

FABIO SCIGLIANO

SPUNTI PER UNA RICONSIDERAZIONE  
DEL PRINCIPIO CANONISTICO  
“EX NUDO PACTO ORITUR ACTIO”

SOMMARIO

1. Status quaestionis relativo ai semplici accordi negoziali. 2. L'affermazione del principio ex nudo pacto oritur actio nell'ordinamento canonico. 3. Patto o promessa? Il fondamento dell'obbligo. 4. Il problema della causa. Obbligatorietà intrinseca o fattori esterni? 5. (segue) La promessa fra diritto e morale: inseparabilità dell'obbligazione di coscienza dall'obbligazione giuridica. 6. Il rimedio processuale. 7. Considerazioni conclusive.

In un recente saggio dedicato al rapporto tra finzioni, metafore e linguaggio, si legge che «“dare la parola” è una metafora del linguaggio comune, non una finzione. Il fenomeno esiste, esso avviene nel mondo delle cose e nel mondo del diritto»<sup>1</sup>.

Tale metafora, che si colloca sul piano di una impossibile fisicità, vede nella parola una cosa assimilabile all'oggetto di una dazione<sup>2</sup>. Pertanto, la promessa, quale impegno della propria condotta<sup>3</sup>, sembra postulare che in essa qualcosa venga data: la parola<sup>4</sup>. «Nel “dare la parola” è allora la antichissima struttura culturale della consegna di un simbolo di se stessi; il *verbum* esce dalla mia bocca e reca con sé lo spirito di chi ha parlato. Il *pneuma* dei Greci è spirito, ma è anche fiato. Dando la parola do me stesso, do me stesso in pegno, dunque mi impegno. La parola data è nuda [...] questa nudità ne segna, al tempo stesso, la forza e l'intima fragilità»<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> M. LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni: la «parola data»*, in *Rivista di diritto civile* 2002 (XLVIII), p. 582. L'autore giunge a questa affermazione partendo dalla constatazione empirica che le parole esistono solo nell'attimo in cui sono dette e che se ne possono fermare gli effetti nel tempo in tre modi: pronunciandole dinanzi a dei testimoni; legandole a una forma documentale; semplicemente con il “dare la parola” (p. 579-580).

<sup>2</sup> Ivi, p. 580-581.

<sup>3</sup> A. DI MAJO, *Promessa Unilaterale (diritto privato)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXXVII, p. 33.

<sup>4</sup> “Il pegno certamente è oggetto di un dare. [...] La correlazione fra pegno e impegno postula che nell'impegno qualcosa venga dato: la parola”, M. LUPOI, *Metafore giuridiche e finzioni* cit., p. 582.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

Queste considerazioni dimostrano come la tematica della promessa e del patto rimane, sotto diversi aspetti, un'ipotesi di studio ancora interessante<sup>6</sup>; ma, soprattutto, suggeriscono quanto ancora si possa riflettere e indagare all'interno della promessa per coglierne il suo significato più intimo. In questa direzione, una più attenta considerazione della teoria canonistica sulle obbligazioni da promessa può rappresentare un prezioso contributo in ragione di quella logica dell'«impegno» di cui si è evocata la portata<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Ne è convinto, per esempio, E. CAMILLERI, *Le promesse unilaterali*, Milano 2002, il quale pur riferendo questa osservazione, in particolare, alla promessa unilaterale, afferma che “nuova, o per meglio dire, inedita ne è semmai la collocazione sempre più centrale tra i congegni dell'autonomia privata per il governo di rapporti di contenuto patrimoniale” (p. 11). Fra le ricerche più recenti si possono citare da un lato quella di P. DI LUCIA, *L'universale della promessa*, Milano 1997, il quale sottolinea sotto il profilo filosofico l'importanza del concetto di promessa presente almeno nel suo aspetto metagiuridico e sociale in tutte le società organizzate; dall'altro suscita maggiore interesse il lavoro di A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, Milano 1992, il quale osserva attentamente che in tutti gli ordinamenti, anche quelli che storicamente hanno conosciuto un importante sviluppo del valore della promessa – come quello canonico – nonché i sistemi di *common law*, considerano la promessa obbligatoria giammai in virtù di una sua qualità intrinseca ma, piuttosto, per effetto di un elemento estrinseco che si aggiunge ad essa conferendole, nella prospettiva di un dato ordinamento, forza obbligatoria. Più di recente sono stati pubblicati due importanti studi riguardanti lo sviluppo della dottrina sui patti nella tradizione romanistica del diritto intermedio: R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e Ultramontani*, Milano 2001, che, nell'analizzare lo sviluppo del fenomeno pattizio nel “sistema” di diritto comune esula dal considerare le teorie che negli stessi anni furono avanzate dalla dottrina canonistica e, da ultimo, E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»: l'elaborazione medievale in materia di «pacta»*, in *Rivista di Diritto Romano*, II, 2002, p. 441-482, il quale, prendendo spunto dal lavoro del Volante, analizza attentamente gli spunti della dottrina medievale classica che portarono, in seguito, a ridosso del cinquecento, alla formazione delle categorie generali negoziali quali la causa. In particolare, lo stesso Stolfi, nel soffermarsi sulla portata del titolo del volume di Volante, in cui sono evocati concetti che non appaiono compiutamente trattati nell'opera, rileva come la richiamata idea di “sistema” non pare ancora attuale nel periodo storico analizzato mentre del “diritto comune” appare omessa nella sua trattazione una sua componente fondamentale: il diritto canonico (cfr. p. 477-479).

<sup>7</sup> I primi studi sulle obbligazioni da promessa in diritto canonico risalgono alla fine dell'ottocento (L. SEUFFERT, *Zur Geschichte der obligatorischen Verträge*, Nordlingen 1881; C. KARSTEN, *Die Lehre vom Verträge bei den italienischen Juristen des Mittelalters*, Rostock 1882) per poi proseguire a ridosso degli anni '30 del secolo scorso (F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris 1928; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation contractuelle dans le droit classique de l'Église*,

## 1. Status quaestionis relativo ai semplici accordi negoziali

In diritto romano i *pacta* non rientravano nello schema delle *causae obligationum* e la loro inefficacia era sancita dal principio *ex nudo pacto actio non nascitur* (principio che rende meglio l'idea nella formula *nuda pactio obligationem non parit*)<sup>8</sup>.

Questa regola, che vide attenuarsi nel tempo la sua rigidità<sup>9</sup>, nel-

---

Paris 1933; M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935); ma il merito più grande nell'aver individuato i profili essenziali della regola canonica “*ex nudo pacto oritur actio*” così come delineati dalla dottrina classica, spetta sicuramente al FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *Annali dell'Università di Macerata*, 1937, p. 115-200 e allo stesso BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano 1964.

<sup>8</sup> “Il principio fondamentale del sistema contrattuale romano [...] è che *ex nudo pacto non oritur actio*, intendendo per *nudum pactum* quello che non sia stato versato in una *stipulatio*, né integri, sul piano del *ius civile*, una delle fattispecie tipiche di contratto, né rientri nei casi in cui il pretore concede un'*actio onoraria*”, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990<sup>2</sup>, p. 607.

Pertanto, l'efficacia obbligatoria era riconosciuta soltanto ai “contratti” in quanto rispondenti a una causa tipica e per ciò tutelabili per mezzo di un'azione (cfr. E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1962, p. 183-187; G. DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema* in *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano Vittorio Scialoja*, LXXIV (1971), p. 89-106; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 501 e ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1992<sup>9</sup>, p. 769 e ss.; A. BURDESE, *Patto (diritto romano)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, p. 708-711; C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, in *Opere*, III, Milano 1929; E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit.).

Tuttavia il termine *contractus* utilizzato dai Romani non deve far pensare a una sua assimilazione al moderno concetto di contratto. La parola *contrahere* esprime il fatto di obbligarsi e, cioè, il contrarre l'obbligazione, intesa, però, quest'ultima non come assunzione di un obbligo nei confronti di qualcuno a compiere una data prestazione ma come *iuris vinculum*, come uno *status* caratterizzato dalla privazione della libertà personale (in senso astratto). Esso valeva, dunque, in una accezione negativa che indicava la cessazione di uno stato di libertà preesistente. Il senso tutto romano di *obligatio*, rilevante sotto il duplice profilo del debito e della responsabilità, è riassunto nella nota definizione di Fiorentino “*obligatio est iuris vinculum quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*”; per un'attenta trattazione del tema cfr. E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1955.

<sup>9</sup> Una prima attenuazione della regola in questione si ebbe in età classica con l'intervento del diritto pretorio che prevedeva una tutela più o meno ampia per determinate figure pattizie (*pactum de non petendo*; *pacta adiecta*). In un certo senso queste figure negoziali potevano ritenersi progressivamente tipizzate per effetto di un ricono-

l'età di mezzo rimase pressoché inalterata anche se, con la nascita dello *studium* bolognese, la dottrina civilistica rielaborò il principio sulla base di nuove premesse. Si cominciò a vedere il patto non più come una figura negoziale posta al margine dell'autonomia privata ma come il prototipo generale di accordo che, a seconda degli elementi estrinseci che lo rivestivano e della causa che lo assisteva, assumeva una determinata efficacia giuridica<sup>10</sup>.

Nella stessa epoca il contributo della canonistica rappresentò un fondamentale momento di continuità e di grande innovazione nello svolgimento dei patti nudi e, più in generale, delle obbligazioni da promessa<sup>11</sup>. In questa fase storica lo sviluppo del concetto dell'obbligazione na-

---

scimento da parte del *ius honorarium* il quale andava allargando le ipotesi di tutela a partire dal celebre editto che così sanciva: "*Ait praetor: pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebis scita, senatus consulta, decreta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo*" (Ulpiano, D. 2, 14, 7, 7). Sul punto cfr. C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta in Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano e di Storia del Diritto, Verona, 27-28-29 IX 1948*, III, Milano 1951, p. 333 e ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 606 e ss.; A. GUARINO, *Diritto privato* cit., p. 941 e ss.

In seguito, in età giustiniana, le costituzioni imperiali sancirono l'efficacia giuridica delle *conventiones legitimae* (*pactum dotis, pactum donationis, compromissum*) così denominate nella giurisprudenza medievale (D. 2, 14, 6, Paul. 3 *ad ed.*: "*Legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur. Et ideo interdum ex pacto actio nascitur vel tollitur, quotiens lege vel senatus consulto adiuvatur*"). Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 607.

<sup>10</sup> In questa evoluzione dottrinale trovarono spazio le teorie sul concetto di "causa" che vedevano un suo svolgimento sia in senso statico (*causa naturalis/causa civilis*) sia in senso dinamico (*causa impulsiva/causa finalis*) nonché, in considerazione della riconosciuta valenza centrale del patto quale mero accordo di volontà, l'elaborazione dell'idea del "patto causale", cioè del negozio che per essere tale e per produrre un minimo di effetti sul piano giuridico doveva sempre essere assistito da una causa. Queste teorie furono ulteriormente affinate e portarono, successivamente, all'articolazione di un apparato di *vestmenta*, espressione della *causa civilis*, comprensivi, oltre che delle originarie quattro *causae obligationis*, anche della *cobaerentia contractus* e dell'*interventus rei*. Per un approfondimento di questa tematica si segnalano F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*, Milano 1959, p. 213-310; E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, Milano 1962, p. 183-255; I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto, un problema dogmatico della cultura privatistica moderna. Il Cinquecento*, Torino 1997, p. 31-94; R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico* cit., p. 21-55, 99-194, 294-313; E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 441-461.

<sup>11</sup> Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 261 e ss.

turale svolse un ruolo determinante nell'affermazione del principio canonistico della piena efficacia del patto nudo e della promessa. La *ratio peccati* e la *ratio scandali* rappresentavano per i canonisti i motivi centrali nell'efficacia dei patti nudi: essi consideravano, infatti, il dovere di osservare la promessa non semplicemente come dovere morale ma come autentica regola giuridica<sup>12</sup>. In virtù di questa costruzione venne concessa al patto nudo (non più così inteso in senso acausale ma in senso antiformalistico)<sup>13</sup> un'azione o, più esattamente, l'azionabilità<sup>14</sup> come sembrava suggerire il brocardo *ex nudo pacto oritur actio*.

Con questa formula la tradizione storica del diritto canonico ci ha tramandato un principio contrapposto a quello vigente in diritto civile che, invece, tutelava solo quei patti che, muniti di un *vestmentum*, erano assistiti da una *causa civilis*. Secondo il diritto canonico, dunque, non importava che un patto fosse o meno provvisto di una *causa civilis*; ogni accordo, ogni promessa era espressione di un'obbligazione naturale e questa rappresentava una ragione sufficiente perché nell'ordinamento canonico venisse accordato a sua tutela uno strumento processuale diretto<sup>15</sup>.

Le ragioni indicate dalla storiografia moderna a sostegno della supposta contrapposizione fra il principio civilistico e quello canonisti-

---

<sup>12</sup> Chi non osservava i patti commetteva peccato, comprometteva la salute spirituale della propria anima (*ratio peccati*) e turbava l'equilibrio morale della società dei fedeli (*ratio scandali*); ma, in ultima analisi, violava un precetto di diritto divino naturale che imponeva di essere fedeli alla parola data. Cfr P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 149-152; P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 154-156.

<sup>13</sup> E. CORTESE, *La norma giuridica* cit., p. 196-199; A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 120.

<sup>14</sup> In diritto canonico non era necessaria l'*editio actionis*, né nel libello, né successivamente in corso di causa ("nos autem secundum canonicam aequitatem incedentes dicimus quod nec in libello, nec in processu necesse est exprimere actiones", *Liber Extra, de appellationibus*, II, 28) ma si riteneva sufficiente la semplice esposizione del fatto, ovvero, della *causa agendi* quale equipollente dell'*actio* ("*actio est ius persequendi in iudicio quod sibi debetur [...] sed secundum canones exponimus actiones id est causam*", *Liber Extra*, II, 1, 6). Cfr. P. S. LEICHT, *Il nome dell'azione nei decretisti e nei decretalisti*, in *Scritti vari di storia del diritto italiano*, II, Milano 1949, p. 383-392.

<sup>15</sup> In tal senso, particolarmente preziosa appare l'osservazione di Santi Romano che, di fronte alla tendenza ad assimilare l'obbligazione naturale al dovere morale, intende recuperare la sua originaria concezione non confondibile con l'obbligazione morale. L'obbligazione naturale, egli afferma, "è un'obbligazione giuridica perfetta e completa, qualora la si valuti rispetto ad un suo proprio ordinamento, mentre, quando la si trasporta nell'ordinamento civile, questo non la riconosce se non parzialmente", SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze 1945, p. 155-159.

co sono diverse e appaiono a volte in contrasto fra loro. Esse vanno dalla reazione del diritto canonico al formalismo negoziale romano<sup>16</sup> alla valutazione dell'ingresso dei motivi etici e religiosi in materia negoziale<sup>17</sup>; dalla valutazione di fattori che vedevano nell'interessamento della Chiesa alla materia in questione e ai rapporti temporali in genere un tentativo di correzione *de iure canonico* del diritto secolare<sup>18</sup> al semplice rilievo che la scienza canonica aveva elaborato una teoria coerente con le caratteristiche proprie e con i principi dell'economia spirituale della Chiesa<sup>19</sup>.

Nell'ottica di queste interpretazioni sembrano cadere in secondo piano le premesse extragiuridiche, peculiari del diritto canonico, che hanno determinato l'obbligatorietà della promessa<sup>20</sup>. In tal senso, lo

<sup>16</sup> J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 20.

<sup>17</sup> F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 263-264; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 149. In tal senso il Roberti vede nel pensiero patristico il contributo determinante per lo sviluppo successivo del principio canonistico (*L'influenza cristiana* cit., p. 95).

<sup>18</sup> P. BELLINI, *L'obbligazione da promesse* cit., p. 374-391. Nel sostenere il nuovo principio i canonisti non volevano rinnegare la regola affermata dai civilisti e, quindi, contrapporsi ad essi; soltanto hanno voluto dimostrare la possibilità di tutelare, nell'ambito del *foro ecclesiae*, con determinati strumenti processuali, certe pretese negoziali basate sulla sola obbligazione naturale. Il tutto nell'ottica della complementarità del diritto canonico rispetto all'ordinamento secolare, espressione, essa, di quell'unità e armonia caratterizzante l'ordine – e non il sistema – giuridico medievale. Sotto questo profilo si rivelano illuminanti le considerazioni di P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, Roma – Bari 1995, il quale parla del medioevo giuridico come “esperienza giuridica unitaria [...] che nutre nel suo seno una infinità di ordinamenti, dove il diritto – prima di essere norma e comando – è ordine, è ordine sociale [...]”. Dunque, una esperienza giuridica per *molteplici* ordinamenti giuridici, dove la dimensione giuridica è tanto forte e centrale da rappresentare l'autentica costituzione dell'universo medievale”, p. 29-35.

<sup>19</sup> F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 276-277; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 172, 175, 183.

<sup>20</sup> Non a caso Andrea D'Angelo afferma che la promessa non è mai in sé efficace ma necessita dell'ausilio di un elemento ulteriore ed estrinseco (D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 189 e ss.); allora può essere utile e chiarificatore indagare fino in fondo quali sono le “ragioni” che hanno determinato il principio della obbligatorietà della semplice promessa; ragioni che andranno ricercate non solo nelle elaborazioni della dottrina classica ma anche e soprattutto negli argomenti del pensiero teologico medievale. Si tratta di una necessità avvertita di recente da E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 478-479, il quale, circa l'indagine su questo tema, richiama l'attenzione per una sua ampia contestualizzazione storica in cui si dia il giusto rilievo ai “rapporti con la teologia e la logica coeva [e] alla relazione fra certe scelte di fondo e gli orientamenti che andavano delineandosi nell'ambito del diritto canonico”.

stesso Bellini, in un'importante ricerca monografica del 1964, aveva denunciato l'insufficienza della dottrina moderna nella definizione del significato del principio canonistico "*ex nuda promissione oritur actio*". A suo parere non sarebbero stati differenziati sufficientemente gli aspetti giuridici da quelli etici; non si sarebbe valutato fino in fondo il ruolo del diritto divino naturale nel suo sviluppo e, di conseguenza, non sarebbero stati chiariti i problemi del fondamento e della sanzione dell'obbligazione da promessa<sup>21</sup>.

Nelle pagine seguenti si cercherà di approfondire gli aspetti del fondamento dell'obbligatorietà giuridica della promessa e del rimedio processuale per la realizzazione di essa, riconducendone l'efficacia ai principi dell'ordinamento della Chiesa. A tal fine sembra necessario non limitarsi all'analisi delle dottrine dei principali canonisti del periodo classico ma risalire agli spunti che le fonti bibliche e il pensiero patristico fornivano loro.

## **2. L'affermazione del principio *ex nudo pacto oritur actio* nell'ordinamento canonico**

Mentre il diritto romano-civile continuava ad affermare la regola della inefficacia delle obbligazioni da semplice promessa (nel senso che derivando da esse una obbligazione naturale si poteva concedere soltanto una tutela processuale negativa per mezzo di una *exceptio*), fra i canonisti trovavano spazio argomentazioni che portarono ad affermare, specialmente nella decretalistica, la regola "*ex nudo pacto oritur actio*".

La sua genesi, però, non appare come un fenomeno improvviso né, del resto, come una presa di posizione o, quanto meno, una reazione agli insegnamenti – apparentemente antitetici – della dottrina civilistica ma, piuttosto, trovava un antecedente storico già nella patristica che, pur non occupandosi in termini giuridici e formali della realizzazione della promessa, si interessò direttamente e specificamente del "dovere" di tener fede alla parola data in osservanza ai vari precetti biblici<sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> Si vedano le considerazioni introduttive di P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 1 e ss.

<sup>22</sup> Il dovere di osservare il voto o promessa fatta a Dio e la condanna della men-

Fra i Padri della Chiesa che si occuparono di questo tema dal punto di vista evidentemente morale si può ricordare Clemente Alessandrino che negli *Stromati* affermava: “il giusto non ha bisogno di confermare col giuramento la parola data, poiché per il cristiano è un obbligo assoluto di mantenere coi fatti quanto è stato pattuito e convenuto, altrimenti sarebbe spergiuro e mentitore”<sup>23</sup>; sulla stessa linea si pongono altri autori cristiani come Atanasio, Giovanni Crisostomo, Tertulliano, Cipriano, contrari all’uso di confermare col giuramento la promessa, pratica questa del tutto inutile poiché, secondo l’insegnamento cristiano – in particolare, secondo l’insegnamento evangelico di Matteo – la parola deve essere comunque mantenuta<sup>24</sup>.

Il dovere di mantenere la semplice promessa è sostenuto, inoltre, da Ambrogio quando afferma che “*non solum itaque in contractibus, sed etiam generaliter in omnibus dolus abesse debet, aperienda simplicitas, intimanda veritas est*”<sup>25</sup>. A questo dovere egli ammette solo una deroga quando la causa della promessa sia turpe: “*Purum igitur ac sincerum oportet esse affectum [...] nihil promittat in honestum, ac si promiserit tolerabilius est promissum non facere, quam facere quod turpe sit*”<sup>26</sup>.

Anche Agostino si pone sulla linea della patristica tradizionale, ma oltre a considerare il *mendacium* quale effetto della mancata osservanza della parola data, alla base del dovere di osservare la promessa pone il concetto di *fides*, fino ad affermare, nel *De Mendacio*, “*Fides*

---

zogna sono temi ricorrenti in vari passi della Bibbia che rappresentano un importante momento di riflessione del pensiero patristico. Alcuni di questi passi biblici si riferiscono specificamente al *votum* (*Numeri*, XXX, 3-13; *Deuteronomium*, XXIII, 24; *Psalmi*, LXXXVIII, 35); altri, invece, fanno esplicito riferimento alla promessa di Dio (*Genesis*, XVII, 2-9; *Deuteronomium*, IV, 13; *Deuteronomium*, VII, 9; *I Regum*, VIII, 23-24); altri ancora alla menzogna (*Psalmi*, V, 6-7; XI, 3-4; *Sapientia*, I, 11). Merita, infine, di essere indicato un celebre passo del Vangelo di Matteo che tratta del giuramento (*Matthaeus*, V, 33-37). Cfr. ROBERTI, *L'influenza cristiana* cit., p. 102-109. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 118 e ss., 123-125, sostiene che l'affermazione (o, meglio, il riconoscimento) del nuovo principio non ebbe nessun fondamento legislativo ma fu opera della dottrina canonica.

<sup>23</sup> CLEMENTE ALESSANDRINO, *Stromati*, VII, 8, 51 in MIGNE, P.G., IX, p. 471.

<sup>24</sup> S. ATANASIO, *De Passione et Cruce Domini* (MIGNE, P.G., 28, c. 188); G. CRISOSTOMO, *Comm. in S. Mathaei Evangelium*, 17, c. 5, v. 37 (MIGNE, P.G., 57, col. 261); TERTULLIANO, *De idolatria*, II (MIGNE, P. L., I, col. 751); *Apologeticum*, 28 (MIGNE, P.L., I, col. 499); CIPRIANO, *Test. adv. Jud.*, II, 12, (MIGNE, P. L., 4, col. 770).

<sup>25</sup> *De officiis ministrorum*, 3, 10, in MIGNE, P. L., XVI, 173.

<sup>26</sup> *Ibidem*, 3, 12.

*enim appellata est in lingua latina ex eo, quia fit quod dicitur*"<sup>27</sup>. Il dovere di fedeltà alla parola data si fonda in Agostino sull'esempio di Dio fedele alla sua promessa: "*Deus tibi dicit: non te delinquam, non te deseram. Deus promittit et dubitas? Promisit, scripsit, cautionem fecit: esto securus*"<sup>28</sup>.

Il dovere di mantenere la promessa deve essere osservato benché il suo oggetto sia di poco valore, come si evince dal *De Bono Coniugali*: "*Etsi enim esigua palea prae multo auro pene res nulla est; fides tamen cum in negotio paleae, sicut in auro sincera servatur, non ideo minor est quia in re minore servatur*"<sup>29</sup>.

Come si può agevolmente osservare, a sostegno della promessa veniva invocato nei Padri della Chiesa un motivo di ordine morale che non corrispondeva a un semplice sentimento di dovere, ad un astratto dovere di coscienza, ma a una ragione di ordine spirituale che trovava il suo fondamento nella Scrittura e, quindi, nella legge rivelata da Dio. Anche se esulava dalla Patristica il compito di affermare l'obbligatorietà della promessa attraverso un vero e proprio principio giuridico non può nemmeno negarsi che queste argomentazioni abbiano influito sullo sviluppo della tradizione romanistica in materia di patti contribuendo a un progressivo sgretolamento del formalismo negoziale e della stessa regola "*ex nudo pacto nulla oritur actio*"<sup>30</sup>.

---

<sup>27</sup> *De Mendacio*, 20, 41, in MIGNE, P. L., 40, 515.

<sup>28</sup> S. AGOSTINO, *Sermones*, 177. "*Fiat ergo quod promissum est et infirmorum corda sanentur*" si afferma solennemente nell'*Epistola* 126, dove Agostino ricorda a Pliniano la santità del giuramento esortandolo ad adempierlo (*Epistolae*, 126, n. 14).

<sup>29</sup> S. AGOSTINO, *De Bono Coniugali*, 4, in MIGNE, P. L., vol. 40, col. 376.

<sup>30</sup> Il che giustificherebbe in parte la progressiva attenuazione dell'originaria regola romanistica e l'ammissione, soprattutto per intervento delle costituzioni imperiali, di nuove figure pattizie, in età giustiniana, assistite da una tutela processuale piena. Cfr. ROBERTI, *L'influenza cristiana* cit., p. 88-89; C. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta* cit., p. 335 e ss.

In verità, la dottrina dei Padri della Chiesa ebbe un ruolo determinante non solo nello sviluppo di molteplici istituti del diritto canonico fra cui, appunto, il diritto delle obbligazioni, ma si inseriva fortemente nel quadro delle stesse fonti del diritto canonico. Numerosi frammenti patristici sono direttamente inseriti già nelle prime collezioni canoniche e, in particolare, nel *Decretum* di Graziano che considerava l'opinione dei Padri equipollente a quella dei papi e dei concili; ma anche nel panorama del nuovo diritto delle Decretali la dottrina patristica continuava a caratterizzare le fonti non più direttamente ma attraverso l'influenza esercitata sull'opera del legislatore e del giudice. Cfr. G. LE BRAS, *La doctrine, source des collections canonique*, in *Recueil d'études sur les sources du droit en l'honneur de François Génys*, I, Paris, Librairie du Recueil Sirey 1935, p. 69-76.

Di autentico principio giuridico nel diritto della Chiesa si può parlare solo a partire dall'XI secolo, in concomitanza con lo sviluppo di una scienza del diritto canonico. Essa, infatti, poteva giovare sia del contributo delle argomentazioni giuridiche offerto dalla glossa civilistica, sia delle importanti innovazioni che la scienza teologica aveva apportato allo sviluppo del pensiero medievale<sup>31</sup>. In particolare, attraverso un proprio apparato di fonti tradizionali costituito dal *Decretum* di Graziano e dal nuovo diritto del *Liber Extra* di Gregorio IX<sup>32</sup>, si poté

<sup>31</sup> Soprattutto in termini di metodo scientifico. Sulla riscoperta del metodo dialettico da parte di Abelardo e della sua applicazione alla scienza dei canoni da parte di Graziano cfr. C. FANTAPPIÈ, *Introduzione storica al diritto canonico*, Bologna 2003<sup>2</sup>, p. 90-100; A. PADOVANI, *Perché chiedi il mio nome? Dio, diritto e natura nel secolo XII*, Torino 1997, p. 91 e ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II, Roma 1997, p. 197-200; D. COMPOSTA, *Il diritto naturale in Graziano*, in *Studia Gratiana*, II, 1954, p. 155-156.

<sup>32</sup> Nel *Decretum* alcuni canoni richiamavano i temi della promessa e del giuramento e affermavano il dovere e la necessità di adempiervi: “*Quicumque suffragio cuiuslibet aliquid ecclesiasticae utilitatis providerint, et pro eo quodcumque commodum in remuneratione promiserint, promissi solutionem eos absolvere oportebit, ita ut ad concilium comprovinciale deferatur, ut forum conventu confirmetur, quia (sicut Paulus ait) dignus est mercenarius mercede sua*” (Ca. XII, qu. 2, c. 66); “*Quia Iohannes quondam decessor tuus sepius a nobis expetit, ut ea, que in monasterio illo contulerat, quod iuxta ecclesiam S. Apollinaris ipse construxerat, nostra debuissimus auctoritate firmare, et hec facturos nos esse promisimus, fraternitatem vestram necessarium previdimus adhortandam, ut nichil de his, que illic contulit atque constituit, aliquo modo patiat inminui, sed omnia firma stabilitate studeat servari. Huius igitur monasterii et collectarum illic rerum quia in testamento, quo condidit, fecisse noscitur mentionem, sciendum vobis est, non voluntatem, sed quia hoc ei (sicut diximus) viventi promisimus. Hec itaque omnia sic sollicitè fraternitas vestra implere festinet, quatinus et que in suprascripto monasterio constituit et a nobis sunt firmata serventur, et illa, que in dampno dari vel fieri per testamentum suae decreverit ecclesiae nullam, prohibente lege, obtineant firmitatem*” (Ca. XII, qu. 5, c. 3); “*Iuramenti huius causa est, quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quo verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, quia, sicut in iuramento nullam convenit esse perfidiam, ita quoque in verbis nostris nullum debet esse mendacium, quia utrumque, et periurium et mendacium, divini iudicii pena dampnatur, dicente Scriptura: Os, quod mentitur, occidit animam. Quisquis ergo verum loquitur, iurat, quia scriptum est: Testis fidelis non mentitur*” (Ca. XXII, qu. 5, c. 12).

Nel *Liber Extra*, invece, compare un apposito titolo dedicato ai patti (TITULUS XXXV, DE PACTIS) in cui assumono particolare rilevanza i seguenti capitoli: “*Antigonus episcopus Madaurensis dixit: Gravem iniuriam patior, et credo, dolere sanctitatem vestram contumeliam meam et computare communem iniuriam. Optantis quum se repraesentaret, pactum mecum habuit et divisimus [plebes; manuscriptiones nostrae tenentur et pittacia. Contra hoc pactum circuit plebes mihi attributas, et usurpat populos, ut*

operare una sintesi fra le forme e strutture giuridiche di derivazione romanistica e i contenuti dell'etica cristiana che tanto caratterizzava la società di quei tempi<sup>33</sup>.

Il principio in esame si trova affermato già nella decretistica: in progressione graduale Paucapalea, Ugucione da Pisa e Giovanni Teutonico, nel commentare i passi del *Decretum*, sostenevano la giuridicità del dovere di osservare la promessa e individuavano in maniera univoca uno strumento processuale di tutela anche se non assimilabile a un'*actio*<sup>34</sup>.

---

*illum patrem, me vitricum nominent. Gratus episcopus dixit: Factum hoc dolendum est] ut in se illiciti populorum imperitorum animas contra disciplinam, contra evangelicam traditionem, contra pacis placita. Nam si id sibi posse contingere arbitraretur, numquam profecto in fratrem aliquis deliquisset. Unde aut inita pacta sua obtineant firmitatem, aut conventus, si se non cohiberit, ecclesiasticam sentiat disciplinam. Dixerunt universi: Pax servetur, pacta custodiantur" (X, I, 35, c.1); "Qualiter in Sardinia [minores vel pauperes ab eis, qui illic maiores sunt, opprimantur, reverendissimi fratris nostri Dominici Carthaginensis episcopi atque eminentissimi filii nostri Innocentii praefecti epistolae testantur, a quibus, ut quae nobis scripta sunt noveritis, ipsarum vobis epistolarum exemplaria praevidimus transmittenda. Et ideo quia ea, quae petenda sunt, offerentur]. Studiose agendum est, ut ea, quae promittuntur, opere compleantur" (X, I, 35, c. 3); "Pactiones factae a vobis, ut audivimus, pro quibusdam spiritualibus obtinendis, quum in huiusmodi omnis pactio omnisque conventio debeat omnino cessare, nullius penitus sunt momenti. Quod etiam de aliis est dicendum, quae observatae vergunt in animae detrimentum. Nam etiam iuxta legitimas sanctiones pactum turpe, vel rei turpis aut impossibile de iure vel de facto, nullam obligationem inducit" (X, I, 35, c.8). Come ha opportunamente osservato il Fedele, "la semplice lettura di questi testi fa subito manifesto, a chiunque la compia senza pregiudizi di sorta, che la idea di una obbligazione perfetta, munita, cioè, di azione, nascente da nudo patto, è del tutto ignota al diritto canonico" (P. FEDELE, *Considerazioni cit.*, p. 123).*

<sup>33</sup> Cfr. P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale cit.*, p. 109 e ss.; F. CALASSO, *Medioevo del diritto*, Milano 1954, p. 161 e ss.

<sup>34</sup> Paucapalea, nel commentare il canone *Iuramenti*, non si discosta particolarmente dal testo che, anzi, sembra riferire pedissequamente e non pare andare oltre l'affermazione del dovere di osservare la promessa: "*Iuramenti huiusmodi causa est quia omnis, qui iurat, ad hoc iurat, ut quo verum est loquatur. Et ideo Dominus inter iuramentum et loquelam nostram nullam vult esse distantiam, id est vult, ut verum et iustum loquamur ac iuremus. Verum loquitur iurat id est: ita iustam locutionem ut iustum iuramentum debet servare*" (*Summa*, 99). Ugucione da Pisa sostiene, invece, con maggiore decisione l'idea dell'obbligatorietà della semplice promessa non solo attraverso il richiamo della *ratio peccati* quale fondamento dell'obbligo ma anche ponendo l'attenzione dell'interprete sull'aspetto sanzionatorio; a tal proposito, considerando la regola civilistica della non azionabilità dei patti nudi, giunge a sostenere per il diritto canonico non la necessità di un'azione ma la possibilità di dedurre il fatto oggetto di controversia e invocare l'intervento del giudice (*imploratio officii iudicis*). Si legge, in-

Successivamente i decretalisti svilupparono con maggiore precisione il suddetto principio, anche con uno sguardo più attento alla posizione dei civilisti<sup>35</sup>, al punto che cominciava a delinearci in seno ad essa una *communis opinio*<sup>36</sup>. Fra questi canonisti interessante si rivela

fatti, nella glossa *Oportebit absolere* al canone *Quicumque suffragio*: “*Licet stipulatio non intervenerit obligatur enim nuda promissione saltem et si non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum. [...] Nota quod 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. Et est argumentum contra episcopos qui beneficia promittunt quibusdam clericis et postea conferunt illa aliis. Sed numquid de tali nuda promissione potest clericus conqueri episcopo? Et dic quod sic nisi forte notetur ambitionis. 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*” (testo riportato in ROUSSIER, *Le fondement* cit., Appendice I, p. 237). Infine, Giovanni Teutonico sostiene l’idea di una vera e propria obbligazione nascente dalla promessa a tutela della quale ipotizza la possibilità di esperire la *condictio ex canone Iuramenti* e l’*imploratio officii iudicis* (glossa *Promissi solutionem* al canone *Quicumque suffragio*: “*Obligatur ergo quis nudis verbis promittendo... Sed numquid cui promittitur agere potest. Sic, conditione ex illo canone iuramenti vel proponat factum et imploret iudicis officium*”). Tuttavia, egli ritiene che l’ipotesi contemplata dal canone commentato non configurasse un patto nudo bensì un patto vestito (il che dimostra la sua conoscenza della teoria civilistica dei *vestmenta*) il cui *vestmentum*, espressione della *causa promittendi*, era costituito dalla *remuneratio laboris*, ovvero, dall’avvenuta prestazione di una parte secondo lo schema dell’*interventus rei* (“*Immo haec non habent hic locum quia hic sufficit causa promittendi et vestitum fuit pactum*”). Questo, dunque, il *vestmentum* cui il Teutonico, probabilmente, si riferiva, come sembra suggerire la glossa *Quicumque* all’omonimo canone: “*Aliqui sustinuerunt labores pro ecclesia aliqua: praelatus illius ecclesiae promisit aliquid illis pro remuneratione laboris sui: terram scilicet vel aliquid aliud: postea volebat solvere promissum: unde quaesitum fuit in Concilio Toletano utrum ad hoc possit compelli de iure*”, (glossa pubblicata in J. ROUSSIER, *Le fondement de l’obligation* cit., Appendice II, p. 239).

<sup>35</sup> Com’è noto, molti decretalisti erano anche dottori di diritto civile, come Baldo degli Ubaldi e lo stesso cardinale Ostiense. Cfr. J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen und Literatur des Canonischen Rechts*, II, p. 123-129.

<sup>36</sup> Sulla *communis opinio canonistarum* cfr. P. G. CARON, *La “communis sententia doctorum” nel diritto canonico*, Camerino 1972 (estratto da *Annali della facoltà giuridica*, Camerino, vol. 38, 1972); P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 145-152; J. ROUSSIER, *Le fondement de l’obligation* cit., p. 172-174.

Tuttavia, non meno suggestive si rivelano le teorie di canonisti più “moderati”, come Sinibaldo de’ Fieschi, che proponevano soluzioni più aderenti alla tradizione delle fonti canonistiche. Così, il Roussier annovera fra i primi Goffredo da Trani, Bernardo da Parma, Vincenzo di Beauvais, l’Ostiense, Guido da Baisio, Giovanni d’Andrea; fra gli altri, Abbas Antiquus, lo Zabarella, Vincenzo di Spagna e Giovanni da Imola (*Le fondement de l’obligation* cit., p. 172-174); analogamente il Fedele, dopo

la posizione espressa, anche per la sua particolare autorità, dal Cardinale Ostiense<sup>37</sup>.

Nella sua trattazione, i temi del peccato e dell'obbligazione naturale costituiscono ancora il nucleo centrale della teoria canonistica sul principio *ex nuda promissione oritur actio*<sup>38</sup>. Dal patto nudo e dalla

---

aver indicato alcuni autori appartenenti alla *communis opinio* ritiene appartengano al secondo filone canonisti come Innocenzo IV, lo Zabarella e Giovanni da Imola (*Considerazioni* cit., p. 153-167).

<sup>37</sup> Canonista di fama indiscussa e civilista allo stesso tempo, Enrico da Susa acquistò una preparazione profonda in ogni campo della scienza giuridica che gli valse il titolo di *monarcha iuris utriusque*. Inoltre, nella sua opera [*Summa Aurea*] egli non si limita a riproporre quanto affermato dalle diverse dottrine ma compie una sintesi di esse mostrando maggiore chiarezza e distinguendo elementi fino ad allora confusi. Cfr. P. G. CARON, *Ostiense (Enrico da Susa)* in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XII, p. 283-285; J. F. VON SCHULTE, *Die Geschichte der Quellen* cit., vol. II, p. 123-124; K. PENNINGTON, *Enrico da Susa* in *Dizionario Biografico degli Italiani*, XLII, 1993, p. 758-763. Il pensiero dell'Ostiense si caratterizza nel panorama canonistico classico per la sua particolare autorità, come confermato da Guglielmo Durante il quale nel *proemium* allo *Speculum Iudiciale* riferisce al cardinale Ostiense e a Innocenzo IV il merito di aver portato alla perfezione la *teorica iuris* (V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, Napoli 1969, p. 121-122).

<sup>38</sup> Nel commento ai capitoli del titolo *De Pactis* l'Ostiense richiama spesso il tema del peccato: "[...] *Etenim in psalmista. Quae procedunt de labis tuis non facies irrita. Quia inter simplicem loquelam et iuramentum non est differentia apud Deum, xxij, q. v. iuramenti [...]*" (In *primum Decretalium librum Commentaria*, tit. *De Pactis*, cap. *Antigonus*, n° 2, Venetiis 1631, f. 177); "[...] *Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio ar.bic et XII, q.II quinquaginta suffragio et q. V quia Ioannes [...]* quia non debes etiam contra simplex verbum tuum venire XXII q I praedicandum nec et aliud gerere in corde et aliud exprimere in ore XXIII di.Psalmista. Unde sit sermo tuus est est, non non [...]" (tit. *De Pactis*, cap. *Qualiter in Sardinia*)... Sullo sviluppo della *ratio peccati* e del *periculum animae* nel pensiero dell'Ostiense cfr., inoltre, C. LEFEBVRE, "Aequitas canonica" et "periculum animae" dans la doctrine de l'Hostiensis, in *Ephemerides Iuris Canonici*, VIII, 1952, p. 305-321.

Cfr. P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 167-171; anche BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., si sofferma sulla centralità di questi due argomenti nella teoria della promessa ma, piuttosto che considerarli in maniera organica, li analizza come due aspetti separati. Infatti, egli accusa la moderna canonistica di non aver distinto la questione morale da quella propriamente giuridica e di aver, così, fatto una commistione di elementi etici e di elementi giuridici (p. 7-10); sussisterebbero, in altri termini, due obbligazioni parallele – una di coscienza e l'altra sociale e giuridica – che qualificerebbero rispettivamente la inosservanza della promessa come peccato e come violazione di una obbligazione naturale (p. 17 e ss.). Allora, secondo l'autore, mentre "l'argomento del peccato è addotto a sostegno della obbligatorietà della promessa ... si può dire da tutti i canonisti del periodo [classico]: ed esso è certo di per sé un argomento di squisito rilievo teologico-morale" (p. 84), "il dovere di mantenere i propri impegni ... [costitui-

semplice promessa sarebbe derivata un'obbligazione naturale che, per il diritto canonico, era pienamente efficace e la cui tutela non poteva essere limitata a una semplice eccezione processuale<sup>39</sup>. Il diritto divino naturale, infatti, fonte del diritto a tutti gli effetti, sanciva l'obbligo di osservare le promesse e i patti, quantunque nudi; in altri termini, di essere fedele alla parola data. Questo era, in buona sostanza, il contenuto del precetto divino la cui trasgressione comportava la commissione di un peccato<sup>40</sup>: chi violava un'obbligazione naturale non si pone-

---

sce] un'obbligazione anche giuridica ... in ragione, in primo luogo, della qualificazione di diritto naturale. Alla obbligazione di coscienza di osservare la promessa, scaturente dalla norma morale «*non mentieris*», si affianca, cioè, una parallela obbligazione naturale” (p. 65-66).

<sup>39</sup> Si legge nel commento del cap. *Antigonus* al n. 5 (*Commentaria* cit., 177r): “*Sed cum omnino deficit [ratio specialitatis] maxime in usaris et nautico foenore, dicamus sicut et ipsi [legistae] dicunt quod naturalis obligatio inde nascitur [...] naturalis ex qua secundum canones dabimus actionem*”. Cfr. T. BLANCO, *La noción canónica de contrato. Estudio de su vigencia en el CIC de 1983*, Pamplona 1997, p. 107-108. Sull'efficacia dell'obbligazione naturale in Santi Romano, cfr. *supra* alla nota 15.

<sup>40</sup> Alla luce della suddetta distinzione fra obbligazione di coscienza e obbligazione giuridica, il Bellini non riconosce la connessione fra obbligazione naturale e peccato. Quest'ultimo, invero, discenderebbe dalla violazione del solo precetto morale avente, del resto, efficacia meramente infrasubiettiva (*L'obbligazione da promessa* cit., p. 19-29). La norma di diritto naturale, invece, avrebbe un'efficacia intersoggettiva o, se si preferisce, sarebbe una norma di relazione avente ad oggetto il rapporto fra consociati (p. 79-80); sicché ad essa sembrerebbe poter essere ricondotta la *ratio scandalii* (cfr. p. 8: “[...] nei giuristi e nei teologi del tempo è ben precisa la distinzione [...] fra valutazione etica di rilevanza infrasubiettiva [...] e valutazione giuridico-canonica di rilevanza intrasubiettiva [sic] rispondente a una ragione sociale: alla esigenza, cioè, del mantenimento e della restaurazione della *quies fidelium* avverso gli attentati che possono a questa derivare dalla notizia o dalla visione del peccato [...]”) ma non anche la *ratio peccati*. Tuttavia, come si avrà modo di approfondire in seguito, Bellini sembra ricondurre alla obbligazione naturale non il problema della “relazione spirituale” fra i fedeli ma quello, invece, della tutela dell'interesse patrimoniale del promissario (“La regola morale *alterum non laedere* si converte sul piano dei rapporti intersoggettivi in un correlativo precetto di diritto naturale, bensì enunciabile negli stessi termini ma del quale è oggetto non più l'interesse spirituale del *praestans* a non trarre impedimento alla propria celeste salvezza, ma quello temporale del *recipiens* a non essere frodato e deluso nella propria aspettativa”, p. 82-83). Questa ricostruzione, tuttavia, sembra lasciare dei dubbi: in primo luogo, circa le ragioni della distinzione fra norma morale e norma giuridica all'interno di un ordinamento propriamente unitario e che per giunta si propone istituzionalmente di condurre i fedeli alla salvezza ultraterrena. Inoltre, qualche perplessità sorge in ordine all'affermazione secondo cui l'obbligazione naturale attiene esclusivamente all'aspetto dell'interesse patrimoniale ma che questo, tuttavia, riceve una tutela solo in via indiretta ed eventuale. Portando alle estreme

va, dunque, soltanto in conflitto con il destinatario del suo comportamento ma si allontanava da Dio, avendo trasgredito un suo precetto<sup>41</sup>.

Tuttavia, l'inosservanza del precetto divino finiva per avere degli effetti più ampi rispetto alla relazione «Dio – trasgressore/peccatore – *deceptus*»: il peccato, infatti, costituiva un fatto antisociale, sicché la *ratio scandali* imponeva di ristabilire l'ordine turbato<sup>42</sup>. L'esigenza di redenzione del peccatore in funzione della salvezza della sua anima e quella di eliminazione dello scandalo e del fatto nutritivo di peccato in funzione della tutela della *quies fidelium* potevano essere realizzate attraverso il pentimento del peccatore stesso che doveva essere, così, favorito dall'intervento della comunità<sup>43</sup>. Tutto ciò configurava, in generale, il compito istituzionale della Chiesa il cui obiettivo consisteva, appunto, nella salvaguardia della *salus aeterna animarum fidelium*<sup>44</sup>.

Quanto allo strumento processuale attraverso cui il diritto canonico poteva realizzare questi scopi, sembra che non tutti in dottrina fossero concordi nel riconoscere l'operatività di un'*actio* sul modello del diritto civile. Di certo, non sembra essere in discussione il fatto che le

---

conseguenze tale ragionamento, infatti, si potrebbe giungere alla conclusione che abbia maggiore pregnanza la regola morale rispetto a quella giuridica o che, addirittura, l'ordinamento canonico si ridurrebbe ad un semplice sistema di precetti morali.

<sup>41</sup> Sul punto il Fedele non sembra del tutto convincente. Egli ritiene che la violazione del precetto divino costituisca violazione di un obbligo morale e non giuridico ("l'obbligazione morale di mantenere la promessa trova fondamento sulla considerazione che colui il quale viene meno alla sua promessa mentisce e chi mentisce commette un peccato e compromette la salute della sua anima [...] la violazione di una promessa suona menzogna, la menzogna è peccato e deve essere punita" *Considerazioni* cit., p. 119). Questa opinione sembra essere confermata più avanti, laddove si legge che "il nuovo principio non poteva in nessuna guisa essere avallato sul terreno giuridico. Verso l'affermazione del nuovo dogma spingevano unicamente ragioni facenti capo all'equità e all'etica cristiana"; e alle p. 178 e ss. dove si sostiene esplicitamente la mancanza di un fondamento giuridico del principio "*ex nudo pacto oritur actio*" (Ivi, p. 149).

<sup>42</sup> P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 8, 153 e ss. "Il fatto del peccato [...] oltre che portare la perdizione del colpevole, si può tradurre in motivo di errore per gli altri consociati, in *offendiculum* sul cammino degli *homines viatores in veritate fidei deambulantes*" (p. 154-155). Per questo motivo "i relativi interventi delle autorità ecclesiastiche non soddisferanno una esigenza di fòro interno incentrata nell'attuazione dell'interesse spirituale dello stesso peccatore; ma appagheranno l'esigenza di fòro esterno, o semplicemente giuridica, della restaurazione [...] delle condizioni estrinseche più favorevoli alla operatività in *Ecclesia Christi* del precetto morale" (p. 158).

<sup>43</sup> Ivi, p. 195 e ss.

<sup>44</sup> *Ibidem*.

semplici promesse e i patti nudi trovassero finalmente tutela sul piano giuridico; che poi lo strumento accordato fosse la *imploratio officii iudicis* o la *denunciatio evangelica* o la *actio* (magari una *actio canonica*) questa fu, si può dire, una questione interna al dibattito canonistico del tempo<sup>45</sup>.

Nondimeno, in questo sviluppo della *ratio peccati* e della *ratio scandalis*, quali effetti della violazione del precetto di diritto divino naturale, poteva trovare spazio la tutela dell'interesse, anche patrimoniale, del promissario, seppure in via indiretta ed eventuale<sup>46</sup>. Infatti, attivando i rimedi processuali che l'ordinamento della Chiesa offriva, il promittente infedele era costretto ad adempiere la promessa altrimenti non avrebbe potuto riscattarsi. Così, indirettamente ma anche in via eventuale, l'interesse patrimoniale del promissario trovava realizzazione.

### 3. *Patto o promessa? Il fondamento dell'obbligo*

Sebbene la moderna storiografia abbia delineato i profili dell'efficacia delle obbligazioni da promessa nei termini esposti nel paragrafo precedente alcuni aspetti meritano ancora oggi una maggiore considerazione in una prospettiva di ricerca delle ragioni ontologiche poste alla base del principio in esame<sup>47</sup>. In particolare, sembra opportuno verificare se l'obbligatorietà sia riferibile propriamente al *pactum* ovvero già alla promessa *tout court*; se la stessa obbligatorietà sia legata a

---

<sup>45</sup> J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 95-175; P. FEDELE, *Considerazioni* cit., 171-179. Sul problema del rimedio processuale cfr. il paragrafo 6 del presente lavoro.

<sup>46</sup> Ivi, p. 162-164; P. BELLINI *L'obbligazione da promessa* cit., p. 303, ravvisa nella tutela dell'interesse patrimoniale del soggetto *cui promittitur* il senso dell'obbligazione naturale.

<sup>47</sup> Questa prospettiva è suggerita da una lettura dell'opera di A. REINACH, *I fondamenti a priori del diritto civile* (trad. it. di Daniela Falcioni, presentazione di Bruno Romano), Milano 1990. L'Autore, nel tentativo di costruire una *teoria a priori del diritto*, parte dalla premessa che la *fenomenologia* è un metodo che consente di distinguere il fenomeno, inteso in modo acritico come ciò che si dà a vedere, dal fenomeno inteso fenomenologicamente come ciò che è il senso ed il fondamento di quanto si dà a vedere; tale metodo consentirebbe di scoprire "l'essere dell'ente, il suo senso", cioè di "sformalizzare il fenomeno portando alla luce il suo senso". La ricerca fenomenologica consentirebbe di cogliere l'essenza di un determinato principio giuridico attraverso l'individuazione di *relazioni di essenza evidenti e necessarie* sottese al principio stesso (cfr. presentazione di Bruno Romano).

fattori esterni alla promessa o sia una qualità intrinseca della stessa; se sia possibile, infine, separare l’obbligazione giuridica da quella di coscienza<sup>48</sup>. Si tenterà di cogliere, in tal modo, una regola in ultima istanza ascrivibile ai principi dell’ordinamento della Chiesa.

Un primo punto che non sembra del tutto chiaro è quello se la regola “*nudum pactum obligationem parit*” sia riferita al patto, come suggerisce il tenore letterale della formula, o alla promessa in quanto tale, intesa come impegno di un soggetto.

Nella tradizione romanistica la giurisprudenza, nell’affermare l’inefficacia delle semplici convenzioni, ha sempre parlato di patto e non di promessa; ha sempre dato maggiore rilievo alla struttura bilaterale del negozio, alla corrispondenza di esso a una determinata forma tipica senza, sostanzialmente, considerare la promessa in quanto tale come atto capace di generare una obbligazione<sup>49</sup>.

Questo aspetto assume maggiore rilievo nel medioevo quando il patto non è più considerato un negozio giuridico residuale posto a margine dell’autonomia privata ma uno schema generale che, affiancato da una causa, generava efficacia obbligatoria<sup>50</sup>.

---

<sup>48</sup> In relazione alla promessa il già ricordato Reinach individua una legge universale e in sé evidente per cui “nessuna pretesa, nessuna obbligazione cominciano ad esistere o si estinguono senza ragione”. In particolare, “una causa che può generare una pretesa e un’obbligazione è proprio la promessa” non essendo altrimenti possibile comprendere la loro esistenza in modo autosufficiente; “una pretesa che nasce da una promessa esiste proprio attraverso questa”. In altri termini, “la promessa è un atto che ha un’identità propria” e, pertanto, “le pretese e le obbligazioni che derivano da essa si fondano sull’essenza di questo atto” (p. 21-40).

<sup>49</sup> Mentre il patto appariva come lo schema negoziale per antonomasia, la promessa in quanto tale, intesa come negozio a struttura unilaterale, assumeva un ruolo assolutamente marginale. La *pollicitatio* e il *votum*, infatti, venivano in considerazione non tanto per la loro capacità oggettiva di impegnare una condotta e generare, così, un obbligo ma per la loro corrispondenza a uno schema tipico e consolidato. Considerati, ormai, degli istituti di diritto pubblico davano luogo a una obbligazione perché espressione di una forma di tipicità. Cfr. GUARINO, *Diritto privato romano* cit., p. 962-963. Secondo il VOLANTE, *Il sistema contrattuale* cit., p. 39-40, essendo il patto dotato “della generale capacità di costituire fonte di obbligazione”, si configurava la “struttura pattizia [...] come archetipo della fattispecie obbligatoria”.

A. D’ANGELO, *Promessa* cit., ritiene, infine, che “a differenza del patto, la nuda promessa, la *pollicitatio* non è considerata sufficiente a produrre neanche una *obligatio naturalis*, talché il fondamento di questa [*obligatio naturalis*] appare risiedere nel consenso di promittente e promissario” (p. 117).

<sup>50</sup> Era ormai la causa tipica che attribuiva efficacia ad un negozio. Del resto, l’attrazione, nella teoria dei Glossatori, del patto alla dimensione dell’*aequitas* (intesa

Nella stessa epoca, invece, l'attenzione dei canonisti si sposta dal patto alla promessa; essi, nell'affermare la regola "*ex nudo pacto oritur actio*", sembrano aver riferito l'efficacia non già al patto nudo ma alla promessa pura e semplice. Un punto, questo, che merita maggiore approfondimento<sup>51</sup>.

---

come "giuridicità fattuale", cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale* cit., p. 58. Cfr. anche la nota 53 del presente lavoro) aveva determinato uno "scarso approfondimento del confronto tra *pactum* e *pollicitatio*" e un prevalere del primo sulla promessa al punto che attraverso lo schema pattizio si realizzavano anche i c.d. *pacta tacita*, ovvero "atti di disposizione per loro natura unilaterali". Sul punto cfr. E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 448-449.

<sup>51</sup> Sul punto Bellini rileva come "la maggioranza dei canonisti fosse contraria a riconoscere alla *pollicitatio* lo stesso valore vincolante del *pactum*" sicché della promessa meramente unilaterale si attenuava la rilevanza sociale del negozio. Pur ritenendo che "il principio della realizzabilità canonica delle obbligazioni di coscienza e naturali da promessa si sia sviluppato indipendentemente da tale distinzione [*pollicitatio* e *pactum*]" al punto che nella dottrina classica si affermava "*ex nuda promissione* (e non soltanto *ex nudo pacto oritur actio*", l'Autore asserisce che "la fonte dell'obbligazione è riposta sempre nel fatto della promessa prestata dal soggetto [...] solo che tale obbligazione resta condizionata al fatto [...] della accettazione del *recipiens*"; "l'obbligazione da patto, vale a dire, resta sempre, in questo schema, una obbligazione da promessa unilaterale, condizionata dal promittente ad un comportamento del promissario" (P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 147-148). Tale ricostruzione dell'illustre canonista non appare del tutto convincente: sicuramente condivisibile è l'affermazione secondo cui l'obbligazione da patto resta comunque una obbligazione da promessa; qualche dubbio può sorgere, tuttavia, in relazione all'assunto secondo cui essa risulterebbe condizionata dal promittente ad un comportamento del promissario (accettazione). Cosa, questa, che in ultima analisi potrebbe portare a configurare l'obbligazione *de qua* comunque come "obbligazione da patto". Piuttosto, come si tenterà di dimostrare in seguito, nello schema dell'obbligazione da promessa canonica non sembra porsi il problema dell'accettazione giacché il vincolo troverebbe le sue ragioni non tanto nella dinamica di proposta e accettazione o, addirittura nell'accordo delle parti, ma nell'impegno che il soggetto assume con la promessa (intesa in senso lato) verso il prossimo e, infine, verso Dio. Anche J. ROUSSIER, *Le fondament de l'obligation* cit., ritiene che *pollicitatio* e *pactum* non avessero lo stesso valore vincolante, sebbene il termine promessa venisse inteso in senso ambivalente ("Les canonistes ne confondaient pas en règle générale la *pollicitatio* avec le *pactum*, bien que le terme de promesse fût amphibologique", p. 178). Inoltre, Roussier afferma che "la pollicitation n'est qu'un embryon de contrat qui ne saurait obliger" (il che farebbe dedurre che, secondo questa ricostruzione, l'accettazione del promissario trasformerebbe la *pollicitatio* in *pactum* o, addirittura, in contratto) e che solo in due casi eccezionali essa comportava il sorgere di una obbligazione: "la promesse à Dieu" [*votum*] e "la promesse à la cité" [*pollicitatio*] (p. 179). Non sembra, tuttavia, che la *pollicitatio* potesse configurarsi, in diritto canonico, come un "contratto allo stato embrionale" incapace di obbligare, né che tale capacità le fosse attribuita in via eccezionale. La "promessa alla

L'idea della “promessa” intesa come impegno e come concetto comune sia alla figura della *pollicitatio* sia a quelle del *pactum* e della *stipulatio* appare chiara nell'Ostiense che così scrive nella *Summa Aurea*: “[*pactum*] differt a pollicitatione quae est solius offerentis promissio; [...] promissio autem non solum potest referri ad pollicitationem sed ad nudum pactum et ad stipulationem”<sup>52</sup>.

Nei *Commentaria*, al capitolo *Pactiones* del titolo *De pactis*, invece, l'Ostiense non parla esplicitamente di promessa ma trattando direttamente dei patti non dà di essi una definizione (rimandando, evidentemente, a un concetto ormai consolidato: valga la definizione comune ulpiana di “*duorum pluriumve in idem placitum consensus*”) e si limita a distinguerli dalle *conventiones*<sup>53</sup>.

Colpisce, però, il fatto che l'Ostiense, pur parlando sempre in termini espliciti di patto, sembra rivolgere la sua attenzione non tanto alla struttura bilaterale del negozio determinata dalla accettazione del promissario ma, piuttosto, al momento iniziale di esso, cioè alla promessa. In tutti i casi in cui nella trattazione si riporta una ipotesi specifica esemplificativa, la riflessione sembra rivolta quasi esclusivamente al comportamento del promittente: segno evidente, questo, che per il

---

città” (*pollicitatio*) e la “promessa a Dio” (*votum*) erano figure negoziali tipiche già conosciute dal diritto romano, per cui i canonisti, quando parlavano di *pollicitatio* non si riferivano alla promessa pura e semplice contrapposta al patto e avente rispetto a esso una minore rilevanza sociale ma, piuttosto, intendevano un negozio tipico di diritto romano che generava una obbligazione civile. Il termine promessa poteva forse riferirsi in modo ambiguo a *pollicitatio* e *pactum*, ma di certo promessa e *pollicitatio* non erano sinonimi. Si legge, infatti, nella *Summa Aurea* dell'Ostiense: “*promissio, autem, non solum potest referri ad pollicitationem sed ad nudum pactum et stipulationem*” (*Summa Aurea, de pactis, quid sit*, col. 363, Venetiis 1574).

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> HOSTIENSIS, *In Decretalium libros Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas 1581 (ristampa anastatica Bottega d'Erasmus, Torino 1965), tit. *de pactis*, cap. *pactiones*, 1, addito a: “*Hic differentiam inter pactiones et in conventiones: nomen pactio est specialis, conventio est generalis*”.

L'assenza della definizione di *pactum* e il rimando alla definizione ulpiana (“*Pactum autem a pactione dicitur ... et est pactio quorum pluriumve in idem placitum [et] consensus*”, D. 2. 14. 1. 1-2) è un dato che caratterizza anche la scienza dei Glossatori i quali, mostrando maggiore interesse per l'approfondimento della dimensione equitativa di esso, sottraggono la definizione di *pactum* ad una autentica *interpretatio* e accolgono dello stesso una “percezione atecnica” come “fatto normativo”, ossia come accordo vincolante le parti. Sul punto cfr. E. STOLFI, *A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»* cit., p. 448.

canonista è il momento della promessa che ha maggiore rilievo nel patto.

Un esempio può servire a chiarire l'affermazione. Ai numeri 4, 5, e 6 del capitolo *Pactiones* l'Ostiense considera la liceità o meno di un patto quasi esclusivamente in riferimento al momento del promettere e a prescindere dal comportamento effettivo del promissario:

*“Pactum rei turpis est ut si dicam promitto tibi quod interficiam talem. Pactum vero turpe, id est turpiter vel sub turpi conditione interpositum, est quando id quod promittitur licitum est sed ratione adiuncti turpe redditur, ut si dicam promitto tibi dare X si talem interfeceris. Nam prima pars per se licita est et onesta; seconda vero conditio apposita turpis est et ideo ratione adiuncti totum turpe censetur”*<sup>54</sup>.

Nella prima ipotesi di patto illecito (*rei turpis*) la illiceità dipende esclusivamente dal comportamento del promittente, giacché la promessa in sé è illecita per via del suo oggetto (“... est pactum turpe quantum in se ut in primo exemplo ...”)<sup>55</sup>: in questo caso si dice che il patto è illecito *ex parte promittentis*.

Nella seconda ipotesi di patto illecito (*pactum turpe*), la illiceità si configura solo considerando l'intero negozio; la promessa in sé sarebbe lecita ma, essendo illecita la condizione apposta, questa travolge la promessa stessa (“... pactum est turpe propter rem turpem, ut in secondo exemplo ...”)<sup>56</sup>. In questo caso si dice che il patto è illecito *ex parte recipientis*.

Distinguendo, così, le due ipotesi di illiceità del patto, l'Ostiense finisce per verificare se in un caso o nell'altro la promessa possa essere valida ed efficace.

Nell'ipotesi di *pactum rei turpis* la promessa è assolutamente invalida poiché *turpis ex parte promittentis*, al punto che neanche un eventuale giuramento può determinare effetti obbligatori<sup>57</sup>.

Nell'ipotesi, invece, di *pactum turpe* la promessa in sé (primo momento del negozio) è valida ma condizionata nella sua validità *ex parte recipientis*. Tuttavia, a conferma della validità in sé della promessa, il canonista osserva che se interviene giuramento questo sarà obbligatorio per il promittente (è lecita la precedente promessa quale suo

<sup>54</sup> HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 178.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> *Ibidem*.

<sup>57</sup> “Item pactum aut continet turpitudinem utriusque, tam promittentis quam recipientis, et tunc etiam si iuramentum interveniat nulla tenus est servandum” (*Ibidem*).

presupposto) essendo il patto originario (e non anche la promessa) vietato solo *ex parte recipientis*; il promissario, invece, sarà obbligato a restituire quanto ottenuto dal promittente in forza del giuramento mancando una causa (il patto era, appunto, invalido) che giustificava un'attribuzione patrimoniale a suo favore<sup>58</sup>.

Da questo punto di vista, la differenza fra diritto civile e diritto canonico circa la materia in analisi risiede proprio in questo: per i civilisti il problema dell'efficacia ruotava attorno al concetto di patto e alla corrispondenza di esso a uno schema tipico, a una causa tipica<sup>59</sup>, senza che il momento della promessa assumesse un rilievo centrale (questa, infatti, rimaneva assorbita nel patto e ne seguiva le sorti riguardo all'efficacia); i canonisti, invece, non si ponevano tanto un problema di patto e di corrispondenza dello stesso ad uno schema causale determinato, ma ritenevano esistere una certa preminenza del valore della promessa in sé.

Un diverso modo, dunque, di intendere l'origine del vincolo: il riferimento al patto implicava un'idea del vincolo basato comunque sul consenso delle parti<sup>60</sup>, mentre il concetto di promessa (*rectius*, atto di volontà unilaterale) implicava l'idea di un vincolo nascente in forza del solo impegno del soggetto<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> "[*pactum est turpe*] *ex parte recipientis tantum et tunc est iuramentum servandum, licet postea id quod traditur repetatur*" (*Ibidem*).

<sup>59</sup> Sul punto A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 62, riportando il pensiero di Astuti, osserva che è "una fondamentale esigenza, valida in ogni ordinamento giuridico", che il vincolo obbligatorio sia ricondotto ad "elementi oggettivi, sostanziali o formali" in difetto dei quali il consenso non può produrre l'obbligazione.

<sup>60</sup> Cfr. A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 117.

<sup>61</sup> Da questa considerazione nuova luce può gettarsi sulle conclusioni di A. D'ANGELO, *Promessa* cit., in base alle quali la promessa non è mai in sé obbligatoria e il vincolo deriva, piuttosto, da fattori esterni ad essa. Ciò sembra potersi affermare, almeno in parte, in riferimento all'esperienza del diritto civile, che ha ricondotto l'efficacia della promessa alla sua corrispondenza ad uno schema negoziale tipico e, comunque, alla sussistenza di una causa tipica. Più difficile appare poter riferire l'assunto al diritto canonico in cui la promessa trova in sé stessa le ragioni del vincolo e, quindi, in un fattore intrinseco; non c'è una causa esterna che determina, come nel diritto civile, il sorgere del vincolo ma le ragioni di questo appaiono risiedere nella promessa stessa concepita, nella dottrina cristiana, impegnativa per l'uomo.

#### 4. Il problema della causa. Obligatorietà intrinseca o fattori esterni?

Mentre i glossatori consideravano l'efficacia del patto in relazione alla concorrenza di *causa naturalis* e *causa civilis*<sup>62</sup>, i canonisti affermavano il principio dell'efficacia della obbligazione da promessa in virtù della sola obbligazione naturale da essa derivante. In altri termini, la giuridicità della promessa si riconduceva, nella prospettiva canonistica, alla sussistenza della *causa naturalis*<sup>63</sup>.

Se, dunque, è chiaro che l'efficacia della promessa discendeva, sul piano delle fonti, dal diritto naturale (*rectius*, diritto divino naturale) non altrettanto univoca appare la definizione di esso e del suo contenuto anche presso gli stessi canonisti<sup>64</sup>.

Questa la sostanziale differenza sul punto fra diritto civile e diritto canonico: entrambi gli ordinamenti riconoscevano una *causa naturalis* quale elemento fondante l'efficacia di un negozio solo che, in quello civile, essa comportava una giuridicità unicamente fattuale e, quindi, una efficacia limitata tutelabile per mezzo di una *exceptio* processuale<sup>65</sup>; in quello canonico, invece, determinava una efficacia giuridica piena giacché esprimeva sufficientemente il senso dell'economia della

<sup>62</sup> Le due cause dovevano sussistere entrambe perché un negozio fosse perfetto. La realizzazione di una soltanto delle *cause obligationis* dava vita a una fattispecie negoziale imperfetta: la sola *causa civilis* (es. *stipulatio*) dava luogo all'istituto dell'indebito mentre il compimento della sola *causa naturalis* comportava la *soluti retentio*. Cfr. F. CALASSO, *Il negozio giuridico* cit., p. 221-222; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale* cit., p. 98-102.

<sup>63</sup> Cfr. P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 65 e ss.

<sup>64</sup> Secondo il rilievo di Bellini, "delle obbligazioni naturali la dottrina giuridica della Chiesa [non aveva] una nozione dommatica precisa e unitaria" anche se "nella letteratura canonistica parrebbe potersene ricavare una del tutto peculiare dipendente in via immediata dalla interpretazione spiccatamente teologica che contraddistingue il pensiero dei grandi canonisti circa il diritto naturale"; quest'ultimo rappresenterebbe "un organico e completo sistema di precetti che la speculazione teologica cristiana riconduce materialmente alla ragione e formalmente alla volontà di Dio Legislatore". Infine, "la nuova accezione cristiana del diritto divino naturale s'era venuta tuttavia consolidando ... sulla base della celebrata definizione graziana" quale diritto "costituito dalle norme di contenuto necessario" (P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 67-72).

<sup>65</sup> Naturalmente, ciò nei casi in cui la fattispecie negoziale costituisse un patto nudo; altrimenti, nelle ipotesi di patti riconosciuti storicamente per effetto di costituzioni imperiali (*conventiones legitimae*) o di patti accompagnati da un *vestmentum*, operava la tutela ordinaria fondata sulla *actio*. Cfr. *supra* paragrafo 1.

Chiesa e consentiva, così, il ricorso ai rimedi processuali tipici del *forum Ecclesiae*.

Per il diritto canonico ogni promessa doveva essere mantenuta e, quindi, i patti rispettati perché per diritto naturale l'uomo deve essere fedele alla parola data come Dio è fedele alle sue promesse. È proprio per sua natura che l'uomo deve tener fede alle promesse: se egli è stato creato a immagine e somiglianza di Dio e Dio mantiene le sue promesse, conseguentemente non può venir meno ai suoi impegni perché commetterebbe un peccato e andrebbe contro la sua natura.

Questo motivo di fondo può essere colto nella speculazione dei canonisti che, commentando i passi del *Decretum* e delle *Decretales*, non mancano di richiamare continuamente i testi evangelici che raccomandano di non venir meno alle proprie promesse e di non spergiurare<sup>66</sup>.

L'Ostiense, nel commento al capitolo III *Qualiter in Sardinia* del titolo *De Pactis*, afferma in tal senso, enunciandoli nel *summarium*, due principi fondamentali che esprimono il senso della promessa: “*Quis non debet contra simplex verbum suum venire*” e “*Non est gerendum aliud in corde et aliud exprimere in ore*”<sup>67</sup>. Il commento che segue rivela la diversa prospettiva del diritto canonico rispetto al diritto civile, di cui si accennava sopra, secondo una comparazione riproposta dallo stesso Autore: il termine *Promittuntur* del capitolo *Qualiter* è inteso nel senso di ciò che è promesso “*per stipulationem secundum leges exceptis quibusdam casibus in quibus ex nudo pacto actionem dant*”<sup>68</sup>. In altri termini, viene ribadito che in diritto civile l'efficacia della promessa rimane circoscritta ai negozi riconosciuti dall'ordinamento, mentre in diritto canonico essa ha una valenza più ampia che richiede l'osservanza di qualsiasi promessa (“*Tamen secundum canones etiam ex nudo pacto datur actio [...]*”)<sup>69</sup>. A tal proposito l'Ostiense, oltre a richiamare i canoni del *Decretum* che sanciscono l'efficacia della promessa<sup>70</sup>, cita i passi biblici su cui la stessa, a suo avviso, si fonda<sup>71</sup>.

<sup>66</sup> Cfr. *supra* nota 22.

<sup>67</sup> HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 177.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> *Ibidem*.

<sup>70</sup> “[...] *ar. hic et xii. q. ii. quicumque suffragio et q. v. quia Iobannes [...] xxii. q. i. predicandum [...]*” (*Ibidem*).

<sup>71</sup> “[...] *Hoc etiam espresse probatur Gen. xxx. f. ubi dixit Laban. ad Iacob. Gra-*

I principi riguardanti la promessa, indicati dall'Ostiense nel *summarium*, sono espressione di una vera e propria regola giuridica e non soltanto di un mero precetto morale, come dimostra la spiegazione di essi fatta dall'Autore<sup>72</sup>. Questi principi esprimono il senso di un precetto di diritto divino naturale che impone di non commettere peccato violando le promesse e di non turbare, così, l'equilibrio morale della *societas hominum viatorum*.

Ecco, allora, che i temi della *ratio peccati* e della *ratio scandali* non possono essere considerati fini a sé stessi come espressione, l'uno di una obbligazione morale in funzione infrasubiettiva, l'altro come espressione di una obbligazione giuridica in funzione intersoggettiva<sup>73</sup>. Essi vanno insieme e, come espressione della *causa naturalis*, trovano la loro sintesi nella formula della *ratio aequitatis*.

Così intesa, la *causa naturalis* non appare come un elemento ulteriore ed esterno alla promessa che determina il vincolo obbligatorio<sup>74</sup> ma come forma di una qualità intrinseca della stessa: in un certo senso si potrebbe sostenere che la promessa è causa a sé stessa e trova in sé le ragioni della sua efficacia<sup>75</sup>.

---

*tum habeo, quod petis &c. quia non debes etiam contra simplex verbum tuum venire[...] nec et aliud gerere in corde et aliud exprimere in ore. xxiii. dixit Psalmista Unde sit sermo tuus est, est, non, non [...] (Ibidem).*

<sup>72</sup> Si noti la sincronia fra passi biblici e canoni del *Decretum* oltre, naturalmente, alla comparazione col diritto civile.

<sup>73</sup> In questo senso considera la questione P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., p. 9-10. Cfr., inoltre, paragrafo successivo.

<sup>74</sup> L'idea della *causa* quale elemento esterno alla promessa e fonte del relativo vincolo obbligatorio è fortemente ribadita dal D'Angelo secondo il quale "una volta riconosciuto che la semplice promessa ed il semplice consenso non costituiscono esaurienti requisiti e ragioni del vincolo giuridico, se ne svaluta il significato fino a proporre una configurazione di *promises as admissions* che pone il fondamento esclusivo dell'obbligazione al di fuori della promessa e tende ad assegnare sempre a quest'ultima un ruolo meramente ricognitivo" (A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 204. Cfr. anche p. 115-125).

<sup>75</sup> Questa sembra essere l'opinione comune dei canonisti. Isolata appare, invece, la ricostruzione di Baldo degli Ubaldi che tenta di esteriorizzare la *causa naturalis* quando, tentando di applicare al diritto canonico la teoria dei *vestimenta*, individua nel *vestmentum roboris* la causa dell'efficacia della promessa; un elemento esterno, appunto, determinerebbe la sanzione del vincolo ("*Sed ubi habet causam extrinsecam, ut liberalitatis, pacis, et concordiae, tunc pactum est omnino servandum, ut hic praetera istud non est pactum nudum sed vestitum roborae canonicae sanctionis. Unde tu canonista addis ad vestimenta pactorum vestimentum quod appellatur vestimentum roboris*"). BALDO, *In Decretales Commentaria*, Venetiis 1571, fo. 202v.)

Per lo stesso motivo la nudità del patto è intesa in senso antiformalistico e non anticausalistico: essendo la promessa efficace per una sua naturale qualità intrinseca, essa reca sempre una causa (*naturalis*) e, quindi, la nudità non può che essere intesa come mancanza di forma<sup>76</sup>.

### **5. (segue) La promessa fra diritto e morale: inseparabilità dell'obbligazione di coscienza dall'obbligazione giuridica**

L'efficacia intrinseca della promessa, così come ricostruita nelle pagine precedenti, sembra contrastare con la distinzione e separazione di obbligazione di coscienza e obbligazione giuridica proposta da Bellini<sup>77</sup>.

Questi, infatti, considera innanzitutto le due obbligazioni come distinte e parallele, operanti su due piani diversi e, in secondo luogo, riconosce la giuridicità della obbligazione da promessa alla sola tutela dell'interesse patrimoniale del promissario<sup>78</sup>.

Invero, la distinzione proposta da Bellini sembra evocare, in ultima analisi, quella relativa al rapporto tra fòro interno e fòro esterno: sostenere che dalla promessa derivano due obbligazioni parallele e distinte, l'una di coscienza e l'altra sociale, sembra voler significare che vi è in essa un momento attinente al fòro della coscienza e un momento attinente al fòro delle relazioni esterne.

Tale distinzione, tuttavia, non sembra apparire del tutto netta nel momento in cui la dottrina canonica andava elaborando il principio dell'efficacia della promessa<sup>79</sup>.

---

<sup>76</sup> Cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica* cit., p. 193-199; A. D'ANGELO, *Promessa* cit., p. 92-93.

<sup>77</sup> Cfr. P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa* cit., in particolare, capp. 1 e 2 della prima parte.

<sup>78</sup> Come si è accennato in precedenza, il Bellini in una prima fase della sua analisi sembra ritenere che accanto ad una obbligazione morale che vieta di infrangere le promesse operi parallelamente una obbligazione sociale in funzione intersoggettiva che, nell'economia della Chiesa, è volta a tutelare la società dei fedeli dallo scandalo generato dall'altrui fatto di peccato (tutela di un interesse spirituale dei fedeli). In seguito, però, lo stesso Autore, affermando che la giuridicità della obbligazione da promessa dipende dalla qualificazione di diritto divino naturale, sembrerebbe ritrattare la sua stessa posizione ritenendo che l'obbligazione naturale attiene alla tutela dell'interesse patrimoniale del soggetto *cui promittitur*.

<sup>79</sup> Sul punto, cfr., in generale, G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno nel qua-*

Sin dall'epoca patristica non sempre è stata chiara la distinzione tra *peccatum* e *delictum*, tra *fòro interno* e *fòro esterno*. La definizione agostiniana di *peccatum* quale "*factum vel dictum vel concupitum ... contra legem aeternam*"<sup>80</sup> si prestava ad esprimere sia il senso teologico dell'offesa a Dio, sia quello giuridico del turbamento del rapporto del fedele con la Chiesa<sup>81</sup>; ne risultava la inidoneità di una distinzione tra i due *fòri* sicché predominava una concezione "pubblicistica" dell'istituto penitenziale<sup>82</sup>. Solo in una seconda fase, con Abelardo, si distingue, sotto un profilo teologico, il giudizio di Dio dal giudizio degli uomini, l'uno preordinato alla retribuzione della colpa, l'altro tendente a fini estrinseci alla colpa in sé considerata e finalizzato alla punizione delle opere dell'uomo<sup>83</sup>. Una distinzione, questa, che per i decretisti passa in secondo piano sicché, sotto il profilo giuridico, i due *fòri* apparivano funzionalmente collegati e approntati alla realizzazione della giustizia nell'economia della Chiesa<sup>84</sup>.

Del resto, la stessa distinzione agostiniana e graziana tra *forum poli* e *forum fori* non necessariamente sembra individuare i due termini come sinonimi di *fòro interno* e *fòro esterno*<sup>85</sup>. In particolare, il *forum poli* non individuerrebbe esclusivamente il *fòro* della coscienza ma il diritto canonico nel suo complesso in contrapposizione al diritto secolare indicato, invece, con il termine di *forum fori*<sup>86</sup>. Tale binomio

---

*dro generale della giurisdizione della Chiesa*, Padova 1961 (nuova ed. a cura di S. Gherro, Padova 2002).

<sup>80</sup> S. AGOSTINO, *Contra Faustum*, I, XXII, c. 27.

<sup>81</sup> Cfr. G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 65-68.

<sup>82</sup> *Ibidem*.

<sup>83</sup> Ivi, 78 e ss. Per le stesse ragioni Abelardo ritiene che la *denunciatio evangelica* sia funzionale alle esterne esigenze di giustizia non alla retribuzione della colpa. *Ibidem*.

<sup>84</sup> "I decretisti ... videro nella giustizia penale, oltre l'utilitaria prevenzione dei delitti, anche la retribuzione, con giusta vendetta, del peccato" (Ivi, p. 81). Dunque, mentre i teologi intendevano il peccato semplicemente come "offesa a Dio", i canonisti avanzavano l'idea del peccato-delitto quale "offesa a Dio e alla Chiesa".

<sup>85</sup> Ivi, p. 33.

<sup>86</sup> Per il Ruffini tale "singolare contrapposizione" risalirebbe a Stefano di Tournay che, nel commentare il c. 2, C XXVII, q. 2 del *Decretum*, identifica il *ius poli* con il diritto canonico e con la *lex naturalis* ("*lex poli, id est canonum ... lex naturalis*"). Cfr. F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione*, Torino 1882, p. 57. In merito Stephan Kuttner ritiene che la distinzione fra i due *fòri*, almeno fino agli inizi del XII secolo, non fosse del tutto netta ma funzionale al superamento dell'imperfezione umana a giudicare e alla realizzazione della giustizia divina nel mondo terreno. Per tale ragione, essa non deve essere enfatizzata poiché è ricondotta ad unità nell'e-

“denuncerebbe una situazione di contrasto, non all’interno dello stesso ordinamento canonico, ma tra ordinamenti, l’uno all’altro esterni”<sup>87</sup>; in questa dinamica il *forum poli* (*ius canonicum*) comprenderebbe tanto la *ratio peccati* quanto la *ratio scandali*: le due *rationes*, lungi dal rimanere separate e operanti su piani diversi, costituivano manifestazioni di quel diritto che governava l’uomo nella sua interezza<sup>88</sup>.

## 6. Il rimedio processuale

Se unanime era stato l’orientamento dei canonisti nel riconoscere il fondamento della obbligazione da promessa nel *ius divinum naturale*, non altrettanto univoche apparivano le soluzioni proposte circa il pro-

---

conomia della Chiesa: “Sufficiat asserere, quod ius canonicum differentiam inter forum caeleste et forum terrenum admittebat quidem, sed tantum ratione imperfectionis inevitabilis humanae et semper intentum ad differentiam non nimis augendam. Haec intentio etiam in pensandam regula nostra, quod de occultis non iudicat ecclesia, respicienda est. Si enim per hanc regula peccata interiora et delicta latentia in foro iudiciali ecclesiae non iudicantur, hic defectus tamen corrigitur in foro poenitentiali, quod non in manifesta restrictum est, sed occulta etiam comprehendit. Quoniam enim ecclesia est ecclesia Dei, qui ei dedit potestatem ligandi et solvendi, quoniam in foro interno confluunt iurisdictio et sacramentum, ecclesia – at ea sola – fines humanae imperfectionis [...] transcendere et iudicio suo id assequi potest: ut repraesentet iustitiam Dei in hoc mundo” (S. KUTTNER, *Ecclesia in occultis non iudicat*, in *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, III, Roma 1935, p. 245-246).

<sup>87</sup> G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 35.

<sup>88</sup> “Il *ius poli* [...] non può non abbracciare tutto il complesso della legge canonica, tanto la parte che è destinata a regolare la coscienza, quanto la parte concernente gli atti esterni” (F. BRANDILEONE, *Perché Dante colloca in paradiso il fondatore della scienza del Diritto Canonico* in *Rendiconti della Classe di Scienze morali, storiche e filosofiche della Reale Accademia Nazionale dei Lincei*, 1926, sez. IV, vol. II, fasc. 3-4, p. 92). Sul punto cfr. G. SARACENI, *Riflessioni sul fòro interno* cit., p. 18-19, 35-36.

Anche a voler disattendere, con il Saraceni, la tesi di Brandileone e, dunque, a voler considerare ormai acquisita, grazie al contributo di Tommaso d’Aquino, alla scienza del diritto canonico lo sdoppiamento tra fòro interno e fòro esterno, tuttavia, non può non tenersi conto del collegamento teleologico fra essi e della loro preordinazione alla realizzazione del bene dell’uomo e dei fini istituzionali della Chiesa che impedisce, in sostanza, di distinguere l’obbligazione giuridica da quella morale. Del resto, come ha osservato il Fedele, *Considerazioni* cit., p. 168-169, ciò che rileva nel diritto canonico delle obbligazioni è l’elemento del *peccatum*. Per cui, sia che si assuma rispetto ad esso la prospettiva interna della *ratio peccati*, sia che si assuma quella esterna della *ratio scandali*, il diritto canonico “di una cosa sola si preoccupa [...] di attuare il fine supremo per il quale vive la Chiesa, la salute dell’anima, e di reprimere ciò che alla realizzazione di questo fine si oppone, il peccato”.

blema dell'individuazione del rimedio processuale per la realizzazione della stessa obbligazione.

Gli strumenti processuali individuati andavano dalla *imploratio officii iudicis loco actionis* alla *condictio ex canone*; dalla *denunciatio evangelica* alla *imploratio officii iudicis in modum denunciationis* e, infine, a una vera e propria *actio canonica* sul modello del diritto civile<sup>89</sup>.

Ma, in linea generale, i canonisti dell'epoca erano orientati verso due filoni contrapposti: uno era quello della *communis opinio* che sosteneva l'esperibilità di una vera e propria azione secondo il modello delineato da Giovanni Teutonico; l'altro, invece, più moderato, rifacendosi alla teoria di Sinibaldo de' Fieschi, optava per la *denunciatio evangelica*<sup>90</sup>. In particolare, fra i sostenitori del primo orientamento viene comunemente citato il cardinale Ostiense.

In realtà, un'attenta analisi del commento al titolo *De Pactis* delle Decretali rivela come l'Ostiense sembri piuttosto appartenere a quel ramo moderato della canonistica classica che rifiutava l'idea dell'esperibilità di una *actio*. Nel capitolo *Antigonus* mostra una preferenza per la *denunciatio evangelica* (ovvero, la *imploratio officii iudicis in modum*

---

<sup>89</sup> L'*ordo iudiciarius* nel corso del XII secolo aveva assunto sempre più una tendenza non formalista sicché, ritenuto ormai superfluo l'onere di dare un *nomen* all'azione in base alla quale si procedeva, si ampliavano le possibilità di individuazione di uno strumento processuale con cui tutelare le obbligazioni da promessa. Fra i primi decretisti Uguccone da Pisa sostiene l'idea della realizzabilità della promessa permesso della *imploratio officii iudicis (loco actionis)* adattando, così, al diritto canonico uno strumento processuale di derivazione secolare. Successivamente Giovanni Teutonico, sulla scia di Uguccone, individua la *condictio ex canone iuramenti*, a imitazione della *condictio ex lege* dei civilisti, dapprima come alternativa alla *imploratio officii iudicis*, in seguito come rimedio unico. Attraverso questi strumenti processuali i decretisti, ponendo in secondo piano il punto di vista della morale e del peccato, intendevano accordare in favore del promissario una "action en exécution". Con la decretalistica e, in particolare, con Innocenzo IV la sanzione per l'inosservanza della promessa non è più identificata in una azione esecutiva della stessa ma in una pena canonica. In quest'ottica la *denunciatio evangelica* appariva lo strumento più adatto a realizzare la promessa, seppure in maniera indiretta, attraverso la minaccia di una sanzione spirituale. Essa, pertanto, mitigò il suo originario carattere di strumento caritativo e assunse progressivamente una veste giuridica per effetto della sua attrazione all'*ordo iudiciarius* e della sua qualificazione come *denunciatio iudicialis*. Sul punto cfr. J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 95-175. Inoltre, sull'evoluzione della *denunciatio evangelica* cfr. in generale P. BELLINI, *Denunciatio evangelica e denunciatio iudicialis privata. Un capitolo di storia disciplinare della Chiesa*, Milano 1986.

<sup>90</sup> P. FEDELE, *Considerazioni* cit., p. 145-152; J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 172-174.

*denunciationis*) e non per l'azione. Si legge: “*Aut conventus, id est qui pacta non servat coram ecclesiastico iudice. Vel dic conventus, idem per ecclesiasticus iudicem monitus, is qui convenitur eo quod pactum non servat, premissa monitione illius cui iniuriatur [...] idem poenituerit et emendaverit et de coetero a talibus abstinerit [...]*”<sup>91</sup>.

Analiticamente, vi è il contemporaneo richiamo alla struttura dell'*imploratio* (*conventus coram ecclesiastico iudice qui pacta non servat*), in cui il promissario si rivolge direttamente al giudice esponendo i fatti e chiedendo giustizia, e della *denunciatio* (*per ecclesiasticus iudicem monitus [...] premissa monitione illius cui iniuriatur*) in cui il promissario, premessa una ammonizione stragiudiziale privata, in caso di esito negativo conviene il promittente infedele davanti al giudice<sup>92</sup>.

Questa interpretazione non sembra stridente con la rubrica e con il prosieguo del commento dove, più volte, si legge “*actio [quae] ex nudo pacto oritur*”. La parola *actio*, probabilmente, non è utilizzata in senso strettamente tecnico, almeno quando riferita al diritto canonico<sup>93</sup>, mentre il riferimento specifico ad un'*actio* nel senso proprio del termine può ritenersi fedele quando l'Ostiense espone sinteticamente la posizione del diritto civile che concedeva tale rimedio solamente nei casi determinati (“*legistae tamen dicunt quod ex nudo pacto nulla oritur actio ... sed cum nulla exceptio casibus ...*”)<sup>94</sup>.

Che il termine *actio* sia stato utilizzato in modo atecnico trova conferma nel fatto che il cardinale Ostiense, dopo aver richiamato la procedura della *denunciatio evangelica*, attraverso la quale il promittente “*si se non cohibuerit ... idem poenituerit et emendaverit et coetero, ecclesiasticam sentiat disciplinam ... [idem] interdictum, vel suspensio-*

---

<sup>91</sup> HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 176a.

<sup>92</sup> Anche il Roussier sembra aver intuito un implicito riferimento dell'Ostiense alla *denunciatio evangelica* seppure, infine, ritiene che nel commento sopra citato il giureconsulto intendesse riferirsi all'*actio* e non la *denunciatio*. Cfr. J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 158.

<sup>93</sup> “*Secundum canones non est curandum de nomine actionis: quia non debet edi actio*” (BALDO, *In Decretales Commentaria*, Venetiis 1571, I, fo. 202v). Cfr. sul punto J. ROUSSIER, *Le fondement de l'obligation* cit., p. 101 e ss.

<sup>94</sup> HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., f. 177. In questo passo è riassunta la tesi civilistica sui patti che riconosce ad essi efficacia purché sorretti da una *ratio specialitatis*. Mancando questa si determina solo una obbligazione naturale “*ex qua secundum canones dabimus actionem*”. Viene, così, riconfermata la regola dell'efficacia dell'obbligazione naturale da promessa salvi i casi in cui le stesse promesse “*sunt contra leges, contra bonos mores et ... dolo sunt*”. In tali ipotesi – continua l'Autore – “*non est servandum pactum alii damnosum, captiosum [et] si vergunt in detrimentum animae*” (*Ibidem*).

*nem, vel excommunicationem*"<sup>95</sup>, afferma che ciò deriva dal fatto che per il diritto canonico dal patto nudo deriva un'azione ("*sic patet quod in canones ex pacto nudo datur actio*")<sup>96</sup>.

Si delinea, così, una sostanziale corrispondenza di *actio*, intesa dai decretalisti nel senso di *ius agendi*, con gli strumenti processuali tipici dell'ordinamento canonico. Del resto, sembrerebbe quantomeno strano che il cardinale Ostiense avesse potuto confondere gli strumenti di tutela secolari con i rimedi canonici, l'*actio* con la *denunciatio*, atteso che, essendo egli *Monarcha in utroque iure*, ben doveva conoscere i limiti che nei rispettivi ordinamenti presentavano i due *remedia*<sup>97</sup>.

Nel commento alla *Novit ille*, infatti, non solo è richiamato il titolo *De Pactis*<sup>98</sup> – il che dovrebbe fugare possibili dubbi circa l'individuazione della *remedium evangelicum* quale strumento di tutela delle semplici promesse – ma è anche messa in risalto la funzione emendativa della *denunciatio* quand'anche assuma la forma della *denunciatio iudicialis*.

Che la violazione della promessa fosse ormai considerata come peccato-delitto trova un riscontro anche nel fatto che il promittente infedele aveva assunto la veste di *reus*<sup>99</sup>, il destinatario della promessa infranta veniva indicato come *laesus*<sup>100</sup> e che la procedura evangelica richiedeva le preve ammonizioni volte a procurare l'emenda del colpevole senza dover eventualmente ricorrere all'intervento dell'autorità<sup>101</sup>. Queste ultime, in particolare, venivano attratte all'*ordo iudiciarius* quali condizioni di ammissibilità della denuncia di cui si richiedeva la *legitima probatio*<sup>102</sup>, ciò sebbene la *denunciatio iudicialis* avesse acquisi-

<sup>95</sup> *Ibidem*.

<sup>96</sup> *Ibidem*.

<sup>97</sup> In questo senso, precisa, seppur sintetica, sembra l'esposizione, da parte dell'Ostiense, degli effetti che determina l'applicazione degli strumenti coercitivi ecclesiastici ("*interdictum, vel suspentionem, vel excommunicationem*") così come altrettanto analitica appare l'esposizione dei casi che nel diritto civile era attribuita un'azione al patto nudo ("*legistae tamen dicunt ...*"), *Ibidem*.

<sup>98</sup> "... *iudex ecclesiasticus hanc denunciationem ... debet admittere ... quando obligatio naturalis tantum est, super quod vide quod nota de pactis ...*", (HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit. II, *De Iudiciis, Novit ille*, n. 6, f. 5a).

<sup>99</sup> Cfr. Ivi, n. 11.

<sup>100</sup> "*Est et alia iudicialis quae laeso competit ratione interesse*", (Ivi, n. 4).

<sup>101</sup> "*In foro autem canonico requiritur monitio*", (Ivi, n. 5).

<sup>102</sup> "*Et ipsum solum: haec monitio probari non potest, nisi per solum juramentum monentis, cum nec alius testis adhibeatur. Unum: hoc potest referri ad secundam monitionem quae potest probari per juramentum monentis et testis adibiti. Vel duos: et hoc*

to una funzione contenziosa mediante il suo accomodamento alla realizzazione di un interesse temporale<sup>103</sup>.

## **7. Considerazioni conclusive**

Dalla ricostruzione comparata sembra, dunque, emergere una sostanziale divergenza fra diritto civile e diritto canonico quanto alla materia negoziale e, in particolare, quanto alle sorti della promessa unilaterale.

I civilisti, infatti, pur riconoscendo molteplici figure di atti unilaterali (*pollicitatio*, *pacta tacita*), le riconducevano, comunque, alla struttura e alla forma del *pactum*, di cui mantenevano la denominazione; il problema dell'efficacia, quindi, continuava a porsi in riferimento al *pactum* e alla causa che lo sorreggeva, sicché con il termine *pactum* si indicavano anche le promesse unilaterali.

I canonisti, invece, affrontarono la questione secondo una prospettiva diversa che teneva conto, anche nei patti veri e propri, del momento della promessa. In verità, non si posero tanto il problema di distinguere concettualmente il patto dalla promessa – al punto che, pur elaborando un principio di efficacia della promessa in quanto tale, formalmente lo espressero attraverso una formula che evidenziava il patto come principale ipotesi applicativa (del resto nel medioevo il *pactum* era negozio giuridico di generale applicazione che, a seconda della causa che lo assisteva, esprimeva il patto puro e semplice, il contratto e la promessa unilaterale; tutte le forme negoziali, insomma, attraverso le quali si compiva l'economia negoziale) – ma, considerando quest'ultima come il fulcro dell'autonomia privata, ne hanno individuato le ragioni determinanti la sua efficacia. La promessa è la fattispecie generale che, attraverso diverse forme, esprime la promessa unilaterale, il patto e il contratto; è l'elemento che accomuna tutti questi negozi e che determina la loro efficacia.

Nella dinamica della promessa, inoltre, i canonisti accolsero l'idea

---

*potest referri ad tertiam monitionem in qua requiritur plena probatio quorum vel trium testium*", (HOSTIENSIS, *In Decretalium* cit., *Novit ille*, n. 6). Cfr. P. BELLINI, *Denunciatio evangelica* cit., p. 172-173.

<sup>103</sup> Ivi, p. 79 e ss, 163 e ss.

di *obligatio* intesa quale dovere e il tema della *obligatio peccati*, mutuato dal pensiero teologico medievale<sup>104</sup>.

Pertanto, mentre i civilisti pensarono al problema giuridico nei termini di una configurazione del *pactum* e della sua corrispondenza a una causa tipica, espressione del *iuris vinculum*, i canonisti, individuando nella promessa il momento centrale del negozio, esaltarono di essa il dovere di adempierla; dovere la cui inosservanza suonava come menzogna (o, nel caso di voto e giuramento, come spergiuro) e, quindi, come peccato. L'evocazione della *obligatio peccati* è confermata dalla scelta della *denunciatio evangelica* che prende atto della colpa del *praestans* (menzogna) e della pena a cui lo stesso è assoggettato (pena ecclesiastica volta alla sua redenzione).

Che poi tale strumento, volto ad attuare la dinamica della *obligatio peccati*, coinvolgesse in parte anche il *recipiens* dimostra come all'epoca si fosse accentuata "l'attitudine ad obiettivizzare l'evento del peccato per farne una sorta di fatto esterno illecito rilevante sul piano dei rapporti interindividuali"<sup>105</sup>.

Sebbene la *denunciatio* si fosse di fatto trasformata in uno strumento in funzione contenziosa, il *recipiens* doveva dimostrare – quale *causa petendi* – di agire al fine precipuo di correggere il peccatore, onde la prova delle preve ammonizioni. Come dire che ad una concezione interioristica dell'atto morale, in cui il comportamento esterno era considerato moralmente irrilevante (Abelardo), era subentrata l'esigenza di qualificare in termini etici lo stesso fatto estrinseco del soggetto; Tommaso d'Aquino giudicava l'atto esterno *bonus* o *malus secundum se* quale elemento pertinente alla sostanza del peccato<sup>106</sup>.

L'evoluzione dell'efficacia della promessa nella storia e nell'economia della Chiesa può essere così ripercorsa. Nel pensiero patristico

<sup>104</sup> Accanto all'originario concetto di *obligatio* come *iuris vinculum*, che vedeva il soggetto obbligato non come il soggetto attivo di un dovere di comportamento ma come l'oggetto dell'obbligazione stessa, emerge nella letteratura cristiana l'utilizzo del termine *obligatio* nell'accezione di "dovere" (Tertulliano) e in quella di "*vinculum peccati*" (S. Agostino). Tommaso d'Aquino riprese queste tematiche e, ancora nell'ottica del peccato, esaltava l'idea di dovere. L'ingresso di queste accezioni nel vocabolario del pensiero teologico ne ha comportato l'impiego nel dominio delle relazioni dell'uomo a Dio e alla sua legge con il dovere di obbedienza che ne derivava. Cfr. G. PIERI, *Obligation*, in *Archives de Philosophie du droit. Vocabulaire fondamental du droit*, 35, Paris 1990, p. 221-228.

<sup>105</sup> P. BELLINI, *Denunciatio evangelica* cit., p. 174-175.

<sup>106</sup> *Ibidem*.

l'obbligazione da promessa fu configurata semplicemente come obbligo morale. Con lo sviluppo della scienza canonica, il pensiero teologico valorizzò il tema della *obligatio peccati* e l'idea dell'obbligazione intesa come dovere<sup>107</sup>, sicché, in relazione alle promesse, gli stessi confini fra morale e diritto diventarono piuttosto labili. I canonisti, dal canto loro, fondarono la giuridicità e l'efficacia della promessa sul contenuto della *obligatio peccati*.

Sotto il profilo sanzionatorio, invece, dopo un tentativo dei primi decretisti di attribuire all'azione la funzione di realizzare l'obbligazione da promessa, è la *denunciatio evangelica* che si presenta come maggiormente capace di realizzare questo scopo, sicché si assisteva a una sua attrazione all'*ordo iudiciarius* nella forma della *imploratio officii iudicis in modum denunciationis*.

La terminologia dei canonisti, che parlano esplicitamente di *actio*, non deve pertanto fuorviare. Sembra, infatti, che essi intendessero con questo termine uno strumento avente la forma e la struttura della *imploratio officii iudicis* – e, quindi, sostanzialmente di una azione – ma il contenuto della *denunciatio evangelica*.

---

<sup>107</sup> Ma si potrebbe interpretare la dinamica obbligatoria supponendo l'aspetto del dovere come presupposto dell'*obligatio peccati* in sé considerata. Se l'obbligazione da promessa richiedeva in primo luogo un "dovere" di fedeltà alla parola data, l'inosservanza di essa metteva in moto lo schema della colpa e della pena riassumibili nella formula della *ratio peccati* e realizzabili attraverso lo strumento della *denunciatio evangelica*.