELLINI P., *L'obbligazione da promessa*, cit., pp. 154 ss.

⁴⁸ Cfr. STICKLER A. M., *Sacerdozio e regno nelle nuove ricerche attorno ai secoli XII e XIII nei Decretisti e Decretalisti fino alle Decretali di Gregorio IX*, in *Miscellanea Historicae Pontificiae*, vol. XVIII, Roma, 1954, pp. 1-26; ARQUILLIERE, *L'Augustinisme politique: essai sur la formation des théories politiques du Moyen Age*, Paris, Vrin, 2, 1955. Il principio viene elaborato da Ambrogio e da Agostino e viene per la prima volta enunciato in atti ufficiali dal pontefice Leone Magno nella “*Epistula ad Leonem Augustum*”, in P.L. t. 54, col. 1129: «*...debes incunctanter advertere regiam potestatem tibi non ad solum mundi regimen sed maxime ad Ecclesiae praesidium esse collatam...*». L'espressione più compiuta del principio in ambito

Il compito di far rispettare la regola teologica da parte del singolo soggetto che ne è destinatario è affidato naturalmente in primo luogo alla gerarchia ecclesiastica ma è proprio anche di ciascun fedele della comunità il quale deve vigilare sui pericoli in cui può incorrere l'anima del proprio prossimo sino al punto di sollecitare l'intervento preventivo del mondo ecclesiastico⁴⁹. Nella maggior parte dei casi però l'intervento esterno si avrà dopo che il soggetto abbia mancato di adempiere al proprio impegno e dunque più che prevenire il *peccatum* ha la funzione di cercare di ricondurre il fedele al pentimento tramite la comminatoria di una *poenitentia*. Qualora il *peccatum* rimanga nella sfera delle intenzioni non manifeste del fedele la questione rimane confinata alla sfera della confessione personale in quanto il soggetto ha mancato nei confronti di Dio ma non della comunità dei fedeli; qualora invece il *peccatum* venga a conoscenza almeno di un altro consociato, (per esempio del promissario) possono trovare applicazione gli istituti della *'corruptio fraterna'* e della *'denunciatio evangelica'* in forma privata o pubblica che cercano di contemperare le esigenze del peccatore e quelle della comunità dei fedeli nel suo complesso⁵⁰.

Qualora il peccato venga ad avere una notorietà tale da creare un pericolo per la comunità tutta dei fedeli l'ordinamento ecclesiale si fa anche carico del compito di sanzionare e reprimere il *peccatum* per ripristinare la quiete all'interno della società; a seguito delle misure messe in campo, il singolo peccatore può tramite la *contritio* raggiungere il pentimento ma questo da solo non elimina le conseguenze che si sono prodotte nella comunità ecclesiale e dunque c'è bisogno che il penitente garantisca una

canonistico si ha in OSTIENSE, *Aurea Summa*, ad Candentis Salamandrae Insignae, Venetiis, 1570, IV, tit. 17 qui filii sint legitimi, n. 9: «...sicut sol illuminat mundum per lunam, quando per se non potest, scilicet de nocte, sic sacerdotalis dignitas clarificat mundum per regalem, quando non per se potest, scilicet ubi agitur de vindicta sanguinis».

⁴⁹ SUMMA PARIENSIS, ed. Mc Laughlin, Toronto, Pontifical Institute of Mediaeval Studies, 1952, in Ca. 22, qu. 5, dict. p.c. 7 s.vv., anima quae audierit: «...quoniam peccat qui audit aliquem iurare et tacet et sciat eum falsum esse iuramentum. Debet itaque eum praemonere et quantum potest a iuratione retrahere. Sed si ab incepto nolit desistere sacerdoti debet ostendere qui ei consulendo et orando prodesse potest, et sic animam suam liberabit».

⁵⁰ TOMMASO D'AQUINO, *Quaestiones disputatae, De correctione fraterna*, Roma, Editori di San Tommaso, 1972, art. 2, ad. 2: «Quidam sic intellexerunt ordinem correctionis fraternae esse servandum, ut primo frater sit in secreto corripiendus; et si audierit, bene quidem; si autem non audierit, dicebant esse distinguendum: quia aut est omnino occultum, et tunc non est procedendum ulterius; aut incipit iam ad plerumque notitiam pervenire, et tunc debet ulterius procedi, secundum quod Dominus mandat [...] Hoc igitur ordine Dominus voluit correctionem fraternam fieri, ut primo quidem, si possibile sit, ita provideatur conscientiae quod in nullo fama laedatur; et hoc per secretam admonitionem. Deinde, quia conscientia est famae praeferenda, si aliter frater emendari non potest quam cum dispendio famae, finaliter ordinavit Dominus ut publice denunciatur, ut obiurgatio, quae fit a pluribus, ei sit remedium salutare».

determinata *satisfatio* proporzionata all’entità del suo peccato⁵¹. Qualora queste misure ecclesiastiche messe in atto non sortiscano gli effetti desiderati, che consistono nel ravvedimento interiore del peccatore e nel ripristino della quiete nella vita della comunità, non rimane che irrogare delle vere e proprie pene spirituali per evitare il propagarsi del peccato all’interno della società.

Si può facilmente evincere dal quadro tratteggiato come in questa fase la repressione del peccato costituisca ancora un’opera di giustizia animata dall’amore per Dio e per il prossimo, posta in essere allo scopo di prevenire il diffondersi del male ed edificare gli spiriti dei fedeli⁵². La funzione vendicativa nei confronti del peccatore diviene invece preminente nella figura della c.d. ‘*accusatio*’, istituto di derivazione romana assorbito e modificato in ambiente canonico⁵³ con la quale non si chiede solo che il peccatore faccia ammenda ma si pretende anche la punizione del peccato tramite la penitenza o l’irrogazione di una pena nei confronti del soggetto responsabile⁵⁴.

La forma di tutela costituita dalla *correptio-denunciatio* risulta un istituto creato e adattato dal diritto canonico per soddisfare sia le esigenze del foro interno del peccatore sia quelle del foro esterno riguardante gli altri consociati e pertanto vanno rigettate le opinioni di coloro che ne negano la giuridicità in quanto strumento di carattere soltanto

⁵¹ SUMMA PARISIENSIS, cit., in Ca. 26, qu. 6, pr.: «*Possumus ita questionem istam determinare sicut eam determinat Gratianus, quod reconciliatio alia publica, alia privata. Reconciliatio publica quando publici poenitentes publicae ante fores ecclesiae per manus episcopalis impositionem reconciliantur ista episcopis conceditur, praesbyteris prohibita privata reconciliatio est quando de occultis peccatis poenitentia a sacerdote iubetur et sic poenitentes ad gratiam reconciliationis accedunt ista praesbyteris conceditur*».

⁵² TOMMASO D’AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 33, art. 1 c.: «*Peccatum autem alicuius dupliciter considerari potest, uno quidem modo, in quantum est nocivum ei qui peccat; alio modo, in quantum vergit in nocumentum aliorum, qui ex eius peccato laeduntur vel scandalizantur; et etiam in quantum est in nocumentum boni communis, cuius iustitia per peccatum hominis perturbatur. Duplex ergo est correctio delinquentis. Una quidem quae adhibet remedium peccato in quantum est quoddam malum ipsius peccantis, et ista est proprie fraterna correctio, quae ordinatur ad emendationem delinquentis. [...] Unde etiam correctio fraterna est actus caritatis, quia per eam repellimus malum fratris, scilicet peccatum [...] Unde correctio fraterna magis est actus caritatis quam curatio infirmitatis corporalis, vel subventio qua excluditur exterior egestas. Alia vero correctio est quae adhibet remedium peccati delinquentis secundum quod est in malum aliorum, et etiam praecipue in nocumentum communis boni. Et talis correctio est actus iustitiae, cuius est conservare rectitudinem iustitiae unius ad alium*».

⁵³ L’istituto è ampiamente documentato del *Decretum* di Graziano e numerosi sono i passi che ad esso fanno riferimento tra i più importanti dei quali ricordiamo: Ca. 2, qu. 7 e 8; Ca. 3, qu. 4, 5, 9, 10, 11; Ca. 4, qu. 1, 4, 5, 6; Ca. 15, qu. 3.

⁵⁴ Cfr. FOURNIER P., *Les officialites au moyen age: étude sur l’organisation, la compétence et la procédure des tribunaux ecclésiastiques ordinaires en France, de 1180 à 1328*, Paris, E. Plon et cie, 1880; MARX J.P., *De denunciatione iuris canonici*, Schafhouse, 1895; HINSCHIUS P., *System des katholischen Kirchenrechts*, Berlin, Guttentag, 1895.

etico-morale⁵⁵ in quanto la sua funzione risulta in via primaria quella di reprimere il peccato come costituente un vero e proprio fatto illecito da cui ne potrebbero derivare altri. Il soggetto denunciante è tenuto ad attivarsi per un dovere di carità verso il prossimo che vede versare nel peccato⁵⁶ e possibilmente non provare sentimenti di rabbia o acrimonia nei confronti del soggetto che verosimilmente lo ha in qualche modo danneggiato⁵⁷ e questo perché ogni considerazione circa l'interesse materiale leso dal peccato rimane teoricamente esclusa e ogni interesse si rivolge alla cura delle anime dei fedeli minacciate. Dato però che accertare i sentimenti appartenenti all'interiorità del soggetto denunciante risulterebbe praticamente impossibile, la canonistica accoglie di presumere la buona fede di chi denuncia salvo per alcune ipotesi espressamente previste⁵⁸, non prescrive l'utilizzo di forme particolari e ammette che il ricorso a questo strumento possa concorrere con altri rimedi dell'ordinamento civile secolare previsti a tutela della sfera patrimoniale in quanto i rimedi dei due ordinamenti sono volti a perseguire finalità teoricamente differenti e possono correre paralleli senza alcuna difficoltà.

4. Il riconoscimento dell'efficacia obbligatoria della nuda promissio in ambito canonistico

L'obbligazione giuridica che sorge dalla *promissio* trova dunque le sue radici ed il suo fondamento ultimo nel diritto divino naturale, sistema di principi che vale nei confronti

⁵⁵ Esprimono questa idea di fondo alcuni degli studi più importanti sul punto: ROUSSIER J., *Le fondement de l'obligation contractuelle*, cit., p. 97 ss.; SPIES F., *De l'observation des simples conventions*, cit., p. 67 ss.; FEDELE P., *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi*, cit., p. 164 ss. Si esprime in senso contrario a questi autori BELLINI P., *L'obbligazione da promessa*, cit., p. 231 ss.

⁵⁶ GRATIANUS, *Decretum Magistri Gratiani*, cit., can. 3, Ca. 5, qu. 5, d.p.: «*ex his verbis datur intellegi, quod magis confert utilitati fraternae, qui crimen accusando, vel indicando prosequitur, quam qui celando fovere nititur*».

⁵⁷ TOMMASO D'AQUINO, *Quaestiones quodlibetales*, Torino, Marietti, 1949, Quodlibet XI, qu. 10, art. 2: «*...ideo tenendum est pro regula quod in omnibus istis semper servanda est charitas et quod melius et magis expedire videtur: et si hoc intendat, scilicet emendam proximi, et servet quantum potest bonum charitatis, tunc denunciando non peccat; si vero denunciaret cuicumque personae hoc ex malitia, et ut proximus confundatur vel deprimatur, tunc denunciatus sive accusans peccat mortaliter*».

⁵⁸ GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, cit., in can. 50 si quis episcopus, Ca. 2, qu. 7: «*nota quod qui accusat praesumitur bono zelo accusare, accusatio enim ex charitate debet provenire [...] et qui accusat publicae salutis custodiam gerit*».

di tutti i sistemi giuridici temporali ma che al contempo necessita di essere reso cogente attraverso l'*officium* del sovrano che dal punto di vista normativo ne trasfonde le prescrizioni nel proprio diritto positivo e dal punto di vista giurisdizionale lo utilizza come metro per valutare i comportamenti dei singoli. Al sovrano legislatore è quindi demandata anche l'identificazione degli strumenti procedurali più idonei per tutelare le pretese riconosciute dall'*aequitas* anche attraverso, se necessario, la loro realizzazione coattiva⁵⁹. Nell'attuazione di tali principi però gli ordinamenti subordinati possono presentare delle discrasie con quanto previsto dal diritto naturale soprattutto qualora venga in considerazione il diritto civile; se infatti il diritto canonico viene considerato come immediata realizzazione di istanze appartenenti al diritto divino rivelato e naturale⁶⁰, altrettanto non si può dire per il diritto civile intriso di romanità e talvolta prono alle esigenze politiche contingenti della comunità.

La dottrina civilistica medievale in materia di obbligazioni civili e naturali di fatto si distacca dalla concezione romana delle medesime per far proprie quelle della canonistica e finisce per ritenere davvero perfette solo le c.d. *obligationes mixtae* ovvero quelle che sono sorrette tanto dalle ragioni del diritto naturale, tanto da quelle del diritto temporale positivo. Al contempo la canonistica finisce per ritenere già perfetta l'obbligazione naturale perché discende dal piano del diritto divino a prescindere da qualsivoglia sovrapposizione o interferenza di considerazioni proprie del diritto civile.

Questa diversa concezione dell'efficacia obbligatoria della promessa elaborata dai giuristi canonisti si ripercuote naturalmente anche sul paradigma del *pactum* che può anche essere privo del *vestmentum* in quanto è costituito da promesse reciproche che, per il fatto stesso di creare delle *obligationes naturales*, creano automaticamente anche delle *obligationes canonicae* direttamente azionabili all'interno dell'ordinamento canonico

⁵⁹ L'Aquinate si premura infatti di precisare in TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 88 art. 3 ad 1: «*Ad primum ergo dicendum quod secundum honestatem ex qualibet promissione homo homini obligatur, et haec est obligatio iuris naturalis. Sed ad hoc quod aliquis obligetur ex aliqua promissione obligatione civili, quaedam alia requiruntur*».

⁶⁰ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, Venetiis, 1581, in cap. 30 nimis de jure, X, de iureiurando, 2, 24, n. 1: «*divino id est ecclesiastico sive canonico et sic patet quod ius canonicum est divinum [...] nam et a divinis scripturis tractum est [...] et quid iuris promulgat papa, deus, cuius vicarius est, intelligitur promulgare [...] et qui ei dedit potestatem interpretandi etiam divinas scripturas [...] unde et interpretationi suae potius standum est circa solutionem decimarum integram et alia dubia quam magistrorum [...] sed idem videtur posse dici de iure civili nam et leges sunt per ora principum divinitus promulgatae [...] sed non obstat quia largo modo hoc verum est porro stricto modo et proprie loquendo de solo papa hoc verum est et quia nec imperator sicut papa Christi vicarius est generalis*».

positivo. L'unica condizione che progressivamente viene ad enuclearsi perché l'obbligazione creatasi sia tutelabile tramite il ricorso ad una *actio* è che essa non si risolva in una semplice obbligazione di coscienza ma sia accompagnata da una *causa promissionis* che ne avvalli la rilevanza sociale⁶¹. Per l'ordinamento canonico la giuridicità dell'obbligo nasce nel sistema del diritto divino naturale di cui quello canonistico non è che il riflesso e lo strumento di attuazione nel mondo contingente e dunque risulta normale garantire con la piena tutelabilità attraverso un'azione processuale l'*obligatio naturalis*. L'azionabilità della *nuda promissio* deriva dall'*aequitas canonica* che si ritiene coincida con quella propria del diritto naturale e che è contenuta in *Lege et Evangelio* ma nella ricerca del mezzo procedurale più idoneo per soddisfare le esigenze di tutela si fa sentire profondamente l'influsso delle elaborazioni che nello stesso periodo si stavano sviluppando nel mondo giuridico dei civilisti.

In un primo momento la tutela della *nuda promissio* viene garantita tramite lo strumento della '*postulatio officii iudicis*' teorizzata da Ugucione da Pisa che di fatto viene a costituire uno strumento onnicomprensivo e straordinario dai confini incerti⁶² per tutelare le pretese fondate sull'equità che non possono essere tutelate in altro modo in quanto non assistite da una apposita azione⁶³. Mano a mano che l'esigenza di tutelare le

⁶¹ BALDO DEGLI UBALDI, *Praelectiones in codicem*, in tit. de iuris et facti ignorantia, n. 17 (C. 1, 18, 20): «*ex pacto nudo, quod habet in se aequitatem praestationis, oritur de iure canonico naturalis et canonica obligatio; et per consequens actio*»; OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. Antigonus, super verbo ecclesiasticam: «*legistae dicunt quod ex nudo pacto nulla oritur actio sed dicamus, sicut et ipsi dicunt, quod naturalis obligatio inde nascitur, ex qua secundum canones dabimus actionem*».

⁶² AZZONE, *Summa Institutiones*, cit., IV, 17, de officiis iudicis: «*...nec enim possunt enumerari singula unde et dicitur latissimum...*»; BALDO DEGLI UBALDI, *Decretales subtilissima commentaria*, cit., in cap. 36 bonae memoriae, X, de elect., 1, 6, n. 23: «*istud officium iudicis naturalem intellectum habet: quia non debet quis locupletari cum aliena iactura*».

⁶³ Secondo Esmein il giudice ecclesiastico poteva liberamente valutare e accogliere la domanda proposta da una delle parti mentre il Roussier rimane convinto che i canonisti permettessero l'operatività del rimedio solo in casi previsti dalla legge. Bellini sottolinea invece giustamente come il modo di ragionare del sistema canonistico fosse alquanto diverso da quello dei moderni ordinamenti secolarizzati in quanto, derivando direttamente dal diritto divino naturale, considerava il giudice come un vero e proprio strumento della volontà divina superiore che non solo aveva il compito di dichiarare ma in certi casi persino di ricercare al di là del freddo testo tramandato. Per approfondire questi temi attinenti alla *iusdictio* ecclesiastica cfr. CALASSO F., *Iurisdictio nel diritto comune classico*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, Milano, 1953, p. 436 ss. Fedele ritiene che l'*aequitas naturale* che dà fondamento alla *postulatio* abbia valore di vera e propria fonte del diritto in quanto promanante dalla stessa volontà divina e che abbia una strettissima connessione con la questione della salvezza dell'anima del peccatore. L'autore però sembra però derivare da questa constatazione l'equiparazione del fondamento portante tanto della *imploratio officii iudicis loco actionis*, che è volta a

promesse nude e quella di ridurre l'arbitrio demandato al giudice nel valutare la *postulatio* si fanno più stringenti, la dottrina canonistica sviluppa l'idea di affidare la tutela di tali situazioni allo strumento rappresentato dall'*actio in factum* che trova anch'essa il proprio fondamento nell'*aequitas*, non è ancora allo stadio di una vera e propria azione tipica ma ne condivide caratteristiche ed effetti⁶⁴. La forma di tutela viene modificata ulteriormente col passare del tempo e il maturare della riflessione quando la tutela processuale trova un appiglio testuale specifico nella '*conditio ex canone iuramenti*'⁶⁵ e sfocia infine nella concessione di una generale '*actio ex canone*' che sostituisce progressivamente la precedente, pervenendo così al risultato di configurare l'azionabilità diretta dell'obbligazione naturale che sorge da una promessa senza che sia necessaria una specifica azione tipica e nemmeno la corrispondente *edictio actionis*. L'enunciazione definitiva del nuovo principio canonistico «*ex nuda promissione oritur actio*» si ha così ad inizio XIII secolo con la “*Glossa Palatina*” e quella di Giovanni Teutonico che costituiscono l'esito ultimo di una lunga elaborazione dottrinarica⁶⁶. Quest'ultimo giurista parte dalla considerazione secondo cui sono evidenti le prove testuali dell'esistenza di un principio in forza del quale le promesse semplici devono ricevere una tutela per l'ordinamento canonico e costruisce la *conditio ex canone Iuramenti* intorno alla previsione contenuta in C. 22, q. 5, c. 12 perché risulta assente uno specifico rimedio processuale per sanzionare l'obbligatorietà della promessa⁶⁷.

soddisfare in via preminente l'aspetto dei rapporti patrimoniali intersoggettivi, quanto della *imploratio officii iudicis per modum denunciationis*, volta a reprimere il peccato del singolo fedele, circostanza che appare alquanto dubbia al Bellini.

⁶⁴ Si deve intendere in questo senso il celebre passo contenuto in UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in can. quicumque suffragio, can. 66, Ca. 12, qu. 2: «*quicumque: praelati eorum, suffragio: in facto vel auxilio vel consilio, promiserint: etiam nudis verbis, oportebit absolvere: licet stipulatio non intervenerit obligatur enim nuda promissione saltem et si non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum [...] peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum tamen licet nulla sollemnitas intervenerit nam quoad observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem [...] sive ergo interveniat stipulatio sive non promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum si potest [...] sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio? Sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat ad solvendum promissum...».*

⁶⁵ Contenuta nell'omonimo canone *iuramenti* della *quaestio* 5 della *Causa* 22.

⁶⁶ L'elaborazione che si era costruita progressivamente a partire dai celebri canoni *iuramenti*, *quicumque suffragio* e *quia Iohannes* viene completata dalle considerazioni che vengono fatte nel cap. *Antigonus* inserito nel titolo *de pactis* del “*Breviarium Extravagantium*”.

⁶⁷ GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, cit., «Promiserint», ad C.12, q.2, c.66, in *Corpus Iuris Canonici*, part. 1, col. 1345: «*Videtur quod aliquis obligetur nudis verbis, licet non intercessit stipulatio [...] quod*

Da un punto di vista teorico l'ordinamento canonistico e quello civile hanno sfere di applicabilità diverse stabilite dalla volontà divina che assegna ad essi finalità parallele che devono portare al rispetto dei rispettivi campi di operatività⁶⁸. La materia degli accordi tra privati non deve tuttavia considerarsi estranea all'ordinamento canonico perché attiene a rapporti di ordine patrimoniale riguardanti aspetti della vita mondana in quanto l'ordinamento della Chiesa in verità si occupa di ogni comportamento umano che possa avere una rilevanza morale; molto più semplicemente il fulcro dell'interesse di questo ordinamento non è la patrimonialità della prestazione in sé e per sé considerata ma le ripercussioni che dal peccato del soggetto di riverberano su lui stesso e sulla comunità nel suo complesso⁶⁹. Nonostante questi assunti solitamente i canonisti parlano di obbligazione e azione canoniche riferendosi agli interessi di ordine temporale ad esse riconducibili in un modo che a prima vista sembrerebbe configurare questioni estranee all'ordinamento in questione; la verità è che queste forme di tutela non costituiscono tanto l'integrazione del contenuto normativo del sistema sotto il profilo teologico, quanto piuttosto una vera e propria integrazione e correzione dell'ordinamento secolare nelle sue proprie competenze perché il medesimo, raffrontato ai supremi principi di diritto naturale, risulta incompleto e carente e perciò consente l'applicabilità del principio *«lex cedit canoni ubi est ei contraria»* ad un settore in apparenza completamente secolarizzato quale quello della composizione dei conflitti di interessi tra privati di ordine patrimoniale a seguito di un accordo intercorso tra le parti⁷⁰.

verum est et potest dici quod competit actio ex nuda promissione, scilicet condictio ex canone illo infra 22, q. 2 Iuramenti».

⁶⁸ TOMMASO D'AQUINO, *Commentum in quatuor libros sententiarum*, Parmae, typis Petri Fiaccadori, 1856, in II Sententiae, dist. 44, exp. text. ad. 4: *«Potestas spiritualis et saecularis utraque deducitur a potestate divina et ideo in tantum saecularis potestas est sub spirituali in quantum est ei a Deo supposita, scilicet in his quae ad salutem animae pertinent; et ideo in his magis est oboediendum potestati spirituali, quam saeculari in his autem, quae ad bonum civile pertinent, est magis oboediendum potestati saeculari quam spirituali secundum illud Matthaei 22,21...».*

⁶⁹ BALDO DEGLI UBALDI, *In primum secundum et tertium Codicis praelectiones*, Lugduni, 1561, de pactis, c. pacta quae contra, n. 1: *«...de iure canonico non reputantur esse contra bonos mores aliqua pacta nisi quae inducunt homines ad peccandum: licet de iure civili intelligantur esse contra bonos mores quaedam alia pacta...».*

⁷⁰ BELLINI P., *L'obbligazione da promessa*, cit., pp. 294-311 distingue tra uno *ius canonicum in spiritualibus* ed uno *ius canonicum in temporalibus* a seconda di quale sia l'ambito e lo scopo che la normativa ecclesiastica va ad interessare.

5. *I rapporti tra ordinamento ecclesiastico e civile nell'applicazione del principio della nuda promissio vincolante*

Il punto nodale diviene allora quello della corretta valutazione dei rapporti che intercorrono tra la *potestas* temporale dell'Impero e quella spirituale della Chiesa. Sin dall'epoca gregoriana la parte più importante dei canonisti aderisce al principio che vede nel Pontefice l'intermediario con Dio in posizione superordinata all'Imperatore⁷¹, mentre la maggior parte dei civilisti e una parte comunque non irrilevante dei curialisti aderisce all'impostazione gelasiana che vede in posizione apicale la figura di Dio da cui derivano in posizione di parità le due supreme *potestates* dell'Imperatore e del Pontefice⁷².

La comunità giuridica medievale non ha alcun problema a riconoscere al Pontefice la facoltà di derogare con la disciplina canonistica le leggi civili in vigore nei territori sottoposti al diretto governo da parte della Chiesa perché in questo caso il Papa non si comporta in altro modo che utilizzando facoltà proprie di un qualsiasi sovrano temporale⁷³ ma con in aggiunta la preoccupazione principale di uniformare il più possibile il proprio ordinamento alle finalità ultime ultramondane della Chiesa⁷⁴; in considerazione di quanto detto la gerarchia delle fonti in questi territori si dipana dai principi di diritto divino positivo e naturale alle disposizioni del diritto canonico per

⁷¹ GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, cit., in cap. 7 causam, X, qui filii sint legitimi, 4, 17, s. vers. ad regem: «...sed Alan. Et Tancre. Dixerunt quod Imperator licet Imperium a solo Deo dicatur processisse executionem gladii temporalis recipit ab ecclesia ecclesia nam est unum corpus: ergo unum solum caput debet habere...»; OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in can. 5 cum secundum, X, de secundis nuptiis, 4, 21, n. 3: «Apostolus tamen et Apostolicus superior est, ergo constitutio sua, tamquam a superiore facta, tolleret primam».

⁷² Per la civilistica si veda l'opinione di CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem*, Venetiis, Andreas Torresanus, 1493, in auth. cassa, de episcopo et clero, 1, 3: «...cum papa et imperator aequae principaliter sunt instituti a Deo, statutum unius non tolli per statutum alterius»; il sostenitore più illustre della concezione dualistica in ambiente canonistico è certamente Uguccione da Pisa, si veda infatti GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, cit., s. vv. ad regem, in cap. 7 ad causam, X, qui filii sint legitimi, 4, 17: «...Hug. dixit quod imperator a solo Deo habet potestatem in temporalibus papa vero in spiritualibus et sic divisa est iurisdictio...».

⁷³ BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalia subtilissima commentaria*, cit., in cap. 20 quoniam, X, de praescriptionibus, 2, 26, n. 8: «ego quaero nunquid Imperator possit facere statutum, quod malae fidei possessor praescribat? Quidam dicunt quod sic in suo foro quia licet non possit tollere ius naturale, potest tollere effectus eius sed non in foro ecclesiae [...] et idem possunt civitates, quae habent fiscalia seu regalia quia in suo territorio vice principis funguntur [...] item potest hoc papa in suo territorio».

⁷⁴ ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. 5 vigilanti, X, de praescriptionibus, 2, 26: «ius canonicum etiam quatenus disponit in foro contentioso, semper tendit in salutem animae [...] nam finis iuris canonici est dirigere hominem ad bonum commune, secundum quod congruit humanae societati, non solum civiliter viventi, sed secundum finem in Deum tenendo et vitam aliam expectando...».

terminare con le norme di diritto romano divenute legge secolare della Chiesa attraverso la loro canonizzazione⁷⁵.

Le criticità maggiori sorgono invece quando si prende in considerazione la sussistenza o meno di un generale potere correttivo ed integrativo del diritto canonico nei confronti del diritto positivo secolare nei territori sottoposti al governo di altri principi e nei quali il ruolo del Pontefice dovrebbe in generale essere limitato alla sfera delle questioni spirituali dei fedeli⁷⁶. Qualora in queste circostanze la fattispecie considerata sia da ricondurre all'interno di quelle materie assistite dal privilegio nei confronti del foro ecclesiastico⁷⁷ si può riscontrare una situazione normativa del tutto analoga a quella esaminata per i territori sotto la diretta dominazione pontificia in quanto il foro ecclesiastico viene ad essere considerato come una proiezione territoriale del dominio pontificio⁷⁸; in questo modo il corpo ecclesiastico viene sottratto alla giurisdizione temporale e conseguentemente anche al tipo di normativa che dovrebbe essergli applicata⁷⁹ per affidarlo in tutto alle fonti normative riconosciute dall'ordinamento ecclesiale organizzate nella gerarchia da questo riconosciuta.

La questione del rapporto tra giurisdizioni e del complesso normativo applicabile si complica ulteriormente se si considera che per tutti i secoli medievali è viva la tendenza a voler espandere la sfera di competenza del foro ecclesiastico in tutti i territori appartenenti alla *res publica christiana* da parte della gerarchia ecclesiastica; molto attivo su questo fronte si rivela essere Papa Innocenzo III il quale emana una serie di decretali di

⁷⁵ Si esprime in termini chiarissimi in materia di applicazione ed interpretazione della normativa sui patti nudi ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. 6, dilecti filii, X, de iudicis, 2, 1, nn. 9 e 10: «...nota archiepiscopum non posse committere causam tractanda secundum rigorem et subtilitatem permitiosam iuris civilis, reiecta aequitate canonica [...] nota secundo non valere statutum episcopi vel archiepiscopi, disponens causam tractandam contra aequitatem et benignitatem canonicam et sic non valeret statutum disponens ut ex pacto nudo non possit agi et regulariter concludo quod non valet statutum contra ius canonicum et eius aequitatem...».

⁷⁶ Cfr. SICILIANO DI VILLANUEVA L., *Leggi e canoni in materia di diritto privato secondo i principali canonisti e legisti del secolo XIII*, in *Studi V. Scjalioia*, II, Milano, 1905, p. 36 ss.; CALISSE C., *Il diritto comune con riguardo speciale agli Stati della Chiesa*, in *Studi Besta*, II, Torino, 1905.

⁷⁷ SUMMA PARISIENSIS, cit., in can. 1, dist. 10, s.v. leges: «*Causae dicuntur ecclesiasticae ex re quando agitur de re ecclesiastica, vel persona, quando tractat clericos dicitur etiam ecclesiastica, de qua ecclesia habet constituere et definire, ut sunt de quibus in conciliis et in synodis, ut sunt de sacramentis ecclesiae, ad quae omnia non habent locum leges scilicet constitutiones similiter si tractatur de symoniaca persona...*».

⁷⁸ BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalia subtilissima commentaria*, cit., in cap. 1 canonum, X, de constitutionibus, 1, 2: «...forum parvum territorium ad instar territorii regitur...».

⁷⁹ GIOVANNI TEUTONICO, *Glossa ordinaria*, cit., in can. 1 lege, dist. 10, s.v. ecclesiam: «*ecclesia non astringitur mundanis legibus [...] nec etiam de rebus ecclesiasticis potest imperator leges condere [...] nisi hoc ecclesia petat [...] et nisi in ecclesia privilegium statuatur aliquid...*».

particolare interesse che riverberano il loro contenuto anche in materia di accordi negoziali tra privati. La decretale c.d. ‘*per venerabilem*’⁸⁰ estende il foro ecclesiastico non solo al patrimonio ecclesiastico ma anche alle questioni temporali in qualche modo collegate, anche solo casualmente, a queste nonché alle questioni che si rivelino troppo difficili o di carattere ambiguo; le decretali c.d. ‘*licet ex suscepto*’ e ‘*ex tenore literarum*’⁸¹ invece, unendosi alla precedente decretale c.d. ‘*ex transmissa nobis*’ (cap. 6, X, 2, 2) fondano il potere della giurisdizione ecclesiastica non solo di costringere il giudice civile che risulti negligente a rendere giustizia nel caso ad esso sottoposto ma anche quella di sostituirsi ad esso in tutti quei casi in cui sussista una necessità di diritto o di fatto che consiglia l’intervento canonico⁸². Si comprende immediatamente come la facoltà di rilevare un difetto da parte del giudice secolare nel rendere giustizia sul caso a lui sottoposto costituisca di fatto un grimaldello in grado potenzialmente di andare a scardinare dall’esterno l’intero impianto civilistico edificato facendo crescere esponenzialmente gli ambiti di giurisdizione del giudice ecclesiastico il quale viene così ad applicare il diritto canonico anche a questioni squisitamente di carattere mondano dirette alla regolamentazione di interessi privati nei confronti delle quali si comporta come un vero e proprio giurice secolare⁸³.

La canonistica è consapevole che ampliare il novero degli interventi della normativa ecclesiastica in settori compiutamente secolarizzati comporta il rischio di mettere in seria difficoltà il sistema di stampo gelasiano delle due diverse *potestates* che si è venuto

⁸⁰ Inserita al cap. 13 del titolo qui filii sint legitimi, 4, 17 delle Decretali di Gregorio IX.

⁸¹ Inserirte rispettivamente ai cap. 10 e 11 del titolo de foro competenti, 2, 2 delle Decretali di Gregorio IX.

⁸² SINIBALDO DE FIESCHI, *Apparatus in quinque libros decretalium*, Mediolani, per Johannem Angelum Scinzenzeler, 1508, in cap. licet ex suscepto, n. 4: «*licet in multa distincta sint officia et regimina mundi, tamen quandoque necesse est ad papam recurrendum est sive sit necessitatis iuris: quia iudex dubius est, qui sententiam de iure proferre debeat vel necessitas facti: quia alius non sit iudex superior sive facti: puta quia de facto minores iudices non possunt suas sententias exequi vel nolunt ut debent iustitiam exercere*».

⁸³ UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in cap. 29 te quidem, Ca. 11, qu. 1, super verbis secularium negotiorum: «*id est que tractantur inter seculares id est laicos nam secularia negotia id est que tractantur inter clericos de rebus secularibus licite episcopi tractant et diffiniunt [...] non prohibet quod episcopus non possit tractare causas laicorum si habet iurisdictionem temporalem super eos [...] item non prohibet quod episcopus non possit inter laicos amicabiliter componere et pacem inter eos firmare immo ad hoc tenetur quilibet episcopus [...] hoc enim esset prohibere opera pietatis sed prohibet ne preter necessitatem episcopus tractet ordinem iuris causas laicorum que tractanda sunt a iudice seculari potest ergo episcopus quandoque tractare causas tales sed dicitur quod principaliter non ordinatur ad hoc*».

progressivamente affermando come dominante⁸⁴ e tali sono le preoccupazioni per la coerenza sistematica di tutto il sistema che persino i canonisti dalle più spiccate tendenze ierocratiche e che aderiscono alla teoria della superiorità del Pontefice rispetto all'Imperatore⁸⁵ evitano prese di posizioni troppo nette che possano portare di fatto ad esaurire l'autorità della legge romana⁸⁶. Anche questi ultimi giuristi cercano piuttosto di confrontarsi con i testi legislativi romani adottando varie tecniche per portarli a concordare con l'opinione canonistica; talvolta tentano di far penetrare un principio canonistico attraverso una interpretazione estensiva della normativa romana o di dedurre l'avvenuta abrogazione della legge secolare contrastante, talaltra cercano di incentivare l'adesione dei civilisti alle soluzioni da essi proposte o di spingere giudici e legislatori ad armonizzare le differenze tra i due sistemi normativi alla base dello *ius commune*.

La costruzione canonistica della teoria secondo cui sussisterebbe un potere di correzione dello *ius civile* da parte della normativa ecclesiastica è particolarmente interessante. Essa muove ancora una volta dal presupposto che sussista un pericolo per l'anima dell'uomo dovuto alla presenza di un peccato ma ribalta la preoccupazione sul legislatore ed i giudici stessi nonché sui consociati che possono essere tratti in errore dalle iniquità delle norme ed essere a loro volta indotti al peccato in seno alla comunità⁸⁷. Il potere correttivo della normativa ecclesiastica inoltre si può esercitare solo qualora le norme secolari siano contrarie alla razionalità divina e non quando si

⁸⁴ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. 7, X, 4, 17, qui filii sint legitimi, super verbis ad regem: «...Hugo dixit quod papa habet potestatem a Deo quo ad spiritualia solus imperator habet potestatem a Deo solus quo ad temporalia nec subest in eis papae gladius tamen accipit ab altari [...] et ante fuit imperium, quam apostolatus et secundum hanc opinionem iurisdictiones divisae sunt et distinctae et sunt duo vicarii Dei in terris unus in spiritualibus, alius in temporalibus...».

⁸⁵ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. 7, X, 4, 17, qui filii sint legitimi, super verbis ad regem: «...Alanus et Tancredus contra et dicunt quod licet imperium a Deo processerit, tamen executionem gladii habet imperator ab ecclesia et ecclesia una et unum corpus est [...] unde et unus tantum vicarius est nec habebit unum corpus duo capita quasi monstrum [...] et dominus utroque gladio usus est [...] et Moyses et papa approbat et reprobatur imperatorem et ei manum imponit».

⁸⁶ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. 7, X, 4, 17, qui filii sint legitimi, super verbis ad regem: «...et patet hic quod iurisdictionis temporalis et spiritualis distincta est, et divisa una ab alia nec habet se intrinsece saecularis de spiritualibus nec spiritualis iudex de saecularibus [...] nam si dicis quod papa a Deo potestatem habet [...] propterea Deus de coelo constituit [...] unde Deus misit ipsum legem animatam in terris [...] et sic papa non habet utramque iurisdictionem...».

⁸⁷ BALDO DEGLI UBALDI, *In Decretalia subtilissima commentaria*, cit., in can. quoniam omne, n. 2: «ratione peccati papa potest cessare leges imperatorum regum et populorum [...] non valet statutum tamquam statutum licentiae quia impossibile est quod peccare mortaliter sit licitum».

riscontrino incongruenze valutabili solo nella sfera della razionalità dell'ordinamento umano⁸⁸. Una cosa però è rilevare il contrasto con i principi teologici, tutta un'altra correggere l'applicazione del diritto secolare vigente nella pratica quotidiana.

Dal canto suo la dottrina civilistica dei glossatori in materia di rapporti tra le sfere giurisdizionali e normativa applicabile è divisa tra coloro che seguono l'insegnamento di Bulgaro, i quali riconoscono al solo sovrano la facoltà di ricercare l'*aequitas* facendo prevalere nei rapporti tra norme la sola *aequitas scripta* sullo *ius scriptum* e coloro che invece seguono la tesi di Martino Gosia, i quali parimenti riconoscono al solo sovrano la titolarità di sanare le contraddizioni tra *ius scriptum* ed *aequitas* ma affidano al giudice la possibilità di interpretare l'*aequitas* nel giudicare della fattispecie in esame con la conseguenza di dare prevalenza all'applicazione delle norme proprie dell'*aequitas rudis* su tutte le altre⁸⁹.

Tra XII e XIII secolo il potere della Chiesa raggiunge il suo culmine all'interno della *res publica christiana* e dato che si è ormai affermato il principio per cui lo *ius divinum naturale* costituisce a tutti gli effetti norma vincolante nei rapporti sociali tra i soggetti appartenenti alla comunità anche quando viene a contatto con i precetti degli ordinamenti giuridici ad esso subordinati, è ovvio che il sistema ecclesiastico cerchi di fare il passo successivo: quello di arrogarsi, in virtù del ruolo del Pontefice di vicario unico di Cristo in terra, la prerogativa di accertare il contenuto e farsi interprete unico e autentico del diritto naturale con effetto nei confronti di tutti i membri della comunità e anche delle autorità secolari. Non è un caso dunque che la tesi analizzata poco sopra di quei giuristi che seguono l'insegnamento di Martino Gosia sia accolta di buon grado dalla maggioranza dei canonisti⁹⁰ e che questi dimostrino altresì la tendenza ad estendere il potere dei giudici di giudicare in base all'*aequitas* non solo nei casi in cui l'ordinamento positivo mostri una lacuna ma anche nei casi in cui la stessa *aequitas*

⁸⁸ ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. 1, intelleximus, X, de operis novi nunciatione, 5, 32, n. 7: «...si vero lex non deficit, et tunc aut canon et leges sibi contradicunt, licet nam utraque sit rationabilis in se, tamen propter varias rationes possunt sibi contradicere, et tunc quaelibet lex servanda est in foro suo...»; BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Commentaria super Codicem*, Lugduni, Poncetis, 1561, in l. privilegia, de sacros. Eccles., 1, 2, 12, n. 2: «Ubi versatur periculum animae leges succumbunt canonibus, ideo leges illae sunt correctae, ita quod iudicandum est secundum ius canonicum et non secundum leges, sed in materia non concernente periculum animae leges sunt servandae in foro suo et ius canonicum in suo...».

⁸⁹ KANTOROWICZ H., *Studies in the Glossators*, cit., p. 284 ss.; MEYERS E. M., *Le conflit entre l'équité*, cit., p. 119 ss.

⁹⁰ MEYERS E. M., *Le conflit entre l'équité*, cit., p. 130 ss.

svolga una funzione correttiva dell'ordinamento secolare richiesta dalla presenza di una fattispecie in cui è in gioco la *salus animarum* dei fedeli⁹¹.

I canonisti sviluppano così la teoria secondo cui le leggi civili irrazionali rispetto ai principi di diritto naturale sono da dichiararsi nulle e sostituibili con l'«*aequitas iuris naturalis quod in Lege et Evangelio continetur*»⁹². La norma canonica in questo procedimento non svolge altro ruolo che quello di strumento attraverso cui il diritto naturale si trasforma in diritto positivo e dà origine a un fenomeno per cui i principi teologici elaborati e propugnati dalla Chiesa vengono giuridicizzati all'interno dell'ordinamento secolare attraverso una recezione dei medesimi nella forma di nuove disposizioni normative positive da parte dell'ordinamento ecclesiastico; in definitiva attraverso questo procedimento si realizza quella che in prospettiva storica potremmo oggi definire una secolarizzazione di principi di origine teologica.

La disamina dell'incidenza dei *canones* sulle *leges* civili mostra tutta la sua importanza nel ricostruire l'applicazione del principio *ex nuda promissione oritur actio* agli accordi stipulati nella quotidianità delle relazioni tra gli individui all'interno della comunità. I canonisti in realtà evitano di mettersi in competizione aperta con l'*auctoritas* del testo giustiniano e non sconfessano apertamente il principio romanistico contrario a quello da loro elaborato ma di fatto lo erodono da più parti⁹³ arrivando a sostenere l'azionabilità canonica di tutte le *promissiones* anche qualora siano carenti dei *vestimenta* previsti dalle norme civili o quantomeno riconoscono la possibilità di tutelarle tramite lo strumento della *denunciatio evangelica* intesa ed impiegata in funzione contenziosa e

⁹¹ Cfr. FEDELE P., *Generalia iuris principia cum aequitate canonica servata*, in *Studi Urbinati*, 1936; BELLINI P., *L'obbligazione da promessa*, cit., p. 355 ss.

⁹² Estremamente chiaro sul punto BALDO DEGLI UBALDI, in C. 1, de sacros. Eccles., in l. 1 habeat, n. 54: «*respondeo quando ius divinum disponit unum ius civile disponit aliud et sic sunt duae dispositiones contrariae et quaelibet est vera una uno iure scilicet divino alia alio iure scilicet humano secus si ius divinum esset contradictorium iuri umano id est quia disponderet quod ius humanum non valeret unde aliud est si ista iura sunt contradictoria nam contraria sunt duae res ut album hic et nigrum ibi unde contraria possunt simul esse vera modo non in eodem subiecto contradictoria vero non...*».

⁹³ BALDO DEGLI UBALDI, *In primum, secundum et tertium Codicis librum Commentarius*, cit., in auth. ad haec, del tit. de usuris C. 4, 32, n. 16: «*allud cap. Antigonus intelligitur in clericis vel laicis subiectis Ecclesiae quoad temporalem iurisdictionem [...] in aliis autem nullum est remedium nisi per viam evangelicae denunciationis*»; ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. Antigonus, n. 3, in gl. per pacta inita inter episcopos: «*non apparet ratio quare glossa restringat istum textum ad pacta inita inter episcopos sed forte hoc dicit causa exempli, unde intelligas melius textum generaliter quod inter quoscumque pacta inita, ex quo non sunt a lege improbata propter aliquam turpitudinem, observanda sunt unde iste textus debet habere locum nedum inter clericos sed etiam inter laicos, ex quo generaliter loquitur...*».

secolare e non più solo come strumento teologico-morale rivolto alla salvezza dell’anima del peccatore⁹⁴. La normativa di diritto civile infatti sebbene non imponga al fedele la commissione del peccato di non rispettare l’impegno che è stato preso senza particolari modalità o formalità tuttavia presenta una situazione ambigua dove se è vero che viene lasciata al soggetto promittente la decisione se adempiere o meno al proprio obbligo di coscienza, tuttavia è anche favorito il ricorrere ad espedienti tecnici per liberarsi dal vincolo contratto e quindi, surrettiziamente, viene incentivata comunque la commissione del peccato.

6. *L’elaborazione dell’istituto della denunciatio evangelica ed il conseguente riconoscimento di un consensualismo a base teologica*

Il procedimento della ‘*denunciatio evangelica*’ originariamente si rivolge alla salvaguardia dell’anima del fedele piuttosto che alla realizzazione delle pretese patrimoniali che sorgono dalla promessa e dal suo possibile inadempimento; per raggiungere questi ultimi scopi vengono infatti previsti altri rimedi come l’*imploratio officii iudicis*, la *condictio* e l’*actio* la cui progressiva estensione però incontra le forti resistenze della giurisdizione secolare e l’ostilità dogmatica della maggior parte dei giuristi. La canonistica per ottenere la desiderata espansione della propria sfera giurisdizionale deve in qualche modo riuscire a proiettare le prescrizioni teologico-morali che la caratterizzano anche nella sfera relativa al quotidiano governo degli affari dei fedeli. Tale obiettivo venne raggiunto portando alle estreme conseguenze il paradigma epistemico cristiano che

⁹⁴ ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. 3 qualiter, de iureiurando: «...*ominis promissio est necessario mandanda executioni et pondera quod textus non requirit quod intervenerit stipulatio vel scriptura vel alia sollemnitatis et sic videtur quod verbum promissio sit multum generale: nedum in pacto quod est duorum sed in pollicitationes quae est unius tantum debet habere locum iste textus nam ex significatione huius verbi promittuntur non requiritur quod intervenerit pactum sed sufficit nuda promissio unius tantum*». Il Panormitano cita anche l’opinione dell’autorevole Bartolo propenso a ricondurre anche la pollicitatio all’interno della categoria della pactio e di intenderla proprio come un tipico caso di patto nudo, ABBATE PANORMITANO, *Commentaria*, cit., in cap. Antigonus, n. 4: «...*exemplum huius pacti nudi ponit gl. multipliciter [...] et inter cetera dat hoc exemplum quotidianum scilicet promisi tibi dare decem sine aliqua interrogatione praecedente vel chirografo glossa tamen non persistit nsm videtur velle quod illud non sit pactum sed pollicitatio nam differentia est iter pactum et pollicitationem nam pactum est duorum vel plurium pollicitatio est unius tantum promittentis [...] sed Bartolus salvat istud exemplum intelligendo quod pars cui fit promissio consensit nam tunc potest dici pactum cum intervenit consensum duorum...».*

informa tutte le attività dell'uomo medievale; essa opta per una reinterpretazione dei rapporti interpersonali anche di ordine patrimoniale che non vanno costretti ad essere considerati solo affari di rilievo mondano come avviene nell'odierno paradigma epistemologico secolarizzato ma vanno intesi in funzione di più alti interessi spirituali tanto di ordine individuale quanto collettivo. La violazione di una promessa in questo modo, per essere sanzionata, viene ad essere considerata come un peccato del promittente che si ripercuote sulla sua possibilità di salvezza e che mette in pericolo quelle dell'intera comunità.

Ottenuto questo primo risultato teorico principale, i canonisti possono a questo punto pensare di utilizzare quegli strumenti originariamente pensati per scopi puramente teologici al fine di rendere giustizia di controversie dai connotati che oggi definiremmo puramente patrimoniali e secolarizzati. L'istituto della *accusatio* che si è analizzato in precedenza risulta di difficile applicazione per via della limitazione della sua sfera applicativa ai soli soggetti ecclesiastici ma la *denunciatio* è invece applicabile indistintamente a tutti i battezzati⁹⁵. Inoltre il vantaggio è che nel salvaguardare l'aspetto spirituale del fedele promittente è altresì possibile conseguire il soddisfacimento dell'interesse promissario tramite la *constitutio* e la riparazione del torto commesso nei confronti del prossimo. Questa avviene tramite la restituzione di quanto appreso o detenuto indebitamente oppure, qualora questo non sia possibile, tramite il risarcimento del danno cagionato o il compimento di quanto sia stato omesso⁹⁶. In questo modo,

⁹⁵ DAMASO UNGARO, *Summa titolorum*, MS. Pal. Lat. 656, f. 162 r.b., in tit. de iudiciis: «...item notandum quod in quolibet crimine si agatur in modum denunciationis iudicium ecclesiasticum subendum est ut in extra de iudiciis, novit lib. III...»; UGUCCIONE DA PISA, *Summa decretorum*, cit., in can. 14 relatum, Ca. 11, qu. 1, s.v. Christianorum: «...sed nunquid causae omnium civium Christianorum, scilicet clericorum et laycorum, sunt referendae ad Ecclesiam? Videtur quod sic [...] sed dico hoc verum esse si agitur ad agendam poenitentiam, in quo casu potest intelligi quod hic dicitur...».

⁹⁶ È interessante vedere come tali rimedi in vista della salvezza dell'anima siano previsti ed espressamente teorizzati sia dalla canonistica, sia dalla teologia Scolastica dell'epoca. Il punto di partenza è un passo di Agostino, recepito poi nel *Decretum* in Can. 1, Ca. 14, qu. 6, il quale prevede che «Si res aliena, propter quam peccatum est, reddi possit et non redditur, poenitentia non agitur sed simulator si autem veraciter agitur, non remittitur peccatum, nisi restituatur ablatum...»; sul punto si vedano i passi dell'Aquinate che approfondiscono il tema: TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, cit., 2, 2ae, qu. 79 art. 3 ad 2: «Nullum autem tenetur ad impossibile; unde nullus, si non facit id quod facere non potest, peccat per omissionem [...] et similiter aliquis tenetur ad restitutionem supposita facultate; quam si non habet nec habere potest, non omittit, dummodo faciat quod potest»; *Ibid.*, 2, 2ae, qu. 62 art. 2 c.: «...cum ergo conservare iustitiam sit de necessitate salutis, consequens est quod restituere id quod iniuste ablatum est alicui, sit de necessitate salutis»; *Ibid.*, 2, 2ae, qu. 62 art. 8 c.: «...sicut accipere rem alienam est peccatum contra iustitiam, ita etiam detinere eam; quia per hoc quod aliquis detinet rem alienam invito domino, impedit eum ab usu rei suae, et sic ei facit iniuriam»; *Ibid.*, 2,

tramite l’osservanza in un secondo momento del precetto violato dal peccato, si ottiene indirettamente la realizzazione della promessa e di fatto anche la soddisfazione dell’interesse patrimoniale del soggetto che ha subito il comportamento peccaminoso del promittente inadempiente.

Il meccanismo di funzionamento originale della *denunciatio* di fatto non viene modificato in alcun modo mentre cambia radicalmente l’atteggiamento psicologico del soggetto che utilizza il rimedio e il suo scopo ultimo; dall’altruismo volto a salvaguardare e redimere il peccatore che caratterizza originariamente l’istituto si passa all’utilitarismo mondano del soggetto danneggiato la cui intenzione è solo quella di ottenere soddisfazione a fronte del danno-peccato commesso dalla controparte nei suoi confronti. Tale evoluzione concettuale è evidente allorchè si esamini l’opera dei decretisti i quali, per tutto il corso del XII secolo, continuano a richiedere nella *denunciatio* la presenza dell’intenzione di correzione fraterna da parte del soggetto leso dal peccato, mentre a partire dal secolo successivo cominciano a rimeditare lo schema originario dell’istituto fondato sullo spirito evangelico di carità ibridandolo con elementi che fino a quel momento erano stati propri solo della procedura di *accusatio*⁹⁷. Il motore di questo processo è rappresentato soprattutto dalla legislazione canonistica del periodo che sempre più spinge la *denunciatio* nella direzione di produrre effetti di natura temporale anche in assenza nella sua proposizione di intenti caritatevoli⁹⁸ e finisce per riconoscere espressamente l’utilizzo dell’istituto come strumento processuale a funzione contenziosa volto a perseguire un fine del tutto utilitaristico⁹⁹.

L’esito ultimo delle teorizzazioni intorno a questo istituto si rinviene nell’opera di Sinibaldo de’ Fieschi (1195-1254), meglio noto come Papa Innocenzo IV, il quale altro non fa che dare dignità dottrinale e scientifica a quella tendenza ormai invalsa nella

2ae, qu. 62, art. 2 ad 1: «...quando id quod est ablatum non est restituibile per aliquid aequale, debet fieri recompensatio qualis possibilis est»; *Ibid.*, 2, 2ae, qu. 62, art. 4 c.: «...quicumque damnificat aliquem, videtur ei auferre id in quo ipsum damnificat; damnum enim dicitur ex eo quod aliquis minus habet quam debet habere, secundum Philosophum et ideo homo tenetur ad restitutionem eius in quo aliquem damnificavit».

⁹⁷ È ancora portatore della prima opinione Ugucione da Pisa mentre l’evoluzione successiva si può apprezzare soprattutto nella Glossa Palatina e nell’apparato di Giovanni Teutonico dove appare sempre più chiaramente come aspetti propri dell’*accusatio* vadano a contaminare la disciplina della *denunciatio*.

⁹⁸ Si veda in particolare il cap. *cum tu*, tit. *de usuris* (cap. 5, X, 5, 19) della legislazione di papa Alessandro III e il cap. *ad nostram*, tit. *de iureiurando* (cap. 20, X, 2, 24) della legislazione di papa Innocenzo III.

⁹⁹ Si pensi alla celebre *Novi ille* emanata da Innocenzo III e contenuta in Can. 13, X, *de iudiciis*, 2, 1.

pratica di estenderne l'ambito di operatività al soddisfacimento di esigenze temporali prettamente patrimoniali¹⁰⁰ e così facendo apre la via alla massima espansione della giurisdizione ecclesiasistica in questioni mondane sul presupposto di un superiore interesse spirituale¹⁰¹. In questo modo la Chiesa riesce a trasformare la propria giurisdizione teologica di ordine disciplinare in una giurisdizione ecclesiastica di carattere generale estesa a tutte le questioni temporali dei singoli soggetti¹⁰² e il potere ecclesiastico di intervento può venirsi a legittimare su principi evangelici creando un sistema rimediale parallelo a quello secolare pur senza sconfessare espressamente la potestà del potere civile e del suo complesso normativo predisposto per il governo dei rapporti sociali in seno alla comunità¹⁰³.

Per la prima volta con l'opera di Sinibaldo viene configurato dal punto di vista teorico uno strumento generale per realizzare anche se in forma indiretta le obbligazioni

¹⁰⁰ SINIBALDO DE' FIESCHI, *Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., ad X, 2,1,13, n. 4, f. 193r: «*Item dicimus quod iste modus agendi habet locum ubi aliquod temporale, in quo est reus naturaliter obligatus, debet dari vel fieri, etiam si ad illum petendum nulla competit actio civilis vel canonica ut quando quis iuravit dare vel facere sine stipulatione locum habet denunciatio ut hic. Et est idem in omnibus aliis quae debent dari vel fieri et peccat qui promisit nisi promissum impleat, ut hic, ubi dicit quod ad papam pertinet de omni peccato mortali quemlibet corriperet*»; *Ibid.*, in cap. novit, s.v. regulam: «*...et hanc denunciationem potest prosequi etiam ille cuius interest ratione rei familiaris [...] et etiam petere quod sua interest et dicere ut, cum non posset agere poenitentiam nisi satisfaciat, quod reddat ei quod sibi debeat*».

¹⁰¹ GIOVANNI TEUTONICO, *Apparatus*, Città del Vaticano, Biblioteca Apostolica Vaticana, 1981, in Comp. IV, in c. 2 super quibusdam, 2, 2 de foro competentis, s.v. personarum: «*...omnes causae indirecte spectant ad Ecclesiam*».

¹⁰² Il punto massimo di espansione della tesi favorevole alla ierocrazia generale della Chiesa si rinviene nella dottrina di Egidio Romano, stretto consigliere di papa Bonifacio VIII, il quale afferma che essa di solito non giudica immediatamente degli affari temporali non per una propria impotenza originaria ma esclusivamente per ragioni di opportunità pratica. Si veda EGIDIO ROMANO, *De ecclesia potestate*, Aalen, 1961, III, 6: «*et quia [...] denunciatio criminis cuiuslibet quaestioni quorumcumque temporalium potest esse adnexa, ideo Ecclesia super omnibus temporalibus immediatam iurisdictionem habere potest*».

¹⁰³ Le modifiche intervenute nella configurazione della denunciatio evangelica vengono recepite dall'opera di Sinibaldo de' Fieschi il cui apporto però non può essere ridotto a quello di modificare soltanto la terminologia come sottolinea il Fedele in polemica con quanto sostenuto dal Roussier ma non dimostra di cogliere appieno il mutamento di prospettiva che interviene tra l'originale denunciatio evangelica e la denunciazione giudiziale privata: nella prima l'adempimento dell'obbligazione costituiva una risultante di mero fatto, nella seconda diventa il fine dell'attivazione dello strumento processuale. Non si può nemmeno avallare l'impostazione del Bellini che vende nella dottrina di Sinibaldo una erronea e pericolosa commistione tra profili sacri e profili profani; si è già messo in luce come questo genere di considerazioni sia antistorica e frutto di un tempo in cui è pienamente sancita la secolarizzazione degli istituti privati ma non possa essere riferita al mondo medievale in esame la cui concezione della Legge e degli ordinamenti era profondamente diversa e impregnata dalla componente teologico-politica.

nascenti da promessa in quanto fondate non solo su un dovere morale ma su un principio di diritto naturale divino immediatamente applicabile all'interno della società¹⁰⁴. L'insigne canonista in particolare, con sensibilità tutta giuridica, comprende che la forza espansiva dello strumento della *denunciatio* sta proprio nel non cercare di sovvertire i principi civilistici riconoscendo direttamente un'*actio canonica* a tutela della semplice promessa o del nudo patto; egli comprende infatti come i tentativi intrapresi da parte della dottrina ecclesiastica nello stesso periodo in questa direzione siano destinati a fallire in quanto cercano di sovvertire direttamente un principio cardine contenuto della compilazione giustiniana, sostenuto dall'*auctoritas* della fonte e da quella dei giuristi civilisti che l'hanno riscoperto. La *denunciatio* invece possiede un duplice vantaggio: da un lato costituisce un istituto autonomo elaborato a partire dai principi che reggono l'ordinamento ecclesiastico la cui teorizzazione può essere lasciata alla riflessione canonistica, dall'altro non sconfessa apertamente i dogmi propri della civilistica contemporanea pur di fatto svuotandoli nella pratica di ogni rilevanza concreta. In questo modo Sinibaldo riesce a liberare il principio canonistico della vincolatività delle promesse nude dalle strettoie di ordine applicativo in cui sarebbe rimasto invischiato qualora si fosse cercato di tutelarlo con una apposita *actio* e così facendo contemporaneamente apre ad un'estensione della giurisdizione canonica in materia ben superiore a quella che avrebbe potuto ottenere tramite il riconoscimento dell'applicabilità di un'azione modellata su quelle civili.

L'insegnamento di Sinibaldo ha notevoli sostenitori tra i canonisti dei due secoli successivi i quali, seguendo il suo insegnamento, criticano apertamente la tendenza di parte della dogmatica ecclesiastica di voler affermare a tutti i costi l'azionabilità dell'obbligazione naturale sul modello di quella civile e cercano piuttosto di dare più salde fondamenta all'istituto della *denunciatio*¹⁰⁵. Allo stesso tempo la civilistica reagisce

¹⁰⁴ SINIBALDO DE' FIESCHI, *Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., in cap. novit, s.v. regulam: «ite dicimus quod iste modus agendi habet locum ubi aliquod temporale, in quo est reus naturaliter obligatus, debet dari vel fieri, etiamsi ad illud petendum nulla competit actio civilis vel canonica ut quando quis iuravit dare vel facere sine stipulatione, locum habet denunciatio ut hic et est idem in omnibus aliis quae debent dari vel fieri et peccat qui promissit nisi promissum impleat, ut hic, ubi dicitur quod ad papam pertinet de omni peccato mortali quemlibet corripere».

¹⁰⁵ ZABARELLA, *Decretalium subtilissima commentaria*, Venetiis, adup Iuntas, 1602, in cap. Antigonus, de pactis, 2° qu., 2° lect.: «pono secundam lectionem scilicet quod contra non servantem competit imploratio officii iudicis ecclesiastici qui monebit non servantem ut observet, et non parentem excommunicabit [...] per hoc littera dicit impersonaliter pax servetur et pacta custodiantur et sic non videtur dare actionem parti, item hic succurrit per viam extraordinariam in hoc quod non servans pactum excommunicatur...»; FELINO SANDEO, *In quinque libros*

all'espansione della *denunciatio* cercando di ridefinire autonomamente quale sia la nozione di obbligazione naturale a cui fare riferimento ed in questo modo affianca la propria diversa teoria dell'obbligazione naturale a quella che viene elaborata dalla canonistica del periodo.

Le critiche che vorrebbero Sinibaldo come un conservatore attestato su posizioni più arcaiche rispetto alla maggior parte della canonistica sono pertanto molto miopi; si è già detto di come l'utilizzo della *denunciatio* permetta di superare i limiti territoriali e soggettivi che il riparto delle competenze tra giurisdizione temporale e spirituale avrebbe imposto alla forma di tutela fondata sulla concessione di una specifica azione canonica. Bisogna ora ulteriormente precisare che se è vero che la *denunciatio* non permette un'esecuzione forzata diretta sul patrimonio del soggetto inadempiente tuttavia prevede, nel caso che questi non ottemperi volontariamente, la comminazione della scomunica, sanzione ecclesiastica dai risvolti gravissimi anche in ordine alle proprietà temporali del soggetto che ne viene colpito in quanto lo estromette del tutto dalla *communitas christiana* che allora di fatto costituisce la quasi totalità della società civile; il peccatore scomunicato non solo viene escluso dai sacramenti ma subisce tutta una serie di pressioni anche di ordine materiale affinché rientri nel grembo della Chiesa e si sottometta all'obbedienza. L'appartenenza alla *Res publica christiana* comporta infatti per il peccatore che persista nel proprio errore l'esclusione dalla partecipazione alle attività quotidiane della vita civile¹⁰⁶ ed il rischio di incorrere nelle sanzioni che il braccio secolare garantisce ai provvedimenti di condanna pronunciati dalla Chiesa nel perseguimento della propria missione¹⁰⁷. In questo modo il rimedio canonistico riesce a intervenire anche in ipotesi che non avrebbero trovato tutela in ambito civile, come nel

Decretalium commentaria, Venetiis, Societas Aquilae Renovantis, 1584, in cap. Antigonus, n. 5: «quod autem pro observantia iuramenti competat officium iudicis patet c. fin. De foro competentis, in VI, ubi dicitur quod coactione praemissa cogatur iurans per censuram ad observantia iuramenti [...] non obstant multa iura loquentia de observantia iuramenti, quia non dicunt quod oriatur actio non obstat iste textus (Antigonus) quia non dicit quod oriatur actio ex nudo pacto unde potest dici competit officium iudicis dum dicitur hic quod per ecclesiam disciplinam quis potest cogi sicut de iuramento dicitur in dicto c. finali hanc opinionem reassumit Imo. Post Cardinalem...».

¹⁰⁶ ERCOLE F., *Impero e Papato nella tradizione giuridica bolognese e nel diritto pubblico italiano del rinascimento*, Bologna, Zanichelli, 1911; PASSERIN D'ENTREVES, *La filosofia politica medievale*, Torino, Giappichelli, 1934.

¹⁰⁷ STICKLER, *Sacerdozio e Regno nelle nuove ricerche attorno ai secoli XII e XIII nei decretisti e decretalisti fino alle Decretali di Gregorio IX*, in *Miscellanea Historiae Pontificiae*, XVIII, Roma, 1954, p. 19 ss.; BEAUCHET, *Origines de la jurisdiction ecclésiastique et son développement en France*, in *Nouvelle Revue d'Histoire*, 1883, pp. 457 ss.

caso in cui l'*actio* sia ormai prescritta o addirittura vi sia già stata una sentenza ingiusta passata in giudicato e si può persino arrivare a garantire l'adempimento in forma specifica delle prestazioni di fare infungibili che tante difficoltà procurano alla dottrina dei legisti.

L'istituto della *denunciatio* trasfigurato in vista di scopi temporali diviene di fatto uno strumento molto flessibile ma anche molto diverso dalla originale *denunciatio evangelica* e la canonistica non tarda a configurarlo come un istituto autonomo e distinto identificabile sotto la dicitura di '*denunciatio iudicialis privata*'¹⁰⁸. A questo scopo l'apporto teorico determinante è fornito dal cardinal Ostiense prima e da Enrico da Susa poi, i quali stabiliscono le coordinate del nuovo istituto che vengono poi recepite dalle successive generazioni di studiosi¹⁰⁹. Il modello processuale a cui conformare il nuovo istituto viene facilmente rinvenuto nella procedura della *accusatio* e nella *imploratio officii iudicis per modum denunciationis* che trova applicazione nel foro secolare in mancanza di altro idoneo rimedio e tuttavia la nuova forma della *denunciatio iudicialis* continua a fondarsi, come nella sua forma originaria, sulla *poenitentia delinquentis* che però non viene a costituire più il fine ultimo dell'istituto ma il mezzo attraverso cui raggiungere la realizzazione dell'interesse patrimoniale del soggetto danneggiato dal peccato.

Il nuovo istituto conserva la necessità che vengano presentate in funzione meramente precontenziosa delle *admonitiones* per spingere il peccatore all'emenda le quali devono essere oggetto di prova da parte del soggetto che proponga la *denunciatio*¹¹⁰; la *petitio* è sempre fondata sul peccato del soggetto denunciato e tende a procurare formalmente

¹⁰⁸ SINIBALDO DE' FIESCHI, *Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., in cap. novi tille, s.v. regulam: «*Quaedam denunciatio est evangelica [...] et hanc denunciationem potest prosequi etiam ille cuius interest ratione rei familiaris [...] Item dicimus quod iste modus agendi habet locum ubi aliquid temporale, in quo est reus naturaliter obligatus, debet dari vel fieri [...] Et est idem in omnibus aliis quae debent dari vel fieri et peccat qui promisit nisi promissum impleat...*».

¹⁰⁹ ENRICO DA SUSA, *Aurea Summa*, Venetiis, ad Candentis Salamandrae Insignae, 1570, romana, de censibus, s.v. denuntiet: «*Haec glossa denunciationis, de qua hic tangitur, doctrinam brevem et utilem (quam nec patres mei hactenus tradiderunt) omnibus denuntiat, quod denunciationum alia evangelica, alia iudicialis, alia canonica. Evangelica est illa quae fit ad hoc tantum ut peccator confiteatur peccatum et poenitentiam agat [...] Iudicialium, alia publica, alia privata [...] Publica iudicialis potest dici illa quae competit ex officio suo [...] Privata vero iudicialis potest dici illa quae ratione interesse competit; ut si aliquis mihi iniuriatur vel rem meam auferat*».

¹¹⁰ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. novi tille, n. 6: et ipsum solum: «*haec monitio probari non potest, nisi per solum iuramentum monentis, cum nec alius testis adhibeatur. Unum: hoc potest referri ad secundam monitionem quae potest probari per iuramentum monentis et testi adhibiti. Vel duos: et hoc potest referri ad tertiam monitionem in qua requiritur plena probatio duorum vel trium testium sic ergo monens vel corrigens, licet principalis videatur, tamen in numero testium denunciationis evangelicae computatur [...] aliud in iudiciali sive canonica...*».

l'emenda di questi ma in realtà eleva il peccato stesso a fatto esterno illecito che rileva nei rapporti sociali interni alla comunità sia nel caso in cui sia commesso con dolo sia ove invece sia commesso con colpa o per errore imputabile in quanto va comunque a ledere l'affidamento del promissario¹¹¹; la *causa petendi* dal canto suo sottolinea la sussistenza di reciproche obbligazioni naturali a carico dei due soggetti coinvolti che vengono guardate nella loro complessità funzionale piuttosto che analizzate singolarmente, operando di fatto una valutazione bilanciata dei vari interessi patrimoniali in gioco che rispetti le esigenze equitative sottostanti all'intero giudizio in questione; il *petitum* diretto rimane formalmente quello di determinare il peccatore alla penitenza ma di fatto assume molta più rilevanza quello indiretto rappresentato dalle restituzioni e dal risarcimento.

Altri elementi testimoniano della progressiva procedimentalizzazione dell'istituto. Si comincia a sostenere che la lite debba essere introdotta con un libello in cui sia inserita la *litis contestatio* e che la vertenza si concluda con una sentenza redatta per iscritto; si precisano regole per l'assunzione di testimonianze legittime e per la proponibilità di valide eccezioni, nonchè si ammette la richiesta della comminazione nella sentenza di una censura specifica nei confronti del soggetto ritenuto colpevole del peccato¹¹².

L'aspetto però che forse meglio testimonia della progressiva evoluzione dell'istituto è la limitazione del novero dei soggetti legittimati attivi e passivi al solo soggetto leso dal peccato ed al peccatore stesso nonchè la modifica in maniera sostanziale del regime degli oneri probatori gravanti sulle parti che vengono assimilati a quelli che si avrebbero se si fosse in presenza di una vera azione civile¹¹³. Originariamente il soggetto denunciato con la *denunciatio evangelica* può opporre una semplice eccezione con la quale sostiene che la cosa è da lui detenuta senza dolo per andare esente da ogni rimprovero da parte del denunciante il quale non può né dimostrare né allegare che la cosa invece è

¹¹¹ TOMMASO D'AQUINO, *Quaestiones disputatae*, cit., *De veritate*, qu. 17, art. 3: «...nullus ligatur per praeceptum aliquod nisi mediante scientia illius praecepti [...] si autem non teneatur scire nec sciat, nullo modo ex praecepto ligatur».

¹¹² BALDO DEGLI UBALDI, *In primum, secundum et tertium Codicis librum Commentarius*, cit., in auth. Codex ad haec, tit. de usuris, n. 5: «...non solum poenitentia infligitur sed etiam ad restitutionem compellitur per indirectum [...] unde concludi potest per indirectum ad compulsionem solvendi debiti per remediis opportunis, non solum per remotionem ecclesiae id est per excommunicationem, sed etiam per missionem in possessionem et alia remedia satisfactia qua propter quia concluditur ad damna et interesse in tali denunciazione quae fit ecclesiae, debet offerri libellus, qui est modus agendi, et debet procedi sine iuris ordine...».

¹¹³ OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. novit., n. 4: «ad hanc denunciationem admittitur quicumque ad agendum admittetur».

di propria spettanza in quanto lo scopo ultimo del procedimento rimane quello di valutare il foro interno del peccatore; questo sistema però risulta del tutto insufficiente per soddisfare le pretese di ordine patrimoniale del soggetto leso e così, per garantire una effettività concreta al rimedio, la canonistica si affida ad un sistema di presunzioni per cui, accertata la realtà obiettiva ingiustamente originatasi dal peccato, si presume la coscienza del medesimo da parte del peccatore con un sufficiente grado di probabilità in quanto anche se in origine sia in buona fede, una volta venuto a conoscenza dell'altruità della cosa sorge comunque l'obbligo di adempiere alla pretesa del soggetto denunciante che si sa come fondata e giusta¹¹⁴.

Nella formulazione elaborata da Sinibaldo la *denunciatio privata* mantiene un campo di applicazione praticamente senza limiti tanto che può concorrere contemporaneamente anche con altri strumenti processuali canonici e civilistici elaborati a tutela di determinate posizioni giuridiche¹¹⁵; con una sfera applicativa così ampia è inevitabile che si creino attriti e sovrapposizioni con la giurisdizione civile secolare che, venendo di fatto molto spesso esautorata dalle proprie funzioni, percepisce lo strumento come un indebito mezzo di ingerenza della gerarchia ecclesiastica in questioni a lei estranee. Le preoccupazioni dei civilisti sono accompagnate anche dalla canonistica più moderata che grazie all'opera dell'Ostiense specifica in quali casi in concreto possa trovare applicazione l'istituto e in quali invece sia più opportuno lasciare la questione alle istituzioni secolari¹¹⁶. Di fatto però nei casi in cui il giudice civile non sostenga la propria

¹¹⁴ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *Tractatus super Constitutione extravaganti Ad reprimendum*, Venetiis, per Baptistam De Tortis, 1506, s.v. denunciationem, n. 18: «...si vero informaret conscientiam suam ex praesumptionibus non legitimis, non excusatur, licet nam non tenatur contra conscientiam suam, tenetur tamen secundum conscientiam erroneam et sic peccat, nisi conscientiam erroneam deponat et deponere cogatur [...] sed tu dices, non propter hoc probatur denunciatio, qui dicit quod peccat in me retinendo meum vel mihi debitum nam apparet quod non peccat detinendo, sed erroneam conscientiam habendo sed certe finaliter in hoc peccat quod retinet et sic videtur probata denunciatio...».

¹¹⁵ SINIBALDO DE' FIESCHI, *Apparatus in quinque libros Decretalium*, cit., in cap. novit, s.v. regulam: «ubi aliquid temporale in quo est reus naturaliter obligatus debet dari vel fieri [...] etiamsi ad illud petendum nulla competat actio civilis vel canonica».

¹¹⁶ Per la civilistica si vedano le considerazioni contenute in CINO DA PISTOIA, *Lectura super Codicem*, cit., in Codex, I, 33, 1, 3: «crimen ecclesiasticum [...] oppono et quaero per ordinem [...] quod Petrus tenet quod crimen ecclesiasticum sit tantum quando tractetur de fide catholica; nam si Ecclesia cognosceret ubicumque est peccatum iam turbarentur rerum officia [...] unde illud est crimen ecclesiasticum quod immediate pertinet ad ecclesiam ut crimen haeresis [...] quod immediate respicit fidem sed alia crimina, quae non respiciunt immediate fidem [...] illa sunt civilia tamen quicquid Ecclesia sibi usurpavit ratione peccati totam iurisdictionem»; per riassumere le posizioni più moderate della canonistica si veda OSTIENSE, *Lectura in V libros Decretalium*, cit., in cap. novi tille, n. 6: «...tamen iudex ecclesiasticus hanc denunciationem non debet admittere indistincte, nisi in defectum

giurisdizione o in quei casi che sono sforniti di tutela da parte della giurisdizione temporale, come proprio le obbligazioni naturali da promessa, si ammette generalmente di poter supplire alla mancanza di una apposita azione tramite la *denunciatio privata*.

7. L'influsso del principio canonistico sulla civilistica e la sua adozione da parte della giurisdizione secolare

La dottrina civilista dei glossatori e dei postglossatori si fa progressivamente consapevole che dal punto di vista dello *ius naturale*, il quale la giurisdizione canonica dice di applicare tramite la propria normativa ed i propri istituti, l'accordo nudo contenuto in un patto deve essere considerato vincolante e tuttavia non può pervenire al riconoscimento espresso di tale principio all'interno del foro secolare perché questo significherebbe infrangere apertamente un dogma contenuto nella compilazione giustiniana¹¹⁷. Al contempo però essa non può ignorare che la canonistica sia arrivata al riconoscimento dell'efficiacia obbligatoria dell'accordo nudo partendo da alcune statuizioni contenute espressamente all'interno delle fonti ecclesiastiche le quali, nella prospettiva di armonizzare i due diversi plessi normativi che compongono l'*utrumque ius* in un sistema coerente ed organico, devono essere prese in seria considerazione. La prima enunciazione del principio in questione si può rinvenire nel famoso canone

iustitiae, vel ratione pacis vel iuramenti vel secundum Dominum nostrum quando alias non audiretur in foro civili, puta quando obligatio naturalis tantum est vel quando notorium est peccatum [...] vel quando hanc proponit persona miserabilis et depressa...»; alla fine è Baldo a tentare una conciliazione tra le posizioni più estreme e quelle più moderate come si vede analizzando il passo contenuto in BALDO DEGLI UBALDI, *Lectura super IV Codicis*, leipzig, 1469, in auth. ad haec, de usuris, n. 5: «...solutio: aut est tale peccatum quod potest purgari per viam actionis, vel alterius remedii introducti a iure aut est peccatum simpliciter tale, quod non potest purgari nisi per viam denunciationis primo casu cognosceret iudex saecularis inter saeculares et ecclesiasticus nihil potest [...] secundo casu habemus duplicem denunciationem scilicet evangelicam et canonicam...».

¹¹⁷ BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, Venetiis, 1570, ad D. 2, 14, 7, 4, par. Igitur, f. 81r: «*Nuda pactio non parit actionem, igitur nuda pactio non parit obligationem, neque actionem civilem, sed quaeritur an exceptionem pariat? Et respondetur quod sic, licet hoc non inferatur ex praemissis, sed suo motu ponitur hic a iureconsulto*»; BALDO DEGLI UBALDI, *Super Decretalibus*, Lugduni, 1564, Ad X, 1, 6, 16, n. 1, f. 57r: «...*et vestiuntur isti contractus innominati vestrimetuo extra rem sicut homo qui calefit ab igne calore extraneo et non calore innato. Et ita est natura contractuum frigidorum sive innominatorum, quia secundum glossam iuris civilis frigidae naturae sunt et non vestiuntur nisi per vestimentum appositum eis ad similitudinem hominis nudi, ut not. Ff. de pactis, l. iurisgentium, par. quinimo, et ad similitudinem hominis qui nascitur nudus. Item hominis qui frigore contrahit nervos, et propter frigiditatem non est aptus ad aliquid agendum, riget enim corpus propter frigiditatem et extenditur virtus eius propter caliditatem, et philosophi legum imitati sunt philosophi naturae*».

‘*Antigonus*’ (X, 1, 35, 1) contenuto nel “*Liber Extra*” che risale al Concilio di Cartagine del 348 d.C. ma esso viene ribadito più volte anche in altri passi contenuti nel *Decretum* di Graziano come il canone ‘*Quicumque suffragio*’ (C. 12, q. 2, c. 66), il canone ‘*Quia Johannes*’ (C. 12, q. 5, c. 3) ed il canone ‘*Iuramenti*’ (C. 22, q. 5, c. 12)¹¹⁸. Inoltre sin dai tempi della famosa *Summa* di Ugucione al *Decretum* graziano anche la dottrina canonistica espressamente si schiera per l’obbligatorietà dei patti nudi equiparando di fatto la forza obbligatoria della semplice promessa a quella propria del giuramento solenne. Tali acquisizioni inoltre penetrano nel periodo tardo-medievale sempre con maggior frequenza sia nella pratica legale quotidiana, sia all’interno della legislazione positiva emanata dai sovrani dei singoli regni che si vanno formando ovunque in Europa a discapito dell’autorità imperiale e di quella papale.

Questo fenomeno di diffusione e recezione delle teorie canonistiche anche all’interno dell’ordinamento giuridico secolare costringe la civilistica ad adattare la lettura dei testi romani ed in particolare la teoria dei *vestimenta* del *pactum* per cercare di raggiungere quei medesimi risultati pratici che la semplicità del nuovo principio sembra in grado di ottenere con tanta facilità¹¹⁹. I civilisti del XIV e XV secolo cambiano in parte approccio smettendo di coltivare il limitato novero dei *vestimenta* in grado di fondare l’obbligatorietà dell’accordo nudo e si prodigano piuttosto nel cercare di identificare all’interno dei testi giustiniani tutte le eccezioni alla regola per cui i patti nudi non producono obbligazioni civili tutelabili¹²⁰. Si ha così un fenomeno di vera e propria proliferazione dei *vestimenta* che vengono giustificati sulla base delle *rationes* più disparate; tra essi particolare importanza assume dall’epoca dei Commentatori quello dell’*auxilio legis seu praetoris* che raggruppa insieme molti casi in cui l’efficacia del patto viene stabilita da una di quelle fonti del diritto particolari la cui importanza va sempre più crescendo

¹¹⁸ CALASSO F., *Il negozio giuridico*, cit., pp. 264-266; DECOCK W., *Theologians and Contract Law. The Moral Transformation of the Jus Commune (ca. 1500-1650)*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2013, p. 122 ss.

¹¹⁹ Cfr. BARTOLO DA SASSOFERRATO, *In primam Digesti veteris partem*, cit., ad D.2, 14, 7, 5, par. Quinimo, f. 81v.

¹²⁰ BIROCCHI I., *Causa e categoria generale del contratto*, cit., pp. 63-67; BIROCCHI I., *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale. La questione dell’efficacia dei patti nella dottrina italiana dell’età moderna*, in BARTON J., *Towards a general law of contract*, cit., p. 275 ss.

nell'età dei postglossatori e che ricomprende non solo in diritto canonico ma anche quello feudale e lo *ius proprium* emanato dai centri di potere locali¹²¹.

Di fronte alla prassi giuridica quotidiana sempre più compatta nel recepimento delle soluzioni canonistiche però ci sono anche civilisti come Giasone del Maino (1435-1519), Mathias Wesembeck e Fortunius Garcia (1494-1534) che attaccano il sistema elaborato dalla civilistica dall'interno¹²² riconoscendo l'importanza che la tutela dell'accordo nudo venga garantita direttamente anche presso le corti che applicano il diritto civile in modo da garantire la salvezza delle anime di tutti gli appartenenti al consorzio cristiano¹²³. La concezione dell'*utrumque ius* che costituisce il portato dell'epoca medievale non sancisce infatti quella separazione così netta tra *ius civile* e *ius canonicum* che a volte gli studiosi moderni hanno voluto vedere, bensì cerca di edificare un sistema integrato di ordinamenti in grado di parlare lo stesso linguaggio e di arricchirsi reciprocamente in un'ottica di competizione giurisdizionale. Se dall'analisi della dottrina della prima età moderna sia civilista sia canonista non si evidenzia che le tesi ecclesiastiche siano accolte all'interno dell'edificio teorico del diritto civile, a ben diversi risultati si giunge considerando la pratica delle corti di giustizia del tempo. Proprio la giurisdizione ecclesiastica costituisce infatti il principale incentivo per i civilisti a cercare di avvicinare il dettato dello *ius civile* ai principi dello *ius naturale* trasmessi attraverso l'opera della canonistica e questo avviene secondo una duplice modalità: dal punto di vista teorico-dottrinale si agisce, come abbiamo visto in precedenza, sui tecnicismi del diritto romano-giustiniano, mentre dal punto di vista del diritto vigente nelle aule di giustizia si garantisce che in ogni caso i principi riconosciuti dalla giurisdizione ecclesiastica siano applicati anche da quella secolare che in questo modo può eliminare la concorrenza di un forte plesso giuridico a lei contrapposto.

¹²¹ Cfr. BALDO DEGLI UBALDI, *Tractatus de pactis*, Venetiis, apud Iuntas, 1572, nn. 42-43, f. 5 r.; CACCIALUPI I. B., *Tractatus de pactis*, Berlini, ex officina Nicolai Voltzii, 1582, qu. VI, n. 4, f. 9 e qu. VI, n. 16, f. 10.

¹²² CORTESE E., *La norma giuridica*, cit., I, p. 91 ss.

¹²³ GIASONE DEL MAINO, *In primam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis, 1579, ad D. 2, 14, 7, 4, n. 14, lim. 4, f. 138r: «*Quamvis ex pacto nudo agi non possit de iure civili, tamen potest peti executio per viam denunciationis evangelicae etiam in foro civili*»; FORTUNIUS GARCIA, *Commentaria in titulum Digesti de pactis*, Francoforti, 1592, repetitio super cap. 1 de pactis, n. 118, p. 1119: «*Hinc singulariter constat quod in utroque foro hodie ex pacto nudo habebimus ius agendi [...] Cum ergo in iustitia factorum nudorum ius civile negligenter se habuerint, quia ea praetermisit, succedit regula iuris canonici etiam foro seculari ut credo observanda, qua regula pactis ius ministratur*».

Lo strumento procedurale attraverso cui la tesi canonistica che vuole anche il patto nudo obbligatorio e meritevole di tutela penetra nella giurisprudenza dei Grandi Tribunali è costituito dall'*officium iudicis* che da un lato permette di tenere ferme le regole del sistema civile e dall'altro di superarle nell'applicazione pratica¹²⁴. Analizzando la giurisprudenza dei Supremi Tribunali del XVI secolo in materia di patti ci si accorge che principi civilistici e canonistici sono fusi in una prassi giurisdizionale particolare la cui importanza cresce esponenzialmente con l'emersione del processo politico assolutistico parallelamente al ruolo preminente assunto dalle grandi magistrature e che viene a costituire un vero e proprio *stylus curiae* in grado di elevarsi sino al rango di vera e propria fonte normativa. I Supremi Tribunali utilizzano per legittimare la propria opera creatrice in larga parte discrezionale il richiamo al concetto di *aequitas* che però, come si può intuire, è ormai molto lontano da quello che aveva rivestito un ruolo fondamentale nella costruzione del nuovo mondo giuridico cristiano medievale e che costituisce soltanto una narrativa in funzione di legittimazione politica per l'utilizzo dei poteri equitativi originariamente propri del sovrano e che ora le corti superiori reclamano come propri.

L'ampiezza dei poteri del giudice si manifesta soprattutto quando la corte svolge il proprio giudizio in base alla clausola c.d. '*sola facti veritate inspecta*'. L'obbligatorietà del patto risponde alle esigenze dell'*aequitas* e al dettato del diritto naturale e dato che le formalità romanistiche stabilite per ritenere vincolante l'accordo nudo non sono previste per particolari ragioni dello *ius naturale* ma solo da contingenti previsioni dello *ius civile*, può trovare applicazione la normativa propria dello *ius gentium* in forza della quale l'attore può far valere la pretesa nascente dall'accordo nudo proprio in virtù dell'applicazione della clausola *sola facti veritate inspecta*. Questo processo logico di fatto permette che l'obbligazione di diritto naturale che nasce dal patto nudo trovi esecuzione attraverso l'*officium iudicis* dei Supremi Tribunali i quali per ragioni di prestigio e potere sostengono che la propria attività costituisca esercizio della stessa *aequitas* che spetta al potere sovrano in quanto viene svolta da un soggetto rappresentante diretto del principe nel rendere giustizia ai sudditi.

Non bisogna inoltre dimenticare che tra i secoli XVI e XVII l'attività interpretativa dei Supremi Tribunali trasfusa nelle loro decisioni non solo si svolge con ampi margini

¹²⁴ BIROCCHI I., *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in BARTON J., *Towards a General Law of Contract*, cit., p. 249-366.

discrezionali garantiti da un'indiscussa autorevolezza ma assurge al rango di legge stessa tanto da prevalere sullo stesso disposto dello *ius commune*¹²⁵ ed in questo modo sancisce un importante slittamento di potere sul giuridico dal mondo delle università a quello delle supreme magistrature centrali dei nascenti Stati. Nella giurisprudenza delle corti superiori dunque si sviluppa la tendenza a ritenere vincolanti tutti i patti che non sono espressamente vietati da una qualche previsione normativa e soprattutto qualora siano rafforzati da un giuramento o comunque da una implorazione a Dio e se questo fenomeno da un lato porta certo ad un sensibile allargamento della libertà contrattuale dei singoli dall'altro, demandando interamente il vaglio circa l'obbligatorietà all'*arbitrium* dei giudici, crea non poche difficoltà dal punto di vista della certezza e prevedibilità degli esiti del diritto che infatti costituirà uno dei principali bersagli delle critiche dei giuristi dei secoli successivi.

¹²⁵ GORLA G., *I tribunali supremi degli stati italiani, fra i secc. 16. e 19. quali fattori della unificazione del diritto nello Stato e della sua uniformazione fra stati: disegno storico-comparativo*, Firenze, Olschki, 1977; CORTESE E., *La norma giuridica*, cit., II, p. 145 ss.; AJELLO R., *Formalismo ed antiformalismo nella storia della metodologia giuridica moderna*, Napoli, Jovene, 1969.