

**"NON EX REGULA IUS SUMATUR,
SED EX IURE QUOD EST REGULA FIAT"**

SPIGOLATURE TRA DOTTRINA E PRASSI
SULL'ELABORAZIONE DI REGOLE E PRINCIPI
NEL TARDO DIRITTO COMUNE

ANDREA LANDI

**I. UNA PREMessa NECESSARIA:
L'INTERPRETATIO FULCRO DEL SISTEMA**

È ormai cosa risaputa che l'*interpretatio doctorum* nel basso Medioevo appartiene con ragione al novero dei fatti normativi di quella esperienza giuridica; anzi, non è esagerato affermare che essa ne costituì il fulcro sul quale incentrare tutto il sistema: l'attività interpretativa della *scientia iuris*, condotta rigorosamente ed esclusivamente sui testi dei due *Corpora iuris*, rese infatti possibile che una pluralità di fonti normative riconducibili ad Istituzioni universali e particolari tra loro

diversissime, fosse ricondotta all'interno d'un unico sistema, quello appunto del diritto comune.

Generalmente la storiografia si è soffermata su questa "funzione nomopoietica"¹ della dottrina, notandone il periodo di massimo splendore collocabile di sicuro nel periodo bassomedievale², che –proprio per questo rigoglio dottrinale– può essere denominato Medioevo "sapienziale"³; ma risulta di tutta evidenza come una tale funzione abbia accompagnato la scienza giuridica per tutta l'esperienza di diritto comune, compatibilmente con i sempre più intensi interventi del potere politico nella produzione del diritto, culminati con quella che icasticamente è stata definita un'espropriazione del ruolo del giurista, realizzatasi con la codificazione⁴.

In questo contesto di una dottrina avente funzione normativa si colloca la riflessione sulle c.d. *regulae*

¹ Cfr. S. Caprioli, v. *Interpretazione nel diritto medievale e moderno*, in *Digesto IV ed. Discipline privatistiche – sez. civile*, X, Torino, Utet, 1993, pp. 13-25.

² Fra i tanti, si veda U. Santarelli, *L'esperienza giuridica bassomedievale. Lezioni introduttive*, Torino, Giappichelli, 1991, pp. 79-152.

³ Cfr. P. Grossi, *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, Laterza, 1995, *passim*, che parla della dottrina successiva al Mille come immersa in un "laboratorio sapienziale" di contro all'"officina della prassi" caratterizzante i secoli del protomedioevo. Occorre avvertire però che l'autore sostiene con forza una visione unitaria del Medioevo, in opposizione alla tralaticia netta bipartizione tra alto e basso Medioevo.

⁴ Da Paolo Grossi, in vari suoi scritti; si veda ad esempio Id., *Ancora sull'Assolutismo giuridico (Ossia: della ricchezza e della libertà dello storico del diritto)*, ora in Id., *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 52.

iuris, che, avviatasi nel corso del basso Medioevo, è fatta oggetto di studio per tutta l'esperienza del diritto comune ed ottiene una definitiva sistemazione proprio in età moderna, nella fase più matura di quell'esperienza. Si tratterà allora, nelle pagine che seguono, di saggiare i vari profili di questa riflessione.

1. L'eredità medievale

L'elaborazione in tema di *regulae iuris* rappresenta un esempio tra i tanti della natura creativa dell'*interpretatio doctorum*: l'assioma del giureconsulto romano Paolo, contenuto in apertura all'ultimo titolo del Digesto⁵, secondo il quale la regola è meramente ricognitiva del diritto già esistente e quindi di per sé inidonea a produrre diritto, viene letteralmente capovolto già dalla Glossa accursiana dove si sostiene per converso che la regola, a determinate condizioni, produce diritto⁶.

⁵ D. 50.17.1: "Paulus, libro sexto decimum ad Plautum. Regula est, quae rem quae est breviter enarrat; non ut ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat. Per regulam igitur brevis narratio traditur, et, ut ait Sabinus, quasi causae coniectio est, quae simul cum in aliquo vitiata est perdit officium suum". Secondo B. Brugi, *Le "regulae iuris" dei giureconsulti romani*, in "Studi filosofico-giuridici dedicati a Giorgio Del Vecchio nel XXV anno di insegnamento", I, Modena, Società tipografica modenese, 1930, pp. 38-42, il frammento conterrebbe "una condanna delle tradizionali *regulae iuris*", o piuttosto una condanna del "cieco uso di esse, ma non esclude che si possano anche formulare nuove regole", che non dovrebbero però discordare "da tutta la cerchia del Diritto vigente".

⁶ In questo passaggio interpretativo non è da dimenticare che gli interpreti medievali leggevano nella *littera bononiensis* da loro utilizzata <causae coniunctio> al posto di <causae coniectio>; favorendosi così

Bartolo da Sassoferrato, recependo l'insegnamento della Glossa che poneva fine al dibattito dottrinale che aveva attraversato la scuola per lunghi decenni⁷, consegna ai posteri una teorica della *regula iuris* che non sarà più messa in discussione nell'età del diritto comune. Commentando il frammento paolino, il maestro marchigiano, dopo aver fatto un'opportuna precisazione terminologica riguardo al termine "regola" —la quale può essere intesa anche in un'accezione diversa da quella assunta in questa sede e cioè come cosa che "regit et dat ordinem vivendi" (si pensi per esempio alla "regola" dei Frati minori)—, si domanda in che modo venga costituita una *regula iuris*, rispondendo che essa è formata da asserti universali (come "tutti", "nessuno", etc.), da asserti indefiniti (quali "femmina", "servo", "figlia", etc.) e anche da elementi "aggettivi", come quando si utilizzano le locuzioni *quis, qui e*

l'idea che la *regula* avrebbe collazionato fattispecie diverse, ma aventi la medesima *ratio iuris*. Come ha notato E. Cortese, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, I, Milano, Giuffrè, 1962, pp. 325-326, già Azzone poteva dire con tranquillità che "la *regula* sarebbe stata una *coniunctio causarum* perché avrebbe raggruppato le singole fattispecie strette dall'identica *ratio* e di quest'ultima, in fondo, sarebbe stata l'enunciazione".

⁷ Si deve in primo luogo ai magistrali lavori di Ennio Cortese, *La norma giuridica*, cit., in partic. pp. 321-338, e di Severino Caprioli, fin dal suo *Tre capitoli intorno alla nozione di "regula iuris" nel pensiero dei glossatori*, in "Annali di Storia del diritto", Anno V-VI (1961-1962), pp. 221 ss., se oggi si dispone di un quadro ampiamente convincente (corredato molto spesso da ineccepibili edizioni di fonti) delle teoriche sostenute nelle scuole giuridiche medievali, che portarono appunto al superamento del dettato paolino.

simili, che denotano un significato comunque universale e non particolare.

Dopodiché si chiede ancora quale sia la *potestas regulae*, dando una risposta che, come è stato sottolineato⁸, porta ad un sostanziale cambiamento della concezione della *regula* rispetto all'impostazione romana, perché avalla definitivamente l'orientamento della Glossa accursiana assertore della natura normativa della stessa. Scrive Bartolo:

*Iurisconsultus respondet, quod ex regula non fiat ius. Et ne hoc est verum? Et glossa dicit, quod facit ius, et c. Glossa bene dicit, quae videtur dicere, quod regula facit ius in casibus a iure non statutis, ut statutum est in insula maris, quod nullius in bonis est: et tunc si est casus similis, regula facit ius in illo [non] determinato*⁹.

Nell'ottica della *scientia iuris* bassomedievale si possono in definitiva notare due funzioni della regola: da una parte quella di essere custode e chiarificatrice del diritto positivo e dall'altra quella di costituire la base

⁸ Ha scritto P. Grossi, *L'ordine giuridico*, cit., pp. 173-174, che "la *regula iuris*, architettura generale conosciuta da quel fattore di schemi universali che è lo scienziato, atto d'interpretatio essa stessa, viene ad essere autonomizzata e ad assumere efficacia normativa".

⁹ Bartolo da Sassoferrato, *In Secundam Digesti Novi Partem*, Venetiis [Luc' Antonio Giunti], 1602, fo. 237 ra, n. 4; corsivo mio. L'integrazione del testo riportato è realizzata sulla base di quanto asserito dalla glossa al passo commentato ed avendo presente anche l'edizione degli *opera omnia* Lugduni [Compagnie des libraires de Lyon], 1555, fo. 281 ra, n. 5, che però contiene altri errori. L'edizione Basileae, Froben, 1562, p. 1041 a, n. 5, riporta l'espressione <in casibus iure statutis>.

per un suo superamento, in forza di un ragionamento sillogistico¹⁰.

A queste conclusioni i dottori arrivano partendo dalla considerazione della sostanziale coincidenza tra "regola" e "definizione", termini che valgono entrambi ad indicare degli asserti universali, da utilizzarsi come premessa maggiore d'un sillogismo o d'un entimema; una coincidenza che è resa loro plausibile non solo dalla composizione del titolo *De diversis regulis iuris antiqui* che, nonostante la rubrica, racchiude al suo interno regole e definizioni, senza alcuna differenziazione; ma anche dalla *lectura* della *l. Omnis definitio* (D. 50.17.202 [203])¹¹ che costituisce l'altra *sedes materiae* per il discorso sulle regole, soprattutto grazie al relativo apparato glossatorio, dove tra l'altro si segnala, con una bella similitudine, la necessità dell'interprete di stare attaccato alla regola "veluti Bononiensis carocio"¹².

¹⁰ A. Padovani, *Modernità degli antichi. Breviario di argomentazione forense*, Bologna, Bononia University Press, 2006, p. 127, secondo il quale la regola "sembra porsi come un Giano bifronte, volto insieme al passato e al futuro: custodisce e chiarisce il diritto positivo e insieme può prepararne il suo superamento, proprio in quanto inserita nel novero delle argomentazioni dialettiche".

¹¹ D. 50.17.202 [203]: "Iavolenus, libro undecimo epistularum. Omnis definitio in iure civili periculosa est: rarum [parum] est enim, ut non subverti possit [posset]". Le modifiche tra parentesi quadre sono tratte dall'edizione Mommsen-Krüger. Oltre Brugi, *Le "regulae iuris"*, cit., p. 40, si veda più diffusamente Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., pp. 122-126.

¹² La gl. *Omnis definitio*, dopo aver ricordato la celebre definizione di Boezio, nota che la pericolosità della regola sta proprio nella presenza di eccezioni di talché esse "verecundiam plerunque faciunt alleganti regulam. Sed stet firmus regulae, veluti Bononiensis Carocio

Un'idea di regola quindi tutta inserita in ambito giurisprudenziale, perché risultato d'un'attività interpretativa che esplicita una *eadem ratio* per una molteplicità di casi concreti.

Nei paragrafi seguenti vedremo in che modo questa riflessione medievale passa all'età moderna, avvertendo fin da adesso che, se nella lezione di scuola si tende a mantenersi tendenzialmente aderenti all'enunciato paolino, individuando magari una serie di fallentiae all'enunciato stesso, nella letteratura consulente e più in generale nella letteratura rivolta ai pratici del diritto, quest'ossequio formale viene attenuato e la funzione svolta dalla regola, soprattutto nel processo, è presentata con maggiore incisività. Va da sé che in un sistema fortemente giurisprudenzializzato quale fu quello dell'Europa dell'età moderna –per il quale si è parlato con ragione di "pragmatizzazione del diritto comune"¹³–, alla continua ricerca di rimedi endogiurisdizionali per garantire un minimo di certezza del diritto, la regola poteva rappresentare un importante risultato in questa direzione.

Cominciamo dunque dai commentarî.

licet aliqui capiantur de eius custodibus, et licet aliqui casus a regulis subtrahantur". Nei suoi *Memorialia ex variis utriusque Iuris Doctoribus collecta* della prima metà del Cinquecento, Catelliano Cotta (1484-1553) ricorderà ai propri lettori questa citazione accursiana, spiegando il termine *Carrotium*: "Dictio est barbara, et significat currum illum in quo constituebatur vexillum publicum, cum in aciem eundum erat" (ed. Venetiis, *Ad cadentis Salamandrae Insigne*, 1572, p. 72).

¹³ Cfr. A. Cavanna, *Storia del diritto moderno in Europa*, I, *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1982, pp. 146-171.

2. Uno sguardo ai commentari del maturo diritto comune

Se c'è un'opera che vale a segnalare un *Vor* e un *Nach* rispetto alla riflessione sulle *regulae iuris*, questa è il commentario *In tit. ff. de regulis iuris* del milanese Filippo Decio (1454-1536).

Frutto delle sue lezioni universitarie a Valence, a Pavia e a Pisa, come ha notato a suo tempo Aldo Mazzacane, sebbene sia stata "composta secondo i canoni correnti dei commentatori", essa si inserisce "con autorevolezza nell'ambito della prima letteratura culta, che attraverso lo studio di quella parte del *Corpus* si proponeva d'individuare i principî e i criteri metodologici per una riorganizzazione sistematica del sapere giuridico"¹⁴.

Un'opera quindi che fa tesoro della tradizione del *mos italicus*, non disdegnando però le sollecitazioni provenienti d'Oltralpe¹⁵ e che, forse proprio per questo, ebbe una grandissima diffusione¹⁶.

¹⁴ A. Mazzacane, *v. Decio, Filippo*, in "Dizionario Biografico degli Italiani" = DBI, 33, Roma, Istituto dell'Enciclopedia Italiana, 1987, p. 559.

¹⁵ Basti qui ricordare la diffusione dell'opera in Francia con le annotazioni di Charles Du Moulin; la rammenta anche P. Stein, *Regulae iuris. From juristic rules to legal maxims*, Edinburgh, University Press, 1966, p. 162.

¹⁶ Trentadue edizioni ne ha contate A. Mattone, *Manuale giuridico e insegnamento del diritto nelle università italiane del XVI secolo*, nella rivista on line "Diritto @ Storia. Rivista internazionale di Scienze Giuridiche e Tradizione Romana", Anno VI (2007), quad. 6 - n.s., § 2, p. 9 (<http://www.dirittoestoria.it>); che indica come prima edizione quella lionese del 1523.

Riguardo al problema della natura normativa della regola, il Decio sviluppa significativamente un ragionamento *in nuce* già fatto da Bartolo circa il rapporto che deve intercorrere fra la regola e il diritto. Leggendo il frammento paolino secondo il quale la regola non produce diritto ma è essa stessa a venire ricavata dal diritto vigente, egli afferma senza mezzi termini:

Et istud verum est quo ad illos casus, qui regulam praecedunt; ex quibus ipsa regula constituitur et formatur, et hoc modo dicitur regula iuris *transitive*, quia de regula fit transitus ad ius, ita quod ius est separatum et distinctum ab ipsa regula. Secus est quo ad alios casus, qui ante regulam determinati non reperiuntur, in quibus regula facit ius, ut patet in regula Catoniana, quae dicitur regula iuris¹⁷.

In questo secondo caso, osserva il Decio,

dicitur regula iuris *intransitive*, quia ipsa regula immediate est ius et non fit transitus quia tali casu ius non est indistinctum et separatum ab ipsa regula. *Sed ius, et regula est unum et idem*¹⁸.

¹⁷ F. Decio, *In tit. ff. de Regulis Iuris*, Venetiis, Apud Nicolaum Morettum, 1590, p. 8, n. 5. Che cosa fosse la menzionata 'regola catoniana' è ben precisato da C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*, a cura di A. Corbino e A. Metro, Soveria Mannelli, Rubbettino, 1996, p. 446; essa faceva sì che "un legato nullo al momento della redazione del testamento resta[sse] invalido anche se la causa di nullità fosse venuta meno prima della morte del testatore".

¹⁸ Decio, *Ibidem* (corsivi miei). Un'annotazione di Giovan Battista Ziletti alle parole testè riportate del Decio sottolinea l'applicazione che egli fa di "termini Grammaticorum, et Logicorum, quibus frequenter

Riprendendo poi l'insegnamento tradizionale, nota come la regola raggruppi una pluralità di casi aventi la stessa *ratio iuris*¹⁹, partendo dall'assunto testuale della *causae coniunctio* di cui dicevamo, per quanto nel riportare la legge all'inizio del commento egli adotti la lezione critica del frammento riportante il termine *causae coniectio*.

Un'impostazione più attenta al dettato del Digesto e in definitiva meno innovativa (ma tutto sommato anche di minor valore da un punto di vista dottrinale) si ha con il volumetto di un giurista dai vari interessi quale Johann Eisermann (latinizzato in Ioannes Ferrarius Montanus - 1485?-1558)²⁰: per lui la regola serve soltanto a compendiare il diritto; cosicché si può ben dire, a suo avviso, che la regola catoniana è detta tale soltanto impropriamente, essendo essa un vero e proprio *ius constitutum*, come tale produttivo di diritto²¹.

Di tutt'altro tenore e livello è invece il commentario d'un lodato professore nell'ateneo patavino, il vercellese Gerolamo Cagnolo (1491-1551): una trattazione

utuntur Theologi scholastici (...) quos terminos primus omnium Decius noster ad scientiam legalem transtulit", addirittura rimandando all'autorità di Tommaso d'Aquino (p. 17, nt. e).

¹⁹ *Ibidem*, p. 9, n. 10.

²⁰ Su questo giurista, teologo luterano e medico, primo rettore dell'Università di Marburg, si veda M. Montorzi, *Echi di Baldo in terra di Riforma. Matthäus Wesenbeck e gli spazi forensi d'una simplex diffinitio dominii*, in "A Ennio Cortese". Scritti promossi da D. Maffei e raccolti a cura di I. Biocchi, M. Caravale, E. Conte, U. Petronio, II, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 2001, p. 400, nt. 24.

²¹ I. Ferrarius Montanus, *Ad titulum Pandectarum de Regulis iuris commentarius integer*, Lugduni, Apud Seb. Gryphum, 1546, pp. 14-16.

ricca di dottrina e di allegazioni, attenta, come quello del Decio, alle novità del *mos gallicus*²².

In quest'opera l'autore, quantunque sembri non staccarsi dalla semplice esegesi del testo del giureconsulto romano, finisce poi per avvalorarne il superamento, mediante la distinzione del significato del vocabolo "regola" inteso in modo transitivo o, all'opposto, intransitivo: nel primo caso la regola sarà meramente dichiarativa, nel secondo avrà invece un valore normativo²³.

In definitiva la *lectura* del Decio è ormai data per pacifica.

²² Sul giurista e l'opera, essenziali ragguagli in A. Mazzacane, v. Cagnolo, Gerolamo, in DBI, cit., 16 (1973), pp. 334-335, che data la prima edizione al 1546 in Venezia. Il Grossi, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, Giuffrè, 1960, p. 435, nt. 102, lo definì "acuto polemista".

²³ G. Cagnolo, *In tit. Digestis [sic] de regulis iuris*, Venetiis, Apud Iuntas, 1585, fo. 11 vb-12 ra, nn. 18-19: "Et nisi regula ex iure, quod prius est, sumeretur: non bene diceretur regula iuris: quae admodum in regulam ligni, vel ferri, necesse est materias illas praecedere lignum, aut ferrum, ad hoc ut ex eis disponatur regula. Sic in regula iuris necesse est ius, quod est materia, praevenisse ad hoc ut regula inde disponi possit (...). Et hoc procedit capiendo regulam iuris transitive, sed capiendo intransitive, quicquid dicit gl. ut in regula Catoniana, et in casibus antea non determinatis, regula facit ius, estque unum et idem". L'idea che la regola fosse il "materiatum", mentre il diritto costituisse la "materia" era già stata esplicitata dalla Glossa (gl. *Ex regula* e gl. *Ex iure* in l. *Regula ff. De regulis iuris*), come ricordava a suo tempo B. Brugi, *Dalla interpretazione della legge al sistema del diritto*, in Id., *Per la storia della giurisprudenza e delle università italiane. Nuovi saggi*, Torino, Utet, 1921, p. 49.

3. La problematica processuale della fundata intentio: il ruolo della regola in ambito forense

A. Bertachini e Toschi

Come accennavo poc'anzi il rigoglio interpretativo riguardo all'*officium* della *regula iuris* si apprezza maggiormente allorché si prendano in considerazione le opere destinate alla pratica.

Come ben si sa, nel maturo diritto comune in questo tipo di letteratura giuridica la fecero da padrone alcuni repertori che meritano di essere esaminati in questa sede: mi riferisco al *Repertorium* del marchigiano Giovanni Bertachini –giurista operoso nella seconda metà del Quattrocento²⁴– e alle *Practicae conclusiones iuris* del cardinale Domenico Toschi (1535-1620) risalenti ai primi anni del Secento²⁵. Opere che si configurano come vere e proprie enciclopedie giuridiche, capaci di venire incontro alle necessità di giudici ed avvocati per orientarli nel grande oceano delle opinioni dottrinali.

Per quanto attiene allo spinoso problema se la regola produca o no diritto, il Bertachini non dà una risposta univoca: dapprima sembra riconoscere l'efficacia normativa sull'autorità di Bartolo e poi successivamente dà una versione opposta, questa volta sull'autorità di Baldo²⁶. Tuttavia egli sostiene la necessità che l'interprete si attenga alla regola, in assenza di disposizioni speciali che gli consentano di discostarsene²⁷.

Più articolata, ma al contempo meno oscillante, è la trattazione che del tema fa il cardinal Toschi: egli si occupa della regola in due *conclusiones*, la 93 e la 94.

Nella *conclusio* 93 –rubricata *Regula quid sit, et qualiter cognoscatur*– il cardinale, dopo aver indicato la definizione di regola contenuta in D. 50.17.1 sulla quale nulla osserva, passa ad indicare i modi con i quali è possibile riconoscerla e ciò avviene principalmente tenendo conto della formulazione della regola stessa: se vi sono asseriti generali si è in presenza di una regola, se invece c'è una disposizione speciale (data da espressioni come "quaedam", "quando", "in speciali casu", etc.), non si può parlare di regola. Come pure non si può parlare di regola quando si incontri in un testo di

²⁴ Cfr. M. Caravale, v. Bertachini (Bertacchini), Giovanni, in DBI, cit., 9 (1967), pp. 441-442.

²⁵ Cfr. M. Ascheri, *Le Practicae Conclusiones del Toschi: uno schedario della giurisprudenza consulente*, in "Giustizia, potere e corpo sociale nella prima età moderna. Argomenti nella letteratura giuridico-politica", a cura di A. De Benedictis e I. Mattozzi, Bologna, Clueb, 1994, pp. 37-53. Qualche accenno bio-bibliografico anche nel mio *A proposito del restauro di alcuni libri antichi*, in "Bollettino Storico Pisano", Anno LXIX (2000), pp. 229-232.

²⁶ G. Bertachini, *Repertorium ... olim auctum opera* D. Ioan. Thierry Lyngonensis, IV pars, Venetiis 1590, fo. 280 va: "Regula non facit ius, nec est ius".

²⁷ "Regulae iuris sunt tenaciter observandae, nisi in contrarium appareret dispositio specialis" (*Ibidem*, fo. 280 rb); "Regulae standum est cum casus non excipitur" (fo. 280 va); ed anche – ma tale assunto non è presente nell'incunabolo *Repertorium iuris utriusque*, [Lyon, J. Liber], 1499, pars III, fo. 143 ra-rb – "Pro regula est pronuntiandum, nisi probetur contrarium" (fo. 280 rb).

legge l'avverbio "interdum", perché tale dizione vale a costituire una *fallentia* e non una *regula*.

Al contrario, la locuzione "plerunque" nella legge segnala l'esistenza d'una regola, anche se ad essa possono darsi delle eccezioni²⁸.

Il Toschi formula queste indicazioni, appoggiandosi ad autorità dottrinali di gran rilievo quali Signorolo degli Omodei († 1362)²⁹, Bartolo e Alessandro Tartagni (1423/24-1477)³⁰.

Il consulente milanese aveva avuto modo di sostenere in una controversia ereditaria di ambito feudale³¹ che, sulla base di alcune leggi del Digesto, "quaedam transeunt cum universitate quae per se singulariter non transirent"; tuttavia egli aveva soggiunto che, nel caso di specie, essendo stato disposto "specialiter" in senso diverso e comunque sulla base del diritto feudale, non si doveva ritenere quell'assunto una regola. Anzi proprio la dizione "quaedam" valeva ad escluderne la natura di regola generale³².

²⁸ D. Toschi, *Practicae conclusiones iuris in omni foro frequentiores*, VI, Romae, Ex Typographia Aloysii Zannetti, 1606, p. 879.

²⁹ Notizie bio-bibliografiche in A. Belloni, *Signorolo degli Omodei e gli inizi della scuola giuridica pavese*, in "Bollettino della Società pavese di Storia Patria", Anno LXXXV (1985), pp. 29-39.

³⁰ Informazioni biografiche in E. Cortese, *Il diritto nella storia medievale*, II. *Il basso Medioevo*, Roma, Il Cigno Galileo Galilei, 1995, p. 448, che lo annovera fra "i nomi altisonanti" della dottrina unitaria dell'*utrumque ius*.

³¹ Signorolo degli Omodei, *Cons. In casu per vos*, in Id., *Consilia ac quaestiones*, Lugduni, Iacobus Giunti, 1535, Cons. 12, fo. 8 rb.

³² *Ibidem*, fo. 8 rb, nn. 1-2. Osservava infatti Signorolo che "item alia ratione non procedit quia illud quod dicitur quod multa transeunt

Bartolo aveva dal canto suo messo in rilievo come proprio la dizione "interdum", nel passo delle Pandette che stava spiegando, segnalasse in modo inequivoco la presenza di un'eccezione³³; mentre Alessandro da Imola, dovendo decidere in punto di responsabilità sulla rovina di una casa causata da un incendio, aveva preso in considerazione la *l. Nam salutem § cognoscit ff. De officio Praef. vigil.* (D. 1.15.3.1) che fissava mediante la dizione "plerunque" la regola che gli abitanti della casa dovessero essere ritenuti responsabili³⁴; anche se, nel caso concreto, egli l'aveva ritenuta non applicabile³⁵.

Ma è di sicuro la *conclusio* 94 quella più importante ai nostri fini: "Regulam habens pro se habet intentionem fundatam"³⁶.

cum universitate que non transirent singulariter non facit regulam et hoc apparet ex illa dictione quedam" che si ha nelle varie leggi; e concludeva: "est ergo regula quod illa quae singulariter non transeunt nec etiam cum universitate".

³³ Bartolo da Sassoferrato, *Ad l. Interdum ff. Qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur* (D. 20.4.5), nell'ed. Id., *In secundam Digesti Veteris partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, Apud Nicolaum Bevilacqua, 1574, fo. 145 ra, princ.: dove notava che "Regula est quod prior in tempore potior est in iure", come dichiarato nella legge precedente e tuttavia tale "regula fallit interdum, et ideo lex incipit interdum quod dicit casualiter non generaliter".

³⁴ Dopo aver fissato la competenza di tale prefetto sugli incendiari, tale legge afferma infatti che "plerunque incendia culpa fiunt inhabitantium".

³⁵ Alessandro da Imola (Tartagni), *Cons. Visis et opportune*, in Id., *Consilia seu Responsa*, Venetiis, Apud Felicem Valgrisiu, 1590, L. I, Cons. 50, fo. 66 vb- 68 va.

³⁶ Toschi, *Ibidem*, pp. 879-881.

Già il *Repertorium* del Bertachini nell'edizione del 1590 aveva enunciato un tale assunto in due aggiunte di Emilio Maria Manolesso (1547- ca. 1584) che riportavano come *communes opiniones* –quindi come tesi consolidate nella prassi giudiziaria– due valutazioni sul ruolo della regola: la prima era quella secondo cui chi in un processo poteva invocare a proprio favore l'esistenza d'una regola si diceva avere la *fundata intentio* circa la propria pretesa³⁷; viceversa –ed era la seconda aggiunta– chi avesse voluto contrastare l'assunto fatto in forza di una regola, doveva provare l'inapplicabilità della regola al caso concreto e dunque l'esistenza di una sua limitazione³⁸.

Rispondendo ad esigenze eminentemente pratiche e divulgative³⁹, questo *Repertorium* aveva sintetizzato, per la prima volta, una complessa elaborazione dottrinale –quella appunto della cosiddetta *fundata intentio*⁴⁰–

³⁷ "Regulam qui pro se habet, satis, secundum communem opinionem intentionem suam (ut nostri dicunt) fundatam habet" (Bertachini, *Repertorium*, cit., fo. 280 rb).

³⁸ "Regulam adversus se habens, et limitationem aducens, secundum communem opinionem limitationem probare debet" (*Ibidem*).

³⁹ Cfr. Caravale, v. Bertachini, cit., p. 441.

⁴⁰ Sia detto per inciso che la teoria processuale della *fundata intentio* ebbe una grandissima diffusione anche nella Germania del Cinquecento per spiegare la c.d. Recezione del diritto romano, a séguito della Dieta di Worms del 1495: in quella esperienza giuridica il diritto romano si disse avere dalla sua la *fundata intentio*, sicché colui che lo avesse invocato in giudizio non avrebbe avuto bisogno di provarne l'esistenza, in forza del principio "iura novit curia"; per converso, chi avesse richiesto al giudice l'applicazione di diritti particolari ad esso deroganti avrebbe dovuto provarne l'esistenza. La vicenda è stata di recente ricapitolata da I. Biocchi, *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'età mo-*

che, già presente nella Glossa⁴¹ e nello *Speculum iuris* del postaccursiano Guglielmo Durante⁴², era stata poi ulteriormente sviluppata da Commentatori, in modo incisivo soprattutto da Bartolo e da Giasone del Maino (1435-1519)⁴³.

Il primo, in un brevissimo commento alla *l. Quoties* (D. 2.11.13), aveva affermato che "non dicitur esse dubium illud de quo est regula", a meno che non vi fossero casi speciali e a questi si fosse fatto esplicito riferimento ("licet sint aliqui casus speciales, nisi de casibus specialibus mentio fiat")⁴⁴; mentre Giasone aveva

derma, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 57-58, con puntuale analisi della storiografia tedesca in materia.

⁴¹ Si tratta della gl. *Omnis definitio*, cui abbiám già fatto cenno e sulla quale dovremo ritornare più volte *infra*.

⁴² Parlando di processo sommario e dovendo dire se fosse necessaria o no l'offerta del libello, Guglielmo aveva osservato che una volta non era necessaria nei processi civili, a differenza dei criminali dove da sempre essa è stata richiesta; tuttavia "hodie vero generaliter in omni causa offertur (...) nisi in quibusdam specialibus casibus", sicché "cum igitur hi casus non excipiantur a regula stabimus generalitati"; cfr. Guglielmo Durante, *Speculum*, L. I, tit. *De off. omnium iudicum*, § *postremo* (ed. Lugduni [s.d.e.] 1547, fo. 58 vb, n. 14). Sul giurista cfr. da ultimo, Guillaume Durand *Évêque de Mende* (v. 1230-1296). *Canoniste, liturgiste et homme politique*, Textes réunis par P.M. Gy, Paris, Éditions du CNRS, 1992.

⁴³ Sul quale cfr. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 452.

⁴⁴ Bartolo da Sassoferrato, *Ad l. Quoties ff. Si quis cautionibus... non obtemperaverit*, in Id., *Omnia, quae extant, opera*, I, In primam *Digesti Veteris partem*, Venetiis, Septima editio Iuntarum, 1603, fo. 70 ra, n. 1. Un'aggiunta di Andrea de Pomate, ricorda come anche Baldo e Alberico da Rosciate si fossero espressi nel senso "quod pro regula semper est pronunciandum, nisi de fallentia per adversarium in casu speciali probetur".

ribadito il concetto, indicando ulteriori autorità e testi tratti sia dal diritto civile che dal diritto canonico⁴⁵.

È proprio su questa tematica che il Toschi ha modo di indicare nella *conclusio* predetta tantissime autorità dottrinali che nel corso dei secoli avevano concorso al formarsi di questa *opinio communis*; cosicché, accanto a Bartolo e Giasone, troviamo una nutrita serie di consulenti che ci testimoniano inequivocabilmente l'accoglimento di essa nella pratica forense.

Fra questi Aimone Cravetta (1504-1569)⁴⁶, che trovandosi a valutare se fosse stata o no compressa la libertà di testare in forza di un testamento, nel quale in astratto potevano essere contenute delle limitazioni a tale libertà, e che successivamente era stato cambiato dal testatore medesimo, aveva ritenuto di doversi attenere alla regola della ambulatorietà della *voluntas testandi*, perché dalla controparte non era stata provata l'esistenza di un qualche impedimento a che il testato-

re potesse cambiare la propria volontà⁴⁷; il cosentino Pietro Paolo Parisio (1473-1545)⁴⁸, che, ancora in materia successoria, trovandosi a disquisire se coloro che invocavano la nullità del testamento avessero diritto a chiedere il rimedio del sequestro, ne sosteneva l'inammissibilità in forza della considerazione che "contra ipsos urget vulgata, et communis regula cui standum est, quando in facti contingentia non adest casus ab illa exceptuatus"⁴⁹; e infine Raffaele Cumano († 1427)⁵⁰ che, in un'altra spinosa questione successoria dove egli era stato chiamato a decidere se l'eredità non adita si trasmettesse agli ascendenti e in particolare se un *infans* trasmettesse alla madre il *ius deliberandi*, aveva negato, riguardo a quest'ultimo punto, che potesse essere estesa alla madre la disposizione del Codice che consentiva di trasmettere tale diritto al padre e, ricordando l'insegnamento della Glossa, aveva concluso che "standum est ergo regulae tanquam Carotio (...) non autem specialia extendenda sunt, sed confirmant regulam in non exceptis potius"⁵¹.

⁴⁵ Giasone del Maino, *Ad l. Caetera ff. De leg. I* (D. 30.1.41.[43]), in Id., *In Secundam Infortiati partem Commentaria*, Venetiis [Luc' Antonio Giunti], 1579, fo. 49 va, nn. 3-4 dove, dopo aver affermato il principio che tutte le cose corporali e incorporali possono essere fatte oggetto di legato (n. 1), sostiene che se qualcuno assume che alcune cose non possono essere legate, costui deve provare il suo assunto, perché diversamente "semper est pro regula pronunciandum, nisi de fallentia vel casu speciali probetur". Stessi ragionamenti in merito alla regola, seppure formulati in materia processuale, anche *Ad l. ex quacunque ff. Si quis in ius vocatus non ierit* (D. 2.5.2), in Id., *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, 1579, fo. 92 rb, n. 33.

⁴⁶ Per un primo approccio, cfr. A. Olmo, *v. Cravetta, Aimone*, in DBI, cit., 30 (1984), pp. 580-581.

⁴⁷ A. Cravetta, *Cons. Dubia plura*, in Id., *Consilia, sive Responsa*, Venetiis [s.d.e.], 1575, L. I, cons. 25, fo. 34 ra-35 vb.

⁴⁸ Raguagli biografici in N. Del Re, *Pietro Paolo Parisio, giurista e cardinale (1473-1545)*, in "Rivista di storia della Chiesa in Italia", Anno XXIV (1970), pp. 465-488, secondo il quale il nome di questo cardinale calabrese è collocabile "tra i più noti della letteratura giuridica cinquecentesca" (p. 466).

⁴⁹ P. P. Parisio, *Cons. Optimum ius*, in Id., *Consilia, ac Responsa*, Venetiis [s.d.e.], 1543, L. I, cons. 41, fo. 104 ra-105 vb; la cit. è al fo. 105 ra, n. 16.

⁵⁰ Cfr. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 451, nt. 160.

⁵¹ R. Raimondi (Cumano), *Cons. 130 Nobilis Domina*, in *Consilia, sive Responsa acutissimorum Iuris Prudentium Raphaelis Cumani, nempe et Ful-*

E inoltre, fra le *auctoritates* indicate dal Toschi, non poteva mancare ancora una volta Alessandro Tartagni, con alcuni *consilia*, fra i quali mi sembrano da menzionare in questa sede almeno il *consilium* 89 e il 186, entrambi tratti dal Libro 7⁵².

Nel primo si trattava di valutare una sentenza del vicario del vescovo di Bologna dove si era dovuta risolvere una questione di competenza per territorio nei confronti di un soggetto, il quale era stato citato dinanzi a quel giudice, sia in forza di contratto stipulato a Bologna e sia perché "personaliter inventus" in tale città. Alessandro aveva sostenuto la regolarità d'una tale citazione⁵³; cosicché, sussistendo la regola del *forum contractus*, se il convenuto avesse voluto sottrarsi a tale giurisdizione, avrebbe dovuto – a suo avviso – dimostrare di trovarsi in un caso che costituisce eccezione a detta regola⁵⁴.

gosii, Venetiis, Apud Gasparem Bindonum, 1576 (ma 1575), fo. 66 va – 67 rb; la cit. è al fo. 66 vb, n. 2.

⁵² Rispettivamente nell'ed. cit. Tartagni, *Cons. Omissis non necessariis*, L. 7, cons. 89, fo. 65 vb – 66 rb e Id., *Cons. Viso processu*, L. 7, cons. 186, fo. 139 va – 140 ra.

⁵³ "Cum igitur de contractibus celebratis Bononiae constet, et etiam constet reum fuisse inventum Bononiae, et ibi personaliter citatum, nihil est, quod repugnet, quominus potuerit ibi conveniri. Et si diceretur, quod contraxit ibi tanquam viator, et statim recessurus, negatur, nec de hoc aliquid est probatum" (*Cons. 89*, cit., fo. 65 vb, n. 1).

⁵⁴ "Et cum habeamus regulam, quod quis ratione contractus potest in loco contractus conveniri, si ibi fuerit inventus", ne segue che il convenuto "si velit dicere se esse in casu excepto a dicta regula, eo quia dicat se fuisse tunc viatorem, habet necesse hoc probare" (*Ibidem*, fo. 65 vb – 66 ra, n. 1).

Nel secondo, trovandosi il consulente a trattare dell'ammissibilità del giuramento in una causa e dovendo stabilire se essa fosse da considerarsi *magna* – tale così da escludere il giuramento – oppure no, argomentava la sua soluzione facendo ancora perno sul fatto che colui che può invocare la regola in proprio favore non ha bisogno di provare alcunché e concludeva pertanto che "adversarius eius, si vult eum excludere a regula, allegando quod causa est magna inspecta qualitate personae petentis, habet hoc probare"⁵⁵.

Il discorso potrebbe continuare ancora, ma forse è opportuno fermarsi; prima però di lasciare il Toschi con il suo repertorio, mi soffermo su un ultimo consulente, Rolando Dalla Valle, giurista cinquecentesco operoso nel Monferrato⁵⁶, del quale il cardinale rammenta il *consilium* 81 nel libro 1. In quella sede Rolando nulla dice di nuovo, rispetto all'assioma "standum est regulae, et illi inhaerendum, ut Bononienses carotio", ma invece di indicarne la provenienza dalla *gl. in l. Omnis definitio* – si ricorderà di D. 50.17.202 [203] –, indica un'inesistente *gl. in c. omnis distinctio. 10 de reg. iur. del Liber Sextus*⁵⁷. Un semplice errore di stampa? Forse. Ma mi piace credere che ormai, tanto era recepita

⁵⁵ Tartagni, *Cons. 186*, cit., fo. 140 ra, n. 6.

⁵⁶ Sul quale cfr. E. Dezza, *Rolando Dalla Valle (1500 c. – 1575). Politica, diritto, strategie familiari nell'esperienza di un giurista casalese del Cinquecento*, in "Monferrato Arte e Storia", Anno IX (1997), pp. 23-43.

⁵⁷ R. Dalla Valle, *Cons. Prima facie*, in Id., *Consilia sive mavis Responsa*, Venetiis, Apud Franciscum de Portonariis, 1572, L. I, cons. 81, fo. 135 vb, n. 4.

questa regola nel fòro, che non c'era più alcuna necessità neppure di controllarne bene la citazione.

B. Altre opere della pratica

Un *singulare* di Matteo Mattesillani (fl. 1398-1410), raccolto dall'avvocato veronese Gabriele Saraina intorno alla metà del Cinquecento, invitata a notare che la sentenza, sia essa interlocutoria o definitiva, "lata expresse contra regulam iuris communis" dovesse considerarsi nulla, quantunque si potessero rinvenire casi eccezionali nei quali la si potesse considerare valida, purché tali casi fossero specificamente indicati nella sentenza stessa⁵⁸.

Con una lunga annotazione, il Saraina fissava lo *status quaestionis* riguardo alla rilevanza della *regula* in giudizio: dopo aver asserito che "regulam iuris pro se habens dicitur rem certam et intentionem fundatam habere"⁵⁹ e che pertanto l'onere della prova transitava in colui che allegava la specialità del caso, riportava l'opinione di Bartolo per il quale "secundum regulam est pronuntiandum, nisi contrarium probetur", proprio per il fatto che colui che può invocare la regola in suo favore trasferisce l'onere della prova sull'avversario⁶⁰. Inoltre il giudice, se può scegliere tra le varie opinioni dottrinali contrastanti, non può però andare nella sua

⁵⁸ M. Mattesillani, *Singularia*, in G. Saraina, *Singularia omnium clarissimorum doctorum, qui hactenus de iure responderunt*, Lugduni, Apud haeredes Jacobi Iuntae, 1560, sing. 19, p. 195.

⁵⁹ G. Saraina, *Annotatio a M. Mattesillani*, *Sing.* 19, cit., p. 196, n. 1.

⁶⁰ *Ibidem*, nn. 4-5.

sentenza, come s'è detto or ora, contro la *regula iuris*; e neppure lo statuto nel diritto penale può mutare ciò che è stabilito nelle regole⁶¹.

Nello stesso torno di anni, anche Giuseppe Mascardi (1540/45-1587)⁶², in una delle sue *Conclusiones omnium probationum*, ribadiva pressoché gli stessi concetti, ricordando, sempre a partire dalla riflessione di Bartolo, il ruolo della regola di *fundare intentionem* di colui in favore del quale è posta, con la conseguenza che chi eccepiva la non operatività della regola stessa avrebbe dovuto provare il proprio assunto. E riteneva inoltre — sebbene la sua opinione non fosse da tutti gli interpreti ricevuta — che questa conclusione valesse anche nei confronti delle persone privilegiate, a meno che esse non provassero di essere "specialiter exemptae" o "privilegiatae in materia, de qua agitur"⁶³.

Sul finire del secolo anche Fulvio Pacciani († 1613), nel suo diffusissimo trattato sull'onere della prova⁶⁴,

⁶¹ *Ibidem*, nn. 11-12.

⁶² Puntuali informazioni biografiche in L. Sinisi, v. Mascardi, Giuseppe, in DBI, cit., 71 (2008), pp. 538-541.

⁶³ G. Mascardi, *Conclusiones omnium probationum, quae in utroque Foro quotidie versantur*, III, Augustae Taurinorum [s.d.e.], 1624, concl. 1267, fo. 17 vb- 18 ra.

⁶⁴ Diffusione testimoniata anche da W. Wiegand, *Zur Erkunft und Ausbreitung der Formel "habere fundatam intentionem". Eine Vorstudie zur Rechtsquellen- und Rechtsanwendungslehre der Rezeptionszeit und der usus modernus*, in "Festschrift für Hermann Krause", hrsg. von S. Gagnér, H. Schlosser, W. Wiegand, Köln-Wien, Böla, 1975, pp. 126-170 (l'osservazione è a p. 136, nt. 29), che, proprio per questo, conduce la sua analisi tenendo per guida l'opera del giurista modenese. Sull'autore, in difetto di studi recenti, si rinvia a G. Tiraboschi, *Biblioteca mo-*

trattava *ex professo* della questione, inquadrando correttamente l'argomento nell'ambito delle presunzioni.

Dopo aver affermato nei primi capitoli il principio che l'onere della prova è a carico dell'attore, il Pacciani passava ad enucleare i casi che costituivano eccezione a tale principio: il primo di tutti si verificava "quando praesumptio iuris est contra reum, quoniam tunc non actori affirmanti, sed reo neganti probandi onus incumbit"⁶⁵; cosicché.

"Generaliter igitur haec limitatio statuenda est in favorem eius qui probare tenetur, sive sit actor, sive sit reus, sive sit affirmans, sive sit negans, ut scilicet quaelibet intentio fundata in praesumptionem iuris, aut in iure communi, vel in praesumptione naturae, aut in regula iuris, vel in verisimilitudine transferat onus probandi in adversarium"⁶⁶.

La "praesumptio iuris communis" si verificava –secondo il Pacciani– allorché fosse stata presente una disposizione esplicita di legge che portasse all'inversione dell'onere probatorio; la "praesumptio naturae" invece trovava il suo fondamento nella natura delle cose, come nel caso di colui che aveva accolto nella propria stalla un bue errante: era pacifico infatti –ad avviso del Pacciani– che costui avesse diritto a ripetere le spese

denese o notizie della vita e delle opere degli scrittori nati degli Stati del sermo sig. Duca di Modena, III, Modena, Presso la Società Tipografica, 1783, pp. 403-413.

⁶⁵ F. Pacciani, *Egregius, ac practicabilis tractatus, Cui incumbat onus probandi*, Venetiis, Apud Cornelium Arrivabenum, 1594, L. I, cap. 8 *Praesumptio iuris transfert onus probandi in adversarium*, fo. 14 vb, n. 1.

⁶⁶ *Ibidem*, fo. 15 va, n. 4.

sostenute per mantenerlo "cum praesumptio naturae sit, quod non vixerit bos de vento"⁶⁷.

C'era poi il caso della presunzione costituita dall'esistenza d'una regola iuris, alla quale doveva essere applicata la stessa disciplina del primo tipo di presunzione, "quoniam notissimi, et indubitati iuris est, quod intentio fundata in regula iuris, transfert onus probandi in adversarium allegantem exceptionem a regula"⁶⁸.

Infine, dopo aver ricordato l'ormai arcinoto insegnamento della Glossa, il Pacciani ribadiva l'insegnamento di Bartolo secondo il quale nel dubbio si doveva pronunciare sempre secondo la regola, cosicché la sentenza data contro la *regula iuris* era da considerarsi data "contra ius expressum" e pertanto nulla, come insegnato pure nel *singulare* di cui abbiām detto poc'anzi⁶⁹.

Secondo i pratici, dunque, la regola valeva a provocare l'inversione dell'onere della prova, fondando una presunzione a favore di colui che poteva invocarla: si trattava allora di vedere, volta a volta, quando si potesse parlare di regola; prima di tutto c'era da individuare l'esistenza della regola e successivamente l'applicabilità di essa al caso in questione.

Fra gli infiniti casi tratti dalla prassi che potrebbero essere presi in considerazione per dar conto del *modus operandi* dei giuristi, mi è parso opportuno prenderne uno gustoso, trattato dall'avvocato spagnolo Gerola-

⁶⁷ *Ibidem*, fo. 15 vb, n. 7.

⁶⁸ *Ibidem*, fo. 15 vb, n. 12.

⁶⁹ *Ibidem*, fo. 16 rb, n. 16.

mo De Caevallos; quel De Caevallos o Zeballos che aveva attratto gli strali del Muratori a causa proprio della sua raccolta di *communes opiniones*, con la quale aveva messo in discussione altre in precedenza ritenute parimenti *communes*, contribuendo così, secondo lui, ad aumentare l'incertezza nel fòro⁷⁰.

Dell'assioma "Regulam qui habet pro se, fundat suam intentionem"⁷¹ il De Caevallos si interessava nell'ambito della quaestio 831⁷², dedicata a disquisire

⁷⁰ Cfr. L. A. Muratori, *Dei difetti della giurisprudenza*, Venezia, Presso Giambatista Pasquali, 1742 [rist. an. Roma, Ministero della Giustizia, 1999], cap. IV, pp. 20-21: "A me basta ch'egli meco venga per dare un'occhiata all'opera di un famoso Scrittore Spagnuolo. Intendo io dello *Speculum aureum* di Girolamo Zevallos, o sia Caevallos, o Zevaglios, come dicono gli Spagnuoli, il quale coll'aver solamente raunato le opinioni comuni contra le comuni, ne formò quattro tomi in foglio. Nè già contrasto io a lui l'aver chiamata aurea quella sua opera, quantunque in fine poco o niun profitto se ne ricavi: ma dico bene, che niuna più d'essa è bastevole a sommamente discreditar la Giurisprudenza d'oggi, da che egli ce la fa vedere così discorde ed incerta nelle sue sentenze, e ce la rappresenta come un campo di battaglia di chi sempre combatte, senza che mai apparisca, chi abbia da essere vincitore o vinto. Se tu comparisci in aringo con una sentenza comune a te favorevole, eccoti l'avversario, che ti vien contro con una opposta sentenza, ed anch'essa comune. A chi sarà allora dovuta la palma?". Si veda anche *Ibidem*, p. 71. Sull'autore, qualche notizia in N. Antonio, *Bibliotheca Hispana Nova sive hispanorum scriptorum qui ab anno 1500 ad 1684 floruerunt notitia*, I, Matriti, Apud Joachimum De Ibarra, 1783 [rist. an. Torino, Bottega d'Erasmus, 1963], pp. 609-610.

⁷¹ H. De Caevallos, *Speculum opinionum communium contra communes, quaestionum practicarum in iure canonico, civili, et regio repertarum*, III, Romae, Apud Carolum Vullietum, 1609, p. 309, n. 2 del sommario; e repertoriato nell'indice, senza numerazione delle pagine, al termine del volume.

⁷² *Ibidem*, pp. 309-311.

se il minore leso in un contratto di matrimonio o negli sponsali avesse diritto alla *restitutio in integrum*.

Egli partiva dalla considerazione che esiste una "regula iuris certissima" secondo la quale al minore che ha subito una "laesio" deve essere concessa la "restitutio in integrum". Nel caso considerato si discuteva di un minore che aveva contratto matrimonio di sera "cum vetula edentata, vel gibbosa", forse dopo averla vista soltanto di notte; l'indomani, dopo aver constatato i di lei difetti, egli si era pentito di tale scelta ed aveva adito il giudice per chiedere la *restitutio*, in conseguenza della gravissima lesione⁷³.

Secondo una prima opinione –notava il De Caevallos– il minore ne avrebbe avuto diritto, proprio perché pareva avere dalla sua la regola suddetta, sostenuta da molti autori; e tuttavia, secondo lui, era da preferire la contraria opinione, sulla base di diverse argomentazioni, fra le quali la sostanziale equiparazione del minore all'adulto nel contrarre il matrimonio, il fatto che la disciplina riguardo alla lesione può essere invocata solo per negozi di carattere meramente economico e infine la natura sacramentale del matrimonio, tale per cui "iudex non potest separare, quos Deus coniunxit; quia spiritualia inhaerent ossibus, et non possunt dispositione civili aboleri"⁷⁴.

⁷³ Quasi spassosa la prosa: "ita [minor] incensus iuvenilibus caloribus, quod non consideravit reliquas corporis partes; de mane vero iam recordatus, ipsaque visa, et valde contristatus ad iudicem accessit" (p. 310, n. 1).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 310, nn. 5-8.

Diverso invece –concludeva il pratico spagnolo– era il caso degli sponsali “de futuro” dove evidentemente un errore, anche sulla natura economica della controparte, poteva generare l’invalidità dell’accordo⁷⁵.

Come si può ben vedere anche da questo esempio, la regola serviva a fissare un principio di diritto, ma la sua applicazione al caso concreto era rimessa alla valutazione logico-giuridica dell’interprete.

Questa fiducia nell’interprete aveva reso possibile, fin dai primordi della Scuola di Bologna, che facesse la loro comparsa raccolte di regole tra loro contrastanti, quali le *Dissensiones dominorum*⁷⁶ e soprattutto le collezioni di *Brocarda*⁷⁷.

Quest’ultime, come ben si sa, raccoglievano al loro interno coppie di regole esplicitamente di segno opposto (*diversa*), le quali erano nondimeno consegnate all’interprete perché questi le riconducesse ad unità, mediante l’uso di strumenti dialettici, sul presupposto

⁷⁵ *Ibidem*, p. 311, nn. 12-13.

⁷⁶ Cfr. F. Calasso, *Medio Evo del diritto*, I. *Le fonti*, Milano, Giuffrè, 1954, p. 537.

⁷⁷ Tra i quali eccelsero, com’è noto, quelli di Azzone. Ha notato il Converso che i “*brocarda* di Azone rappresentano per la scuola dei glossatori il momento conclusivo dell’applicazione di un metodo di speculazione teoretica sulle antinomie” nel *Corpus iuris* e siccome questo metodo, basato sulle sole distinzioni, non era sufficiente “i bolognesi iniziarono quel dibattito tanto sottile e fecondo sul concetto di *regula iuris*, momento imprescindibile della *reductio ad unitatem* del corpo giustiniano, ideologicamente presupposta, volta a volta faticosamente costruita”, che sfocerà in altre raccolte successive come quelle di Pillio da Medicina e Ottone da Pavia (cfr. A. Converso, *Introduzione alla ristampa anastatica dei Brocardica aurea D. Azonis Bononiensis*, Neapoli, *Apud Ioannem Boium*, 1568 [Torino, Bottega d’Erasmus, 1967], p. I).

condiviso che tali regole non fossero contrastanti tra loro in modo insanabile (*adversa*)⁷⁸.

Le raccolte di *communes opiniones*, che fanno la loro comparsa fin dalla prima età moderna, si ponevano allora in questo solco già tracciato dalla *scientia iuris* bassomedievale e in definitiva fornivano all’interprete un quadro di regole ed eccezioni di cui avvalersi per risolvere il caso concreto: ma non si comprenderebbe appieno la loro importanza se non si tenesse conto della funzione nomopoietica dell’*interpretatio*, a cui abbiamo fatto cenno nell’introduzione. Come ha notato giustamente Luigi Lombardi, la *communis opinio* –e la *regula* che da essa derivava– null’altro era che la “versione giurisprudenziale della legge”⁷⁹.

⁷⁸ Come ha scritto Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., p. 129, “una volta tracciato questo schema di eventualità, ogni disposizione di legge trova[va] la sua giustificazione, il disordine apparente si compone[va] in ordine razionale legittimando, infine, la validità delle due massime simultaneamente contrapposte”.

⁷⁹ Cfr. L. Lombardi, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, Giuffrè, 1975, p. 189. Mi pare condivisibile l’inquadramento del diritto comune, da parte di questo autore, tra i sistemi giurisprudenziali (ripreso anche da E. Cortese, *Il diritto nella storia*, cit., p. 454), posto che “carattere comune a queste forme di creazione del diritto è quella che deriva dal fatto che esse si propongono tutte di ‘trovare’, mediante procedure razionali, le norme da applicare ai casi che si presentano ai giudici ed agli altri operatori pratici, nonché i principî sistematici in cui inquadrare i vari problemi, anziché di ‘dettare’ precetti in base all’autorità di cui un determinato soggetto si trovi ad essere investito”, cosicché il diritto giurisprudenziale costituisce la principale alternativa, ancorché non “secca”, al diritto politico (così A. Pizzorusso, *Sistemi giuridici comparati*, Milano, Giuffrè, 1998, pp. 288-289).

4. *Tra mos italicus e mos gallicus:
lo studio delle regole nelle Università*

È ormai un dato storiografico appurato che la contrapposizione aspra tra i due diversi modi di studiare il diritto romano –quella secondo il metodo dei bartolisti e quella al modo degli umanisti– non fu poi così pungente come in passato veniva sottolineato da certi storici, mossi sovente da polemiche nazionalistiche⁸⁰; se è vero che indubitabilmente differenti furono gli atteggiamenti dei giuristi cinquecenteschi verso il diritto romano, a seconda che si collocassero in una o nell'altra di queste due correnti del pensiero giuridico, è vero altrettanto che non mancarono giuristi che tentarono con successo di rimanere ancorati all'insostituibile metodo bartolistico, facendo però tesoro delle acquisizioni scientifiche provenienti dall'umanesimo.

Per quanto riguarda le *regulae iuris* già abbiām detto del Decio e del Cagnolo, che si cimentarono in appositi trattati.

In questa sede è invece da fare discorso su alcuni giuristi che si interessarono di esse nel più ampio quadro della riforma degli insegnamenti universitari, in quello che è stato definito il momento di passaggio dal "trattato didattico" –tipico del diritto comune quattrocentesco– al "manuale giuridico"⁸¹.

Anche qui ovviamente si tratterà di fare soltanto alcune incursioni.

Cominciamo con Giovanni Battista Caccialupi (1420 ca.-1496)⁸², noto fra l'altro per il suo volumetto *De modo studendi in iure*, che rappresenta appunto il primo "manuale metodologico scolastico (...) che recuperava il passato e le *auctoritates* dei maestri in funzione del presente"⁸³.

Dopo aver ricordato che lo studente diligente deve *audire* i propri maestri, il Caccialupi osservava come fosse impossibile per ogni studente mandare tutto a memoria: sarebbe veramente cosa vana pretendere di ricordare tutti i casi trattati a lezione o incontrati nelle varie raccolte; ed è assurdo che qualche docente possa pretendere questo dai propri discepoli.

D'altra parte è parimenti assurdo –continuava il nostro– che lo studente si affidi solamente a Bartolo, sulla considerazione della sua grande autorità, perché non mancano passi in cui anche tale sommo giurista appare oscuro o comunque sviluppa dei ragionamenti così complessi, che precludono la comprensione del giurista non provetto⁸⁴.

⁸² Sul quale si veda almeno P. Nardi, *Giovanni Battista Caccialupi a Siena: giudice delle Riformazioni e docente dello Studio*, in Id., *Maestri e allievi giuristi nell'Università di Siena. Saggi biografici*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 119-154.

⁸³ Mattone, *Ibidem*, p. 22. Ho consultato l'edizione G. B. Caccialupi, *Modus studendi in utroque iure*, in appendice a S. Brant, *Titulorum omnium iuris, tam civilis, quam canonici expositiones*, Venetiis, Apud Io. Antonium Bertanum, 1570, fo. 236 r - 255 r.

⁸⁴ *Ibidem*, doc. 7, fo. 245 v - 246 v.

⁸⁰ Cfr. Biocchi, *Alla ricerca dell'ordine*, cit., p. 236, che ha visto questa contrapposizione come "frutto di un'illusione ottica".

⁸¹ La felice espressione è di Mattone, *Manuale giuridico*, cit., § 5, pp. 22-28.

Ecco allora che il maestro dell'ateneo senese consigliava apertamente ai neofiti del diritto di cimentarsi prima di tutto con le raccolte di *regulae iuris*; quelle del Digesto e quelle contenute nel Sesto. Esse infatti sono le "principales claves iuris: quibus inhaerendum tanquam bononiensis carocio", cosicché la loro ignoranza addirittura costituisce per l'interprete "culpa lata"⁸⁵.

Gli stessi concetti venivano ribaditi qualche decennio dopo da Matteo Gribaldi Mofa (1506-1562) in un'altra celebre operetta dal titolo *De methodo ac ratione studendi*⁸⁶.

Secondo il Gribaldi Mofa le regole servono essenzialmente per due usi: il primo è per dire in breve ciò che viene spesso detto con molte parole, così da facilitare la memorizzazione dei concetti. Il secondo è quello di rendere possibile la costruzione di sillogismi "perfectissimum disputandi genus, quo nullum ad veritatem eruendam, ad detegendam falsitatem aptius aut propinquius invenitur"⁸⁷. Proprio per questo, dopo aver fornito un esempio di questa utilizzazione della regola, egli raccomandava agli studenti di esercitarsi nel ragionamento sillogistico, perché "sine eo, nec

⁸⁵ *Ibidem*, fo. 247 r. Ricorda il passo anche Padovani, *Modernità degli antichi*, cit., p. 122.

⁸⁶ Sull'opera nel quadro della letteratura cinquecentesca e sulla figura del giurista cfr. da ultimo D. Quagliani, *Tra bartolisti e antibartolisti. L'Umanesimo giuridico e la tradizione italiana nella Methodus di Matteo Gribaldi Mofa (1541)*, in *Studi di storia del diritto medioevale e moderno*, a cura di F. Liotta, Bologna, Monduzzi, 1999, pp. 185-212, con ampia bibliografia alle pp. 195-196.

⁸⁷ M. Gribaldi Mofa, *De Methodo, ac Ratione Studendi*, Lugduni, Apud Antonium Vincentium, 1556, L. I, cap. 7, p. 47.

scholasticus proficere, nec Doctor iura interpretari, nec advocatus causam defendere, nec iudex controversias definire recte posse existimentur"⁸⁸.

Avuto riguardo alla loro origine –ricordava il giurista piemontese– le regole si distinguono in "regulae ex verbis" e "regulae ex mente", a seconda che derivino dalle parole stesse del legislatore, come nel caso di D. 50.17, oppure siano il risultato di un'indagine interpretativa volta ad acclarare "vis et mens legis".

Proprio in quest'ultimo tipo di regole si percepisce l'importanza fondamentale della *scientia iuris* e soprattutto di giuristi come Bartolo e Baldo "qui universas ferme legum sententias ita perstrinxerunt, ut eorum formulis, vel epitomis, nihil aut brevius, aut subtilius excogitari possit"⁸⁹.

Non è difficile scorgere allora, in queste considerazioni, come sia senza dubbio demandata alla scienza, e alla sua elaborazione creatrice di diritto, l'individuazione della maggior parte delle *regulae iuris*, le quali vanno ad affiancarsi e addirittura a sovrapporsi a quelle direttamente enucleate dal legislatore⁹⁰.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 49.

⁸⁹ *Ibidem*, cap. 8, pp. 58-59. Lo sottolinea anche A. Errera, *Lineamenti di epistemologia giuridica medievale. Storia di una rivoluzione scientifica*, Torino, Giappichelli, 2006, pp. 109-110. Il Gribaldi fornisce dall'interpretatio doctorum sui passi giustiniani, con intenti che mi sembrano tener conto dei postulati umanistici: scrive infatti che tale elenco dev'essere nella sua idea "nunc brevius, nunc clarius, et si fieri possit, purius ac elegantius" rispetto a quelli finora a disposizione.

⁹⁰ Perché, come ha efficacemente notato Errera, *Lineamenti*, cit., p. 113, nell'ottica dei Commentatori "ogni progresso nelle conoscenze

Fra le altre figure di giuristi che si collocano in questa prospettiva possono poi essere menzionati il francese Jean de Coras (1513-1572) e l'olandese –ma di cultura francese– Joachim Hopper (1523-1586), i cui scritti *De iuris artis* finirono entrambi nei *Tractatus universi iuris*.

Il Coras, espressione dell'"anima razionalista" dell'umanesimo giuridico e sostenitore convinto dell'uso della dialettica negli studi giuridici⁹¹, proponendo di riordinare *funditus* il quadro del diritto vigente, collocava le *regulae iuris* dopo i *tres iuris praecepta* tra i cosiddetti "secundaria iuris principia", i quali erano da intendersi come "quaedam axiommata, et definitiones, seu regulae, quae non tam natura, quam civili aliqua ratione et auctoritate, aut communi mortalium usu, per hominum animos diffunduntur, quae etsi perunque vera sunt nec valde egeant demonstratione"⁹². Egli notava inoltre come tante altre di queste regole fossero espresse nei titoli appositi del Digesto, del *Liber Extra* e del *Sextus*, ma moltissime altre ancora fossero per converso da reperire nei *responsa* e nelle leggi e così

scientifiche deve necessariamente derivare da precetti generali e fondamentali".

⁹¹ Cfr. R. Orestano, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, Il Mulino, 1987, pp. 162-163. Di due "anime" dell'umanesimo giuridico ha parlato di recente P. Grossi, *L'Europa del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 2007, pp. 90-96.

⁹² J. de Coras, *De iuris arte*, parte I, cap. 26, in *Tractatus Universi iuris*, I, Venetiis [Società dell'aquila che si rinnova], 1590 (ma 1584), fo. 65 vb-66 ra.

dichiarava la necessità di fornirne in quella sede almeno un elenco a titolo esemplificativo⁹³.

Hopper invece, giurista più vicino all'"anima storicistica" dell'umanesimo, inquadrando le *regulae iuris* tra i "principia particularia" del diritto, si limitava a segnalare l'omonimia tra "regulae" per i giuristi, "oracula" per gli scrittori e "aphorismi" per i medici. Dopodiché, prima di fornire anche lui un elenco dettagliato di regole ricavate dalla *lectura* dei testi giustiniani, precisava come le *regulae iuris* potessero attenere al diritto in senso proprio (come quando trattano per esempio di giustizia o del giudizio), oppure alle cose oggetto del diritto stesso (come nel caso di quelle relative alle persone, ai commerci, ai beni)⁹⁴.

Interessanti considerazioni sulla *regula iuris* si trovano anche nel *De exercitatione Iurisperitorum* di Antonio Massa (1500-1568), giurista di ambiente curiale romano, non insensibile però alle idee umanistiche⁹⁵.

In quest'opera –destinata agli studenti di diritto, per fornire loro "strumenti dialettici e metodologici di interpretazione validi tanto per gli studi quanto per

⁹³ *Ibidem*, fo. 66 ra: "Alia sunt, quae civilis legis auctoritate nituntur potissimum quorum bonam partem reperire est, sub titulo Pandectarum, Gregorii, et Bonifacii, de *Regulis Iuris*, et reliquam sparse decerpere, ex Iurisconsultorum responsis, et Caesarum placitis, nos quaedam exempli gratia, referemus".

⁹⁴ J. Hopper, *De iuris arte*, L. I, § *De principiis particularibus*, in *Tractatus Universi iuris*, I, cit., fo. 86 vb. Sul giurista cfr. Orestano, *Introduzione*, cit., p. 72.

⁹⁵ Cfr. F. Sigismondi, v. Massa, Antonio, in *DBI*, cit., 71 (2008), pp. 666-669.

l'esercizio della professione legale"⁹⁶ – il Massa aveva modo di commentare D. 50.17.1, ricordando così come la regola potesse essere definita una "compendiosa enarratio, et quasi causae coniectio", una sorta cioè di "universale, vel perpetuale praeceptum, diversarum rerum quasi sub unam, eandemque causam cadentium universitatem complectens"⁹⁷.

In particolare egli raccomandava ai discenti di tener presente, sulla scorta di Zasius, che la legge sorge dai fatti, mentre la regola trae la sua origine dalla legge, quale compendio di casi ricadenti sotto la medesima *ratio*.

In questo senso – osservava ancora il Massa – nel titolo in questione del Digesto compaiono tante espressioni che non sono *regulae iuris* in senso proprio, in quanto semplici definizioni ("axiomata"). C'era pertanto la necessità di ben distinguere le definizioni dalle regole; e queste dai principî, i quali propriamente sono gli indiscutibili fondamenti ("positiones" o "dignitates") d'una *scientia*⁹⁸.

⁹⁶ Così E. Conte, *Accademie studentesche a Roma nel Cinquecento: de modis docendi et discendi in iure*, Roma, Edizioni dell'Ateneo, 1985, p. 70, il quale definisce il Massa come "buon giurista, alquanto noto ai suoi tempi", la cui opera "ebbe una diffusione ragguardevole anche fuori d'Italia fino ai primi anni del secolo XVII".

⁹⁷ A. Massa, *De exercitatione Iurisperitorum*, L. I, n. 55, in *Tractatus Universi Iuris*, I, cit., fo. 170 vb – 171 ra.

⁹⁸ *Ibidem*, fo. 171 rb, nn. 57-62. I principî, sulla scorta di Aristotele, sono "quaedam propria, quae quod vera sint non contingit demonstrari; et quae per se et non per alia fidem habent, quoniam nihil prius superiusque in ea scientia est, per quod confirmari explicarique possint" (n. 63).

Le regole non coincidono con i principî, giacché, sebbene anch'esse siano asserti universali, hanno bisogno di essere provate nell'ambito di un giudizio: e in ultima analisi esse dipendono proprio dai principî che costituiscono la causa delle leggi e delle regole medesime⁹⁹.

Secondo il Massa allora l'*officium regulae* era quello di realizzare una "communitas et coniunctio causae", da offrire all'interprete per l'attuazione del procedimento logico-dimostrativo per eccellenza – il sillogismo –, così da poter pervenire alla decisione del caso concreto; riconoscere questa funzione generale della regola, ovviamente, non significava escludere che potessero esistere pure delle *fallentiae* alla regola stessa¹⁰⁰.

Spostandoci per concludere questa rassegna più decisamente sul versante della giurisprudenza *culta* e non potendo anche qui non limitarci che ad alcuni autori soltanto, passiamo adesso a fare cenno al principe degli umanisti, Jacques Cujas (Cuiacio, 1522-1590), e all'autore di un diffuso trattato *De regulis iuris*, il ginevrino Jacques Godefroy (Gotofredo, 1587-1652): i quali possono essere considerati come esempi autorevoli – e per certi versi, paradigmatici – della riflessione umanistica sulle regole giuridiche, collocandosi rispettivamente al culmine e all'epilogo di quella corrente di pensiero giuridico.

⁹⁹ *Ibidem*, fo. 171 rb, n. 63: "Hoc interesse inter principia, seu dignitates, et regulas, quod inter elementa et membra, haec ex illis dependent, illa ex horum causae sunt et omnium, ita regulae ex principiiis dependent: illa sunt regularum omnium, et legum causae".

¹⁰⁰ *Ibidem*, fo. 171 rb, n. 67 e fo. 171 va, n. 70.

Se nei *Paratitla* al Digesto il Cuiacio si limitava semplicemente ad osservare che il *ius antiquum* a cui fa riferimento D. 50.17 era da intendersi non come diritto in vigore solo nei tempi remoti, ma come diritto elaborato dall'antica giurisprudenza, tuttora valido e non cassato da successivi interventi imperiali¹⁰¹, nei commentari alle singole leggi egli aveva modo di diffondersi ampiamente sulla natura della regola, con riferimento anche a citazioni letterarie ed erudite.

A suo avviso, la regola era una "*iuris in breve coactio, et expositio circumcisa*", di per sé "*lubrica et periculosa, non certa, non necessaria, non perpetua, quia vitatur, et corrumpitur facile*"¹⁰². Ciò non impediva però che la regola potesse esser vista come una sorta di stabilizzazione, cosicché, pur con le cautele che sono senz'altro richieste, si poteva ancora seguire il noto insegnamento accursiano, per il quale si deve "*stare alla regola*"¹⁰³.

¹⁰¹ J. Cujas, *Paratitla in libros L. Digestorum sive Pandectarum Imperat. Iustiniani*, IV, Neapoli, Apud Ioannem Cervonis, 1751, pp. 417-419.

¹⁰² J. Cujas, *Recitationes solemnes a D. 50.17.1*, in *Id.*, *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem*, VI, Prati, Ex officina Fratr. Giachetti, 1838, cc. 1845-1846.

¹⁰³ Il metodo umanistico di studio del diritto, accompagnato dall'erudizione storica, è ben dimostrato dalla citazione, che il Cuiacio apporta in questo punto per spiegare il significato della nota similitudine adoperata dalla glossa; egli rinvia al *Compendio dell'Istoria del Regno di Napoli* del pesarese Pandolfo Collenuccio (1444-1504), dove si leggeva che "per più chiara notizia è da sapere, che 'l Caroccio, che all'ora si usava in Italia era un carro molto grande menato da molti paia di buoi concio a gradi intorno in forma di tribunale, et di pulpito molto ben lavorato, et coperto, et carico d'ornamenti; sopra il quale si portavano gli stendardi, et le bandiere del popolo, di chi era il Ca-

Riguardo al rapporto tra *ius* e *regula*, il Cuiacio sosteneva che bisognava fornire degli esempi concreti per spiegare la derivazione della regola dal diritto: in quest'ottica esemplificativa egli prendeva in considerazione il frammento di D. 50.17.69 nel quale veniva affermata la regola che nessun beneficio può esser dato senza l'accettazione da parte del beneficiario. Ora, siccome la libertà è definita in altri passi come un beneficio, si chiedeva il Cuiacio se anche per concedere la libertà fosse necessario il consenso del beneficiario e rispondeva in modo negativo, proprio perché il diritto non deriva dalla regola; semmai –concludeva– "*videndum est et quaerendum ex quo iure [regula] confecta sit*"¹⁰⁴.

La *regula* ha quindi sempre un fondo di ambiguità, cosicché il trarre degli argomenti da essa può apparire controproducente, dato che talvolta essa può deformare il *ius*, mentre talora può essere intesa come suo sinonimo: in caso di contrasto tra legge e regola –concludeva il giurista francese– deve comunque prevalere la legge¹⁰⁵.

roccio, et delle comunità, che all'ora in lega si trovavano; et era il Caroccio negli esserciti come il pretorio, o il tribunale commune, ove si riducono i soldati, come alla corte, et capo dell'essercito, et ove tutti li maestri, et tutta la forza, et miglior parte del campo stavano alla guardia, et all'ora veramente si teneva rotto, et sconfitto il campo, quando il Caroccio si perdeva" (ed. Venezia, Appresso Gioseffo Pelusio, 1591, parte I, L. 4, fo. 53 v).

¹⁰⁴ *Ibidem*, c. 1846.

¹⁰⁵ *Ibidem*, c. 1847: "Et ubi regulae lex aliqua specialis contraria est, legi potius standum est. Itaque levia sunt, quae ex regulis ducuntur argumenta: levia quae iactantur non sine studiosorum dispendio, qui haec magis, quam ius ipsum spectant, θειρά, quae vulgares interpretes

Se si può fare una sommarissima valutazione della *lectura cuiaciana* a D. 50.17.1, si deve dire che essa rientra perfettamente nel *modus operandi* del grande romanista: si va in altri termini alla ricerca dell'esatta comprensione del testo; della tradizione interpretativa si accetta soltanto ciò che è conforme alla pura esegesi; ci si oppone all'utilizzazione spesso indiscriminata delle regole da parte della pratica, espressione di una giurisprudenza creatrice di diritto¹⁰⁶.

E veniamo infine a Gotofredo; il quale –com'è stato notato¹⁰⁷– pur riprendendo la lezione degli altri umanisti, soprattutto sotto il profilo della corretta ricostruzione dei testi romani e della loro esegesi, non disdegnava però le riflessioni del *mos italicus* in merito alle regole, riconoscendo ad esse il ruolo di costituire "iuris fundamenta"; di essere fonti dalle quali fuoriesce il diritto, chiavi con le quali si disserra il santuario del diritto, promontori ("cynosurae") offerti a coloro che navigano nell'oceano del diritto¹⁰⁸.

Egli pertanto non esitava a riconoscere la funzione insostituibile delle *regulae* per la definizione delle

vocant Brocardica, non minus nomine quam usu barbaro, eis ius civile deformantes. Interdum regula iuris civilis pro iure ipso accipitur".

¹⁰⁶ Ha segnalato Stein, *Regulae iuris*, cit., p. 164, che gli utilizzatori di brocardi in definitiva "argue as if law were an exact science, but it is only a science in a loose way. In a true science conclusions follow necessarily from premises. In law there is no necessary conclusion".

¹⁰⁷ Da Stein, *Regulae iuris*, cit., p. 167.

¹⁰⁸ J. Godefroy, *Novus in titulum Pandectarum de diversis regulis iuris antiqui commentarius*, Neapoli, Apud Societatem literariam et typographicam, 1780, *praefatio ad lectorem*, p. 6.

controversie: esse gli apparivano infatti quale "directorium" per i giudici e i giureconsulti, chiamati rispettivamente a decidere le cause o ad esprimere pareri; in definitiva servivano, secondo lui, non solo per aiutare la memoria, ma anche e soprattutto per risolvere le controversie; ed in ciò stava il principale loro *officium*¹⁰⁹.

Commentando il noto frammento di Paolo, per quanto scegliesse apertamente il testo offerto "in optimis Florentinis Pandectis, et Haloandrinis", recante come s'è visto il sintagma "causae coniectio", il giurista ginevrino confermava l'*opinio communis*, secondo la quale chi può invocare a suo favore una regola si dice avere l'intenzione fondata; cosicché alla regola occorreva stare attaccati da parte degli interpreti come i bolognesi al carroccio, riprendendo esplicitamente con questo paragone la ormai nota similitudine accursiana¹¹⁰.

Quanto al rapporto tra regola e diritto descritto nel frammento, il Gotofredo negava che il giureconsulto romano avesse voluto impedire alle regole di assumere un'efficacia pari alle "leges", ai "plebiscita" e alle altre "iuris species"; semplicemente, a suo avviso, egli aveva ammonito che in primo luogo bisognava usarle con prudenza per il fatto che esse sono frutto d'un'elabora-

¹⁰⁹ *Ibidem*, Ad rubricam et ad legem I, p. 17.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 19, dove riporta in proposito, come aveva fatto il Cuiacio, la citazione del Collenuccio. Posizione non dissimile da quella dell'umanista tedesco della prima età della Recezione, Sebastian Brant (1457-1521) che, dopo aver riconosciuto questa funzione della regola, aveva concluso per la natura normativa di essa, nell'ambito del diritto civile (cfr. S. Brant, *Titulorum omnium iuris (...) expositiones*, cit. *supra* nt. 83, fo. 123 v).

zione interpretativa; ed inoltre bisognava fare attenzione alla retta intelligenza di ciascuna regola, delibando ogni circostanza, e soprattutto andando alla ricerca della materia dalla quale la regola era stata desunta¹¹¹.

Il Gotofredo non riteneva quindi necessaria la distinzione tra regole in senso transitivo e regole in senso intransitivo, che il Decio, come abbiamo visto, aveva mutuato dalla Scolastica: anche la regola catoniana, esempio di questo secondo tipo di regole, era nata infatti da ciò che nel foro veniva praticato comunemente e dunque si configurava anch'essa come una sorta di "causae coniectio", rientrando *de plano* nella definizione paolina¹¹².

Sia il Cuiacio che il Gotofredo sembrano allora confermare quell'importanza della *regula iuris* già evidenziata dai glossatori e perfezionata nella formulazione da Bartolo: pur nel nuovo quadro socio-politico delineatosi con la nascita degli Stati nazionali e con il consolidamento dei vari diritti *patrî* che tale nascita aveva comportato a discapito del *ius commune*, si può asserire che anche la giurisprudenza culta – sebbene con i distinguo e le precisazioni volta a volta presentati – non aveva che minimamente scalfito la costruzione sulle regole operata dalla *scientia iuris* del diritto comune¹¹³.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 20.

¹¹² *Ibidem*, p. 21.

¹¹³ Come ha notato U. Petronio, *La lotta per la codificazione*, Torino, Giappichelli, 2002, pp. 264-265, nella Francia del Secento – patria dell'umanesimo – si assisté alla "trasformazione del diritto in regole giuridiche, quasi si trattasse di un testo normativo"; dietro a questa tecnica di lavoro dei giuristi del tempo, incentrata sul diritto francese

5. Al modo d'una conclusione, ovverosia di un probabile nuovo inizio

È tempo di concludere.

E lo si deve fare tenendo presente il contesto nel quale queste riflessioni sono state scritte: una ricerca internazionale tra giuristi di varie discipline che si confrontano sull'elaborazione dei principî e delle regole in esperienze giuridiche diverse, sincronicamente e diacronicamente, o, come anche si dice, nella comparazione orizzontale e in quella verticale delle esperienze stesse.

I giuristi positivi si interrogano oggi in modo pressante sul proprio ruolo nella società, dove la globalizzazione e la sovranazionalità del diritto hanno messo in crisi tante certezze della cultura giuridica otto-novecentesca.

L'*Ancien Régime* e in misura ancor maggiore lo Stato liberale ottocentesco infatti avevano proceduto speditamente nel riconoscere lo Stato come l'unico facitore di norme, con la conseguente riduzione del giurista a mero esegeta della legge (il c.d. *Assolutismo giuridico*)¹¹⁴; e la dimensione sovranazionale del diritto, che aveva caratterizzato tutta l'età di mezzo, aveva lasciato il posto ad un diritto per converso tutto racchiuso nell'orbita statale.

piuttosto che sul romano, egli intravede le dottrine innovative di Carlesio e di Jean Domat.

¹¹⁴ *Cfr.*, tra i tanti scritti del Grossi su questo argomento, almeno la silloge *Assolutismo giuridico e diritto privato*, Milano, Giuffrè, 1998.

Questo secondo dopoguerra ha invece posto alla ribalta un diritto dei mercati internazionali, dove le regole non si formano più soltanto presso gli organi che esercitano tradizionalmente la funzione legislativa, ma piuttosto negli studi dei grandi *lawyers*, che magari svolgono la funzioni di arbitri in controversie di gigantesca importanza economica, oppure nelle corti europee sovranazionali, che si trovano ad armonizzare i diritti dei singoli Stati con quelli delle Comunità internazionali.

In un simile contesto, pur nella consapevolezza che non spetta di certo allo storico del diritto divinare il futuro, non è azzardato ritenere che al giurista dei prossimi anni dovrà essere riconosciuto non soltanto un mero compito di ordinatore e razionalizzatore d'un'esperienza creata altrove, ma anche di partecipe attivo nella produzione del diritto e in una nuova individuazione delle regole.¹¹⁵

Heri dicebamus, insomma.

¹¹⁵ La trasformazione dell'interprete in mero esegeta è stata, ad avviso del Grossi, "una riduzione assolutamente artificiosa", che oramai si disvela come tale nella giuridicità contemporanea, cosicché "il perno dell'ordine giuridico si è spostato dal momento confezionatorio della legge al momento interpretativo, l'unico che consenta alla volizione astratta di diventare positiva, ossia ordinamento d'una esperienza" (cfr. P. Grossi, *Il diritto civile tra le rigidità di ieri e le mobilità di oggi*, in *Scienza giuridica privatistica e fonti del diritto*. Quaderni di Diritto Privato Europeo - Atti I - Incontro di studio Bari 4 dicembre 2007, a cura di M. Lobbuono, Bari, Cacucci, 2009). Sul giurista nell'età della globalizzazione, condivisibili le sottolineature di P. Caroni, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano, Giuffrè, 2009, pp. 155-156.