

Mario Caravale

**Tradizione, legge, consuetudine:  
qualche osservazione sul pensiero dei commentatori**

*Law, tradition, custom: some notes on XIV-XV centuries  
Italian jurisprudence*

**ABSTRACT:** In the XIV and XV centuries the concept of law was examined under many different aspects in Italian jurisprudence. Scholars concluded that: i) *lex humana* is a species of the *genus lex* moulded by *lex divina*; ii) human law must be rational, honest, fair and right, it is not retroactive, and it consists in *verba* and *ratio*; iii) law-making power does not belong to the people, but to the emperor and the kings and *principes superiore non recognoscentes*; iv) human *law* is potentially eternal, but in some circumstances it can be changed by a new law which must however expressly repeal the old one, otherwise it must be conciliated with it; v) custom must be rational and in conformity with *lex divina*; about its relationship with human *law*, jurists distinguish unlawful custom and disuse. On these topics we have original contributions by civilists and canonists.

**KEYWORDS:** Law, Tradition, Custom.

**SOMMARIO:** 1. I commentatori civilisti: a) la legge civile come *species* del *genus lex* - 2. b) Natura della legge civile - 3. c) *Verba e ratio* della legge - 4. d) Modifica della legge e rapporto tra legge vecchia e legge nuova - 5. e) La *potestas legem condendi* - 6. f) La consuetudine e il suo rapporto con la legge - 7. I canonisti: a) la legge e i suoi contenuti - 8. b) La *potestas legem condendi* e la correzione della legge - 9. c) La consuetudine e la legge.

### 1. *I commentatori civilisti: a) la legge civile come species del genus lex*

Uno degli aspetti più interessanti della riflessione dei commentatori civilisti in tema di legge appare la sua recezione dell'idea, di origine cristiana, definita da Graziano e dai decretisti e teorizzata da s. Tommaso, per cui la *lex* costituisce un *genus* articolato di cui la legge civile è una *species*<sup>1</sup>. Sotto questo profilo, dunque, i commentatori civilisti si differenziano dai glossatori, per i quali il termine *lex* si riferiva in via sostanzialmente esclusiva all'atto d'imperio del principe, erede della potestà normativa del popolo romano. Allo stesso tempo, però, i commentatori si differenziano anche dai decretisti perché mostrano incertezze e contraddizioni in merito al contenuto del *genus lex* ed alla sua interna articolazione.

«Lex est genus» dichiarava Bartolomeo da Saliceto; e proseguiva affermando che *lex* «dividitur in plures species quarum una assumit nomen generis sui et vocatur lex. Alia assumit proprium nomen, et vocatur constitutio principis. Alia idem facit, et vocatur edictum principis. Sunt et aliae species ut senatusconsulta, plebiscita et praetorum edicta»<sup>2</sup>. Per il giurista, dunque, il *genus lex* finiva per comprendere esclusivamente gli atti normativi delle autorità civili. Diametralmente opposta risulta, invece, l'elencazione proposta da Angelo degli Ubaldi, per il quale «sunt autem leges sex: prima est naturalis, secunda Mosayca, tertia prophetica, quarta evangelica, quinta apostolica, sexta canonica»<sup>3</sup>: un'elencazione nella quale non trova spazio la legge umana, civile o canonica che sia, e che modula in più componenti la legge divina positiva. Un'elencazione ancora più articolata venne, poi, formulata da Alberico da Rosate, per il quale «lex... est multiplex, videlicet divina, quae natura constat... et lex humana quae moribus constat... et lex naturae, quae faciebat omnia communia... et lex spiritus, quae instinctu spiritus sancti cordi inscribitur... et lex privata quae idem est... et lex carnis, quae est absque culpa in corpore non consentiente... et lex publica, quae a sanctis patribus est data»<sup>4</sup>. Elencazione che si trova ripetuta, con alcune interessanti variazioni, da Luca da Penne, il quale così si esprimeva: «lex est multiplex, videlicet divina... humana haec moribus constat... Lex vetus quae dicitur vetus testamentum... Item lex

<sup>1</sup> Al riguardo rinvio a quanto detto in *La legge e la tradizione. Glossatori civilisti e decretisti sul rapporto tra legge antica e legge nuova: qualche nota*, in «Rivista italiana per le scienze giuridiche», n. s., IX (2018), pp. 82-111.

<sup>2</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, Venetiis 1574, rubr. *De legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14), f. 34 rb.

<sup>3</sup> Angeli Ubaldi *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1580, l. *omnes populi, ff. de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), f. 6 ra, n. 8.

<sup>4</sup> Alberici da Rosate *Dictionarium Iuris tam Civilis quam Canonici*, Venetiis 1573, sub voce lex.

privata, seu lex spiritus, quae instinctu spiritus sancti cordi inscribitur... Item lex carnis, quae absque culpa est in corpore consentientis... Lex coniugii quae in baptismo non solvitur... Sunt quoque aliae leges a iure eius statutae, puta Falcidia, Aquilia, et aliae satis notae»<sup>5</sup>.

Sembra, allora, che la ricostruzione delle *species* comprese nel *genus lex* e la loro gerarchia interna non trovi nei commentatori una lettura univoca. Comunque, alcuni elementi risultano condivisi. Così, di *lex divina* e di *lex naturalis* accanto alla *lex civilis* parlava Bartolo nell'analisi del rapporto tra legge e consuetudine. «Et ideo cum queritur de effectu consuetudinis dic aut consuetudo est secundum legem aut preter legem, aut contra legem» – teorizzava Bartolo – «Primo casu, quandoque legem interpretatur, quandoque eam confirmat... Secundo casu, quando est preter legem, indistincte servanda est... Tertio casu, quando est contra legem, subdistingue, quia aut contra legem divinam, et eam abrogare non potest... si vero est contra legem naturalem, et tunc consuetudo non potest eam tollere»<sup>6</sup>. Un passo, questo di Bartolo, che si segnala anche perché riferisce il termine *lex* per antonomasia alla legge civile, la quale, di conseguenza, non aveva bisogno di aggettivi per essere individuata. La legge civile, dunque, era per Bartolo una *species* del *genus lex* e all'interno di questo *genus* era subordinata alla legge divina. Lo ribadiva anche Alberico da Rosate, a detta del quale «lex humana derivatur a divina»<sup>7</sup> e di conseguenza «lex divina ... superior est lege civili»<sup>8</sup>. La medesima subordinazione era ripetuta anche da Angelo Gambiglioni, per il quale «una lex vel statutum limitatur per aliud, vel per aliam legem... quod ius divinum per humanum tolli non potest, sed potius limitari»<sup>9</sup> e «lex naturalis tolli non potest»<sup>10</sup>. Ed in modo definitivo Baldo sentenziava «lex civilis est pars legis divinae»<sup>11</sup>.

Nella costruzione del *genus lex*, dunque, i commentatori risultano dare per ormai generalmente condivisa l'idea che la legge civile è subordinata alla divina, senza attardarsi nella costruzione delle componenti di quest'ultima legge – costruzione che abbiamo visto impegnare, invece, decisamente i decretisti –, quasi dessero ormai per acquisito dalla dottrina la complessa

<sup>5</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis Iustiniani Imperatoris Postiores Libros Commentaria*, Lugduni 1586, l. universos, C. de studiis liberalibus urbis Rmae (C. 11. 18. 1), f. 147 vb, n. 13.

<sup>6</sup> Bartoli a Saxoferrato *Omnia quae extant Opera, Tomus Primus, In Primam Digesti Veteris Partem*, Venetiis 1596, l. de quibus, ff. de legibus et senatusconsultis (D. 1. 3. 31), ff. 16 vb-17ra, n. 5.

<sup>7</sup> Alberici da Rosate *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*.

<sup>8</sup> *Ibid.*, sub voce *lex*.

<sup>9</sup> Angeli de Gambelionibus *Consiliorum seu Responsorum Liber Primus*, Venetiis 1576, cons. 80, f. 305 a, n. 19.

<sup>10</sup> *Ibid.*, n. 24.

<sup>11</sup> Baldi Perusini *In Usus Feudorum Commentaria*, Lugduni 1550, *proemium*, f. 3 r a, n. 6.

articolazione di quella e non ci fosse bisogno di fornire più approfondite indicazioni. Così Bartolo parlava di «lex evangelica» affermando che essa «prevalet omnibus aljis legibus, et debet servari etiam in foro contentioso, cum sit lex Dei»<sup>12</sup>, Tiberio Deciani citava la *lex* divina, senza ulteriori approfondimenti<sup>13</sup>, al pari di quanto faceva Bartolomeo Socini<sup>14</sup>, mentre Bartolomeo di Saliceto qualificava come *lex* anche il canone<sup>15</sup>. Per loro la legge umana doveva mirare ad essere immagine della legge divina: lo affermava, ad esempio, Luca da Penne quando dichiarava «omnium legum inanis est censura, si non divinae legis imaginem gerat»<sup>16</sup>. Al contempo essi erano consapevoli dell'incapacità delle leggi umane di conseguire la perfezione della divina, come sottolineava, ad esempio, Alberico da Rosate: «lex humana non attingit ad perfectionem legis divine sed respectu eius est imperfecta»<sup>17</sup>.

Sembra, allora, che da questo inserimento nel *genus lex* plasmato dalla *lex* divina, da questa tendenziale identità con detta *lex* divina più che dalla tradizione culturale e giuridica romana, la quale fondava la sacralità della legge nella sacralità dell'imperatore, derivi il carattere sacro della legge civile. La qualificazione della legge come dono di Dio<sup>18</sup>, come «sanctio sacra»<sup>19</sup>, come «divinitus promulgata», come «divina», come «sacra» o «sacratisima»<sup>20</sup> ripete

<sup>12</sup> Bartoli a Saxoferrato *Consilia, Quaestiones et Tractatus*, Venetiis, 1615, cons. 2, f. 184 a, n. 2.

<sup>13</sup> Tiberi Deciani *Responsorum Volumen Primum*, Venetiis 1579, *responsum* 8, f. 165 ra, n. 21: «lege divina a quo nemo absolutus est».

<sup>14</sup> *Regulae Bartholomaei Socini*, in *Regulae iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1571, *regula* 430, f. 395 rb: «legem divinam potest princeps secularis limitari, seu interpretari ex causa».

<sup>15</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *privilegia*, C. de *sacrosanctis ecclesiis* (C. 1. 2. 12), f. 10 vb, n. 1: «lex canonica derogat civili, et sic lex subest canonii».

<sup>16</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Posteriores Libros*, cit., l. *mulieres*, C. de *incolis* (C. 10. 39. 9), f. 82 va, n. 25. La medesima affermazione si trova anche a proposito della l. *universos*, C. de *studii liberalibus urbis Romae* (C. 11. 18. 1), f. 148 ra, n. 14.

<sup>17</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1585, rubrica *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3), f. 27 va, n. 5.

<sup>18</sup> «Lex autem est donum Dei aequitatis forma, norma iustitiae, divinae voluntatis imago» affermava, ad esempio Alberico da Rosate, *ibid.*, f. 26 va, n. 12. E ribadiva più volte questa idea: «lex est inventio et donum Dei» dichiarava a proposito della l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 32 va, n. 14 e «[lex est] donum Dei et sic patet quod leges processerunt a Deo» a proposito della l. *nam Demosthenes*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 2) (*ibid.*, f. 27 vb, n. 1). «Lex... est inventio et donum Dei» proclamavano anche Bartolo, *Tractatus testimoniorum* (Bartoli a Saxoferrato *Consilia*, cit., par. *prudentia*, f. 176 rb, n. 71) e Baldo (Baldo Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1599, l. *nam Demosthenes*, ff. *de legibus et senatusconsultis* [D. 1. 3. 2], f. 17 va, n. 1).

<sup>19</sup> Ad esempio Alberici de Rosate *Vocabularium Utriusque Iuris*, Venetiis 1569, f. 134 ra; Id., *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Venetiis 1586, l. *leges sacratissimae*, C. de *legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 9), f. 53 va, n. 1: «dicitur lex sanctio sancta et donum Dei... leges enim proditae sunt a Deo et iure divino».

<sup>20</sup> Così Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., rubrica *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3), f. 26 rb, n. 5: «leges humanae derivatae sunt a lege divina»; Pauli Castrensis *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, Venetiis 1575, l. *cum in longi temporis praescriptione*, C. de *praescriptione* (C. 7. 33. 12), f. 124

certamente formule consolidate nella dottrina, ma sembra rispondere ad una sensibilità nuova: la sua santità pare, infatti, sostanziarsi di contenuti religiosi. Alberico da Rosate dichiarava: «*leges sacratissimae et alibi scribitur leges factae sunt a Deo, derogationes vero legum a diabolo*»<sup>21</sup>, mentre altri giuristi qualificavano come peccato ogni violazione della legge: lo dicevano, ad esempio, Bartolo, a detta del quale «*leges debent ab omnibus sciri... quia ignorare leges est lata culpa*»<sup>22</sup>, Angelo degli Ubaldi, per il quale «*cum violare statuta legum sit peccatum*»<sup>23</sup> e Giovanni da Piazza secondo cui «*violator legis punitur quia violans leges sacrilegium committit*»<sup>24</sup>.

La subordinazione della legge civile alla divina comportava la subordinazione della stessa legge al canone, la legge promulgata dalla Chiesa, presenza di Dio in terra, in quanto, come diceva Alberico da Rosate, «*ius canonicum et divinum magis congruunt*»<sup>25</sup>. Lo stesso giurista dichiarava «*Leges ipsae canones sacros imitantur*»<sup>26</sup> e «*leges sunt ancillae canonum*»<sup>27</sup> e dello stesso parere erano, tra gli altri, Bartolomeo da Saliceto – per il quale «*lex canonica derogat civili, et sic lex subest canonii*»<sup>28</sup> –, Baldo, secondo cui «*ubi lex est contraria canonii debet servari canonii*»<sup>29</sup>, e Luca da Penne, il quale

ra, n. 3: «*leges erant divinitus promulgatae*»; Alberici de Rosate *Vocabularium*, cit., f. 136 vb: «*lex civilis potest dici divina... imo sacra dicitur, et per ipsam quis religiosus efficitur*»; Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, Francoforti ad Moenum 1578 (ed. an. Torino 1964), rubrica *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14), f. 24 rb: «*dixit... de legibus quae sunt sacrae, immo sacratissimae*»; l. *neque ex eius*, C. *ne filius* (C. 4. 13. 1): «*leges sunt sacrae*»; Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 4) f. 35 va, n. 11: «*leges sunt sacratissimae*»; Alberici de Rosate *In Primam Codicis Partem Commentaria*, Venetiis 1586, l. *leges sacratissimae*, C. *de legibus* (C. 1. 14. 9), f. 53 va, n. 1 «*ideo dicitur lex sanctio sancta et donum Dei*»; Angeli Ubaldi *In Codicem Commentaria*, Venetiis 1579, l. *patris nomine*, C. *ne filius pro patre* (C. 4. 13. 4), ff. 76 vb-77 ra: «*nota leges sacras etiam divinas appellari*»; Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *benignius*, ff., *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 18), f. 19 va, n. 2 e l. *ambigua*, ff., *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 19), f. 19 va, n. 2: «*lex debet esse sancta et immaculata*».

<sup>21</sup> Alberici de Rosate *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*.

<sup>22</sup> Bartholi a Saxoferrato *In Primam Codicis Partem*, Venetiis 1596, l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 11), f. 27 vb, n. 3.

<sup>23</sup> Angeli Ubaldi *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 9 vb, n. 2.

<sup>24</sup> Ioannes de Platea, *Super Tribus Ultimis Libris Codicis*, Lugduni 1528, l. *nam in posterum*, C. *de thesauris* (C. 10. 15. 1), f. 17 ra, n. 9.

<sup>25</sup> Alberici da Rosate *De Regulis Iuris*, Lugduni 1543, f. 106 va, n. 25 b.

<sup>26</sup> Id., *Vocabularium*, cit., f. 134 ra, b.

<sup>27</sup> Id., *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*.

<sup>28</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *privilegia*, C. *de sacrosanctis ecclesiis* (C. 1. 2. 12), f. 10 vb, n. 1.

<sup>29</sup> Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, Venetiis 1599, l. *privilegia*, C. *de sacrosanctis*

dopo aver definito «*inanis*» la normativa della legge civile che non contenesse «*divinae legis imaginem*», aggiungeva che «*inutilis est constitutio principis si non sit ecclesiasticae disciplinae conformis*»<sup>30</sup>. Più articolato risulta, peraltro, il pensiero di Guglielmo da Cuneo: «quando lex contrariatur canonii lex subiaceat canonii», affermava condividendo la tesi prevalente in dottrina; ma poi aggiungeva: «circa hoc distingue aut loquimur circa ea quae tangent religionem catholicam et hoc casu si lex contrariatur canonii potius statur canonii... in alijs circa quae non agitur de fide catholica et tunc dico quod in foro ecclesiastico statur canonii... si vero crimen in foro saeculari statur iuri civili, sed si conventio inter legem et canonem tunc dico standum illi qui habet potiorem rationem»<sup>31</sup>. Certamente nelle corti civili la legge prevaleva sul canone, come dichiarava, ad esempio, Raffaele Fulgosio per il quale «in foro namque saeculari iudicandum est secundum leges, non secundum canones, ubi a lege discrepant»<sup>32</sup> e come ribadiva Alberico da Rosate il quale arrivava a dire che «lex civilis generalis et rationabilis a iure canonum devians debet in suo foro observari»<sup>33</sup>. Per quanto, invece, riguardava le corti ecclesiastiche si discuteva non già della prevalenza del canone sulla legge civile, prevalenza che era data per scontata, quanto piuttosto dell'ammissibilità della legge civile. «Cum quaeritur an lex civilis servanda est in foro ecclesiastico vel non sic distingue... aut loquimur de lege inferioris a principe aut de lege imperatoris vel approbata per eum» si legge in una *distinctio* di Giovanni Calderini pubblicata da Bellomo<sup>34</sup>.

La legge civile, peraltro, era sottoposta anche alla legge naturale e, di conseguenza, doveva imporre azioni conciliabili con la natura delle cose. Lo dichiarava, ad esempio, Baldo: «lex imitatur naturam nec adaptatur fictio legi ad ea quae sunt impossibilia secundum naturam»<sup>35</sup> e «lex potest rerum naturam immutare fingendo, non naturaliter disponendo»<sup>36</sup>. «Lex et ratio

*ecclesiis* (C. 1. 2. 12), f. 19 va, n. 3.

<sup>30</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Postiores Libros*, cit., l. *mulieres*, C. *de incolis* (C. 10. 39. 9), f. 82 va, n. 25.

<sup>31</sup> Guilhelmus de Cugno, *Super Codice*, Lugduni 1513, l. *privilegia*, C. *de sacrosanctis ecclesiis* (C. 1. 2. 12), ff. 7 vb-8ra, n. 1.

<sup>32</sup> *Consilia sive Responsa Raphaelis Cumani nempe et Fulgosii*, Venetiis 1575, cons. 168, f. 222 ra, n. 2.

<sup>33</sup> Alberici de Rosate *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*.

<sup>34</sup> Manlio Bellomo, *Saggio sulle «distinctiones» di Giovanni Calderini*, in «Rivista internazionale di diritto comune», IX (1998), p. 193, n. 38.

<sup>35</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *generalis*, par. *illud*, ff. *de adoptione* (D. 1. 7. 2. 1), f. 36 vb, n. 1.

<sup>36</sup> Id., *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1599, l. *insiurandum*, ff. *de iureiurando, repetitio* (D. 12. 2. 2), f. 30 va, n. 15.

naturalis idem sunt» affermava Alberico da Rosate<sup>37</sup> e Luca da Penne aggiungeva: «leges a natura deviare non debent»<sup>38</sup>. Peraltro sull'essenza della legge naturale le opinioni non erano univoche. Per alcuni giuristi il diritto naturale coincideva, senza riserve, con lo *ius gentium*. Raffaele Fulgosio, ad esempio, affermava «ius gentium est constitutio gentium naturali ratione procedens»<sup>39</sup>, poi disegnava una sorta di *genus* dello *ius naturale* di cui lo *ius gentium* si presentava come una *species* affermando «ius naturale semper est bonum, et accipitur hic tam in suo genere quam in specie, ut pro naturali gentium vel civile»<sup>40</sup> e, infine, ribadiva la coincidenza tra obbligazione naturale e obbligazione *iure gentium* dichiarando «ideo a natura hominis insita et iuris gentium... naturalis obligatio intelligitur iure gentium ex naturali ratione introducta»<sup>41</sup>. Identità tra *ius gentium* e *ius naturale* che risulta condivisa dal salernitano Nicola da Ursone nel cui *Tractatus de Tormentis* si legge «de iure gentium quod dicitur naturali»<sup>42</sup>. Ma una riflessione più approfondita fu proposta da Bartolo, per il quale l'identificazione tra legge naturale e *ius gentium* poteva essere ammessa soltanto se la prima non fosse stata letta come legge comune a tutti gli animali, bensì come riferentesi in via esclusiva agli uomini in quanto unici tra gli animali ad essere dotati di *ratio*. Dichiarava infatti: «Fateor quod ius gentium potest vocari ius naturale secundum verum significatum... Vel solve, potest vocari ius naturale sed proprius vocatur ius gentium. Nam cum verbum naturale refertur ad rationem, intelligitur de iure gentium. Nam non est commune omnibus animalibus parentibus ratione, sed solis gentibus»<sup>43</sup>. E la definizione di un diritto naturale fondato sulla *ratio*, e quindi riguardante i soli esseri umani, distinto dallo *ius naturale* che si riferiva a tutti gli animali, risulta ribadita da Baldo per il quale «ius naturale est commune omnibus animalibus. Nota quod coniunctio maris et foeminae appellatur matrimonium in natura rationale»<sup>44</sup>.

<sup>37</sup> Alberici de Rosate *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis 1585, l. *cum eum qui*, ff. *de interdictis* (D. 48. 22. 3), f. 206 va, n.2.

<sup>38</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Postiores Libros*, cit., l. *descriptionis*, C. *de imponenda lucrativis descriptione* (C. 10. 35. 1), f. 76 vb, n. 21.

<sup>39</sup> Raphaelis Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum Tomus Primus*, Lugduni 1544, l. *omnes populi*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), f. 9vb, n. 3.

<sup>40</sup> *Ibid.*, l. *ius pluribus modis*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 11), f. 10 ra, n. 1.

<sup>41</sup> *Ibid.*, *Tomus Secundus*, l. *si non sortem*, par. *libertus*, ff. *de condicione indebiti* (D. 12. 6. 26. 12), f. 64 ra, n. 9.

<sup>42</sup> Ennio Cortese, *Nicolaus de Ursone de Salerno. Un'opera inedita sulle lettere arbitrarie angioine nella tradizione dei trattati sulla tortura*, in Per Francesco Calasso. *Studi degli allievi*, Roma 1978, p. 253.

<sup>43</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *omnes populi*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), f. 9 rb, n. 2.

<sup>44</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *iuri operam daturum*, par. *ius naturale*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 1. 3), f. 8 va, n. 1.

## 2. b) *Natura della legge civile*

«Lex est commune praeceptum id est generale respectu omnium non specialiter respectu certae personae»<sup>45</sup>: così definiva la legge Paolo di Castro, ponendo l'accento sulla sua natura di disposizione riguardante tutti i soggetti di diritto, natura che la differenziava dalle norme che riguardavano soltanto singole persone o singole comunità. La legge, in altre parole, era per Paolo norma comune, non particolare. Ben più significativa risulta, poi, la riflessione in tema di legge offerta da Alberico da Rosate nel suo *Vocabularium utriusque iuris*. Innanzi tutto perché iniziava con una breve ricostruzione della legge nell'ordinamento romano: «Lex est constitutio populi quam maiores natu simul cum plebibus aliquid sanxerunt... Et dicit glossa quod olim populus statuit leges sed hodie transtulit hanc potestatem in Imperatorem... Vel aliter lex est species iuris, et ponitur quandoque stricte, scilicet pro eo quod populus Romanus senatorio magistratu interrogante veluti consule constituebat... Nam consul est qui senator erat, et populum consulebat, an eis placeret ita statui, et populus respondebat ita. Et sic diffinitur». E soprattutto perché, dopo aver offerto una definizione teorica della legge – per cui «lex est commune praeceptum virorum prudentium consultatio, delictorum quae sponte vel ignoranter contrahuntur, coercitio communis reipublicae sponsio» – si rivolgeva non già al diritto romano, bensì al canonico per illustrare la natura della legge civile: e in tal modo confermando quanto si è cercato di evidenziare nelle pagine precedenti, dove si diceva che per i commentatori la legge civile derivava la sua sacralità non tanto dalla sacralità dell'imperatore che la promulgava, quanto dall'essere *species* del *genus lex* – *genus* la cui essenza era plasmata dalla *lex* divina – e all'interno di detto *genus* di essere subordinata alla stessa legge divina, alla naturale e ai canoni della Chiesa. Dichiara, infatti, Alberico: «Et qualis debet esse lex, habetur in c. erit 3 di. Ubi dicitur erit autem lex honesta, iusta, possibilis secundum naturam et patriae consuetudinem, loco, temporique conveniens, necessaria, utilis et manifesta, ne aliquid per obscuritatem in captione contineat». Il giurista, dunque, faceva propria la definizione di legge formulata da Graziano<sup>46</sup>. Il discorso del giurista proseguiva, poi, con un'ulteriore citazione del *Decretum*: «Et ibidem in c. sequente par. leges dicitur quod non est iudicandum de legibus, sed secundum ipsas»<sup>47</sup>. E continuava arricchendosi di richiami al legame tra legge civile da un

<sup>45</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis 1575, l. *lex est commune*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 1), f. 9 vb, n. 1.

<sup>46</sup> Si tratta del c. 2. D. IV e non D. III come dice Alberico.

<sup>47</sup> La citazione riguarda il *dictum* post c. 3. D. IV che inizia con la parola «leges»: in realtà il divieto ai

canto, legge divina e canoni dall'altro: «*deges ipsae canones sacros imitantur*», «*lex publica est quae sanctis patribus scripturis est confirmata*», «*lex civilis potest dici divina aliqui respectu, imo sacra dicitur, et per ipsam quis religiosus efficitur*»<sup>48</sup>.

La legge, allora, doveva essere onesta, razionale ed equa, come voleva la tradizione cristiana a partire da s. Agostino. «*Lex debet esse possibilis et honesta*» diceva Dino dal Mugello<sup>49</sup>, «*lex debet esse rationabilis et honesta*» confermava Floriano Sampieri<sup>50</sup>, «*esse legis est quod sit honesta, aequa et rationabilis*» ribadiva Luca da Penne<sup>51</sup>. E sull'equità insita nella legge insistevano molti giuristi. «*Lex humana aequitatis interpres est, ut pete cui aequitatis et iustitiae innotuit, unde de ipsarum divinarum et humanarum rerum comtetentem dicimus, quia Dei inventio est et donum*» affermava Alberico da Rosate<sup>52</sup>, legando l'equità della legge alla sua natura di dono divino. Baldo, inoltre, dichiarava: «*dicitur autem lex rationabilis illa quae habet in se aequitatem vel iustum motivum legislatoris*»<sup>53</sup>. Dal canto suo Tiberio Deciani sosteneva che «*haec tenenda quia immo in ipsem legibus si una disponat de rigore iuris alia de aequitate, illa loquens de aequitate corrigit aliam loquentem de rigore... Aequitas enim prefertur rigoribus*»<sup>54</sup>. La legge doveva anche essere certa: lo dichiaravano, ad esempio, Bartolomeo da Saliceto – «*item nota quod leges debent esse de earum intellectu certae... quod fallit quando scilicet ubi sunt opiniones doctorum variae*»<sup>55</sup> –, Paolo di Castro – «*nota ergo quod rerum natura nam dicitur esse certa de omni quod est in substantia... Item quod de omni eo quod est certum in rerum nam similiter lex*

---

giudici di non giudicare le leggi, ma di giudicare in base ad esse è nel c. 3, non nel *dictum*.

<sup>48</sup> Alberici de Rosate *Vocabularium*, cit., f. 134 ra. La medesima lettura Alberico propose nel *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*, dove – come abbiamo già visto – definì la legge «*donum Dei, aequitatis forma, norma iustitiae, imago divina voluntatis... aequitatis interpres*», affermò che «*leges sacratissimae... factae sunt a Deo*» e che «*lex humana derivatur a divina*».

<sup>49</sup> Dini Muxellani *De Regulis Iuris Commentarius*, Lugduni 1541, f. 30 r.

<sup>50</sup> Floriani de Sancto Petro *Nonnulla Elegantissima in Iure Civili Responsa*, in Id., *Facundissima ac Exima in Tres Secundae Partis Infortiati Insigniores Titulos de Legatis Commentaria*, Bononiae 1576, cons. 26, f. 296, n. 18. Sul giurista si veda la biografia redatta da Andrea Bartocci per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, Bologna 2013, I, p. 880.

<sup>51</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Posterioribus Libros*, cit., l. *si divina*, C. *de exactoribus tributorum* (C. 10. 19. 8), f. 35 va, n. 29.

<sup>52</sup> Alberici de Rosate *Dictionarium*, cit., sub voce *lex*.

<sup>53</sup> Baldi Ubaldi *In Quartum et Quintum Codicis Libros Commentaria*, Venetiis 1599, l. *consuetudo*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52. 2), f. 178 va, n. 1.

<sup>54</sup> Tiberi Deciani *Responsorum Volumen Primum*, cit., *responsum 1*, f. 27 ra, n. 168.

<sup>55</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., const. *De novo codice faciendo*, par. *quibus*, f. 4 rb.

dicitur esse certa, et secundum illud operatur effectus suos legales»<sup>56</sup> – e Luca da Penne, a detta del quale «lex nullam debet ambagem continere»<sup>57</sup>. Doveva, inoltre, essere possibile, come affermava, tra gli altri, Tiberio Deciani<sup>58</sup>. Per la maggior parte dei giuristi doveva anche essere scritta. «Lex debet esse scripta et est de substantia legis» affermava Raffaele Fulgosio<sup>59</sup>, e Bartolomeo da Saliceto condivideva l'idea per cui la scrittura costituiva l'essenza della legge affermando «consuetudo est ius non scriptum... dicitur ius ad differentiam iuris scripti sive legis scriptae de cuius essentia est scriptura»<sup>60</sup>, mentre Alberico da Rosate confermava nella scrittura la differenza tra legge e consuetudine dicendo che «per scripturam distinguitur lex a consuetudine»<sup>61</sup>. Ma questo requisito della scrittura, tanto esaltato dai giuristi or ora visti, era negato da Cino, il quale dichiarava «quod quantum ad essentiam, scriptum non sit de esse legis», ma soltanto «quantum ad observantiam requiritur scriptura in lege quia lex non ligat nisi scientes»; perciò a suo parere la legge consisteva soltanto in uno «ius expressum»<sup>62</sup>. E Baldo concordava con Cino, aggiungendo «opponitur... quod scriptura sit de esse legum, quod non videtur verum, quia sic placet legislatori, sive scriptura interveniat, sive non»<sup>63</sup>. La scrittura, per Baldo, non era sostanza della legge, ma soltanto una delle forme che il legislatore poteva scegliere per manifestare la propria volontà normativa.

E, infine, la legge doveva essere giusta. Lo sosteneva, in particolare, Alberico da Rosate: «Sed quaero utrum leges humanae imponant homini necessitatem in foro conscientiae, dicendum secundum Thomas de Aquino, prima secundae quaestio 96 quod quando leges sunt iustae habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna a qua derivantur, iuxta illud proverbium Per me reges regnant, et legum conditores iusta decernunt»<sup>64</sup>... et

<sup>56</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *sed et si restituatur*, ff. *de iudiciis* (D. 5. 1. 28), f. 126 vb, n. 3.

<sup>57</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Posterioribus Libros*, cit., l. *eam legem*, C. *de excusationibus munerum* (C. 10. 47. 14), f. 94 ra, n. 4.

<sup>58</sup> Tiberi Deciani *Responsorum Volumen Primum*, cit., *responsum 20*, f. 372 rb, n. 17: «lex debet esse possibilis».

<sup>59</sup> Raphaelis Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum Tomus Primus*, cit., l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 12 va, n. 6.

<sup>60</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Septimum, Octavum et Nonum Codicis Libros*, Venetiis 1574, l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52. 2), f. 154 va, n. 19.

<sup>61</sup> Alberici de Rosate *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, cit., l. *impossibilium*, ff. *de diversis regulis iuris* (D. 50. 17. 185), f. 283 ra, n. 7.

<sup>62</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 vb, n. 3.

<sup>63</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 23 rb, n. 36.

<sup>64</sup> S. Thomae Aquinatis *Summa theologica*, I-IIae q. 96. 4: «dicendum est quod leges positae humanitus

pro hoc facit, quod dicitur, quod fuerunt per ora principum divinitus promulgatae... Leges dicuntur iustae tripliciter. Primo ex fine, scilicet quando ordinantur ad bonum commune. Secundo ex autoritate condentis, scilicet quando non excedit potestatem suam in lege condenda. Tertio, ex forma, scilicet quando secundum aequalitatem proportionis subditis imponitur ad bonum commune»<sup>65</sup>.

«Quatuor sunt virtutes legis» dichiarava, poi, Baldo ripetendo il passo di Modestino (D. 1. 3. 7) «scilicet imperare, vetare, permittere, punire»<sup>66</sup>. Ma era soprattutto la capacità della legge di reprimere i crimini che i giuristi sottolineavano. «Leges ad correctionem malorum sunt positae» diceva Bartolomeo da Saliceto<sup>67</sup>, «legis pracepta principaliter sunt inventa ne pauperes persone molestiis afficiantur» confermava Angelo degli Ubaldi<sup>68</sup>, «leges factae sunt ut humana coercentur audacia et tuta sit innocentia» ribadiva Luca da Penne<sup>69</sup>. E tutti concordavano sul fatto che la legge non aveva effetti retroattivi, era volta, cioè, alla sola disciplina dei casi futuri, a meno che non disponesse diversamente in modo esplicito<sup>70</sup>. Dotata di queste virtù e volta a

---

vel sunt justae vel injustae. Si quidem justae sint, habent vim obligandi in foro conscientiae a lege aeterna, a qua derivantur, secundum illum Proverbiū. 8. 15: Per me reges regnant, et legum conditores justa decernunt».

<sup>65</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., rubrica *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3), f. 26 rb, nn. 2-4.

<sup>66</sup> Baldi Ubaldi *In Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, cit., l. *iuriandum*, ff. *de iureiurando* (D. 12. 2. 2), f. 39 ra, n. 124.

<sup>67</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Quintum et Sextum Codicis Libros*, Venetiis 1574, l. *si qua*, C. *de secundis nuptiis* (C. 5. 9. 1), f. 10 vb, n. 2.

<sup>68</sup> *I codici del Collegio di Spagna*, a cura di Domenico Maffei, Ennio Cortese, Antonio García y García, Celestino Piana, Guido Rossi, Milano 1992, cod. 212, p. 613, n. 11.

<sup>69</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Posteriores Libros*, cit., l. *universos*, C. *de studiis liberalibus urbis Romae* (C. 11. 18. 1), f. 147 vb, n. 14.

<sup>70</sup> Biblioteca Apostolica Vaticana, *Pal. Lat.* 656: Bartholomeus Brixensis *Brocardica iuris canonici*, f. 17 va: «constitutiones ad preterita non extenduntur»; Ibid., *Vat. Lat.* 2285: Bartolus a Saxoferrato, *Commentaria in Digestum l. I-XI*, l. *cum lex*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 22), f. 9 rb: «legis est ut ad futura trahatur»; Raffaele Cumano in *Consilia Raphaelis Cumani*, cit., cons. 159, f. 63 vb, n. 2: «lex cuius natura est providere futuris»; Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *cum lex*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 22), f. 30 va, n. 1: «dispositio legis extenditur solum ad futura»; Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 7), f. 37 vb: «In dubiis leges dant formam futuris negotiis non praeteritis»; Angeli Ubaldi *Consilia*, Francofurti 1575, cons. 382, f. 276 ra, n. 1: «de natura legis est dare formam negotiis non praeteritis»; Iacopo da Belvisio, *Quaestiones*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, Archivio di S. Pietro A. 29, ff. 70 ra-71 vb, n. 79, edito da Manlio Bellomo, *Quaestiones in iure civili disputatae. Didattica e prassi colta nel sistema di diritto comune fra Duecento e Trecento*, in *Fonti per la storia dell'Italia medievale. Antiquitates*, XXXI, Roma 2008, n. 79, pp. 35 s.: «Queritur primo an constitutio vel statutum ad preterita dependentia trahantur si nominatim dictum non est, et si trahantur ad que pendentia trahi debeant. Quero secundo, si in constitutione vel statuto dictum est

disciplinare i rapporti venuti in essere successivamente alla sua promulgazione, la legge doveva essere rispettata da tutti i componenti della società cui la legge stessa si era rivolta: «*deges non debent ab hominibus ignorari*» affermava, ad esempio, Iacopo Butrigari<sup>71</sup> e Alberico da Rosate concordava dicendo «*lex... est ab omnibus adoranda et servanda*»<sup>72</sup> e «*tanta est legis auctoritas quod omnes homines obedire ei debent*»<sup>73</sup>. E Baldo, dopo aver affermato «*lex licet dura servanda est*»<sup>74</sup>, arrivava a dire «*ideo a legislatore non est quaedam ratio, sed voluntas, nec potest lex infringi per subditos licet non habeat in se rationem*»<sup>75</sup>, e «*lex imponitur non solum scientibus, sed etiam ignorantibus, si talis ignorantia in se culpam habeat, vel delictum*»<sup>76</sup>.

In quanto *species del genus lex* plasmato dalla legge divina e naturale, la legge umana, poi, era per sua essenza perpetua. «*Leges divino motu procedunt*»<sup>77</sup> dichiarava Cino e, di conseguenza – aggiungeva – «*leges sunt perpetuae*»<sup>78</sup>. «*Leges aeternae sunt*» confermava Alberico da Rosate<sup>79</sup> e pertanto, come ricordavano tra gli altri Bartolo, Angelo degli Ubaldi e Paolo di Castro, «*lex semper loquitur*»<sup>80</sup>. Paolo di Castro, comunque, precisava che «*deges...*

<sup>71</sup> *hoc locum habeat in preteritis et futuris*', an porrigatur ad preterita omnia vel ad que si non (ad) omnia. Quero tertio in constitutione vel statuto post multa capitula ita contineatur 'et predicta locum habeant in preteritis pendentibus et futuris', et post hec verba sequuntur alia capitula sub ditione 'Item', an etiam sequentia capitula ad preterita trahi debeant ex aliquo iure... »; Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, Romae 1606, l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 20), f. 8 b, n. 2: «*dispositio legis solum extendatur ad futurum*»; Id., *Lectura super Codice*, Parisiis 1516 (ed. an. Bologna 1973), l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 7), f. 31 rb: «*leges disponunt de futuris non de preteritis nisi expresse caveatur in lege*»; Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 7), f. 68 rb: «*natura legis est disponere de futuro, non de praeterito... nisi caveatur in lege quod extendatur ad praeterita, vel pendentia*».

<sup>72</sup> Iacobi Butrigari *Lectura super Codice*, cit., l. *leges sacratissimae*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 9), f. 31 va.

<sup>73</sup> Alberici de Rosate *In Primam Codicis Partem*, cit., l. *leges sacratissimae*, C. *de legibus* (C. 1. 14. 9), f. 53 va, n. 1.

<sup>74</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *nam Demosthenes*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 2), f. 29 ra.

<sup>75</sup> Baldi Ubaldi *Consiliorum sive Responsorum Volumen Quintum*, Venetiis 1575, cons. 473, f. 126, n. 1

<sup>76</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 20), f. 19 va, n. 2.

<sup>77</sup> *Ibid.*, l. *lex est commune*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 1), f. 17 rb, n. 8.

<sup>78</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *cum in longi temporis*, C. *si adversus creditorem* (C. 7. 33. 12), f. 444 vb, n. 2.

<sup>79</sup> *Ibid.*, l. *leges quoque*, C. *de donationibus* (C. 8. 52. 3), f. 525 va, n. 2.

<sup>80</sup> Alberici de Rosate *In Primam Codicis Partem*, cit., const. *de novo codice componendo*, f. 4 rb, n. 21.

<sup>81</sup> Bartholus a Saxoferrato, *Commentaria in Digestum*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 2285, cit., l. *cum lex*, ff. *de legibus et senatus consultis* (D. 1. 3. 22), f. 9 rb; Angeli Ubaldi *In Primam et*

divinitus promulgatae» sono «sui naturae perpetuae, ut sunt illae quae fuerunt in esse productae sine meta temporis»<sup>81</sup>, ammettendo in tal modo che alcune leggi potessero prevedere una loro vigenza limitata nel tempo. Peraltro, i commentatori erano ben consapevoli che mentre la legge divina e la naturale erano univoche e ovunque vigenti in modo uniforme, le leggi umane variavano da popolo a popolo: «non uniformiter populi reguntur legibus aut moribus et secundum diversitatem regionum» affermava Ranieri Arsendi da Forlì<sup>82</sup>. E Baldo aggiungeva che le leggi seguono l'evoluzione della natura e quindi cambiano nel tempo: «non potuit legislator» – affermava il giurista – «sigillatim determinare omnes casus quos videmus de novo occurrere, quasi ex utero naturae, quia natura et hominum actus semper novas producit formas, et ideo in istis novis casibus consulendus est Princeps, vel iurisconsultus, ut decidat quid iuris, nam novi casus desiderant nova remedia»<sup>83</sup>.

### 3. c) Verba e ratio della legge

Fedeli alla consolidata interpretazione dei glossatori, anche i commentatori distinguevano all'interno della legge i *verba* dalla *ratio*. «Sicut homo consistit ex anima, et corpore, ita lex consistit ex ratione et verbis, verba enim legis sunt ut corpus, et superficies, anima legis est ratio, sive mens ipsius legis, et haec magis debet attendi, quam superficies, sive cortex verborum» dichiarava Floriano Sampieri<sup>84</sup>. E l'articolazione interna della legge in *verba* e *ratio* era correntemente accolta dalla dottrina<sup>85</sup>. Per *ratio* i giuristi intendevano la «mens

---

*Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *si obligatio*, ff. *de condicione ex lege* (D. 13. 2. 1), f. 228 ra, n. 3; Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *cum lex*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 22), f. 11 va, n. 2.

<sup>81</sup> Pauli Castrensis *In Secundam Codicis Partem. Commentaria*, Venetiis 1575, l. *cum in longi temporis praescriptione*, C. *de praescriptione longi temporis* (C. 7. 33. 12), f. 124 ra, n. 3.

<sup>82</sup> Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat. 2636*: Ranieri Arsendi da Forlì *Repetitio in legem omnes populi, ff. de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), f. 125 ra.

<sup>83</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *neque leges*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 10), ff. 18 rb-va, pr.

<sup>84</sup> Floriani de Sancto Petro *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Bononiae 1576, l. *ad exhibendum*, ff. *ad exhibendum* (D. 10. 4. 19), f. 355, n. 6.

<sup>85</sup> Così, tra i tanti, Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *contra*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 29), f. 9 b, n.1: «qui venit contra verba, et mentem legis, dicitur facere contra legem, qui solum verbis venit contra mentem, dicitur facere fraudem contra legem»; Signoroli de Homodeis *Consilia ac Quaestiones*, Lugduni 1549, cons. 263, f. 192 va, n. 3: «ratio legis debet magis attendi quam dictum». In proposito Ennio Cortese, *La norma giuridica. Spunti nel diritto comune classico*, I, Milano 1962, pp. 257-296.

legis»<sup>86</sup> – per cui «mens legis est anima legis» diceva Angelo Gambiglioni<sup>87</sup> –, la «mens legislatoris»<sup>88</sup>, l’«aequitas»<sup>89</sup>, la «finalis legis intentio»<sup>90</sup>, la «certa demonstratio veritatis»<sup>91</sup>, in sostanza «ipsa lex»<sup>92</sup>. Ne conseguiva, secondo la dottrina dominante, innanzi tutto che quando terminava la *ratio* cessava di essere in vigore la stessa legge<sup>93</sup>, poi che in virtù dell’identità della *ratio* le disposizioni legislative potevano essere estese a casi non espressamente previsti dalla legge medesima<sup>94</sup> e, infine, che continuava ad essere vigente la

<sup>86</sup> Ad esempio Bartholi a Saxoferrato *In Primam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis 1615, l. *cum mulier*, ff. *soluto matrimonio* (D. 24. 3. 47), f. 26 ra, n. 1: «ratio legis et mens legis est idem».

<sup>87</sup> Angeli de Gambelionibus *Consiliorum*, cit., cons. 52, f. 208 b, n. 11.

<sup>88</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *non dubium*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 5), f. 36 ra, n. 5a: «ratio nihil aliud est quam mens generalis condentis»; Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 20), f. 11 rb, n. 1: «de legibus mere positivis non potest dici alia ratio quam quod placuit legislatori, nec alia ratio est querenda».

<sup>89</sup> Raffaeli Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, cit., l. *quod non ratione*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 39), f. 13 rb, n. 2: «cum nihil aliud sit ipsa ratio quam equitas».

<sup>90</sup> Bartholi a Saxoferrato *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, in Id., *Consilia*, cit., f. 95 va, n. 17 d: «finalis ergo intentio legis est ratio».

<sup>91</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 20), f. 19 vb, n. 3: «ratio est certa demonstratio veritatis».

<sup>92</sup> Angeli de Gambelionibus *Consiliorum*, cit., cons. 121, f. 460 b, n. 34: «mens legis est anima legis, et est ipsa lex»; *Ibid.*, cons. 73, f. 277 b, n. 56: «ratio est illa quae regulat et gubernat totam dispositionem»; Dini Muxellani *Consilia*, Lugduni 1551, cons. 24, f. 35 rb, n. 6: «ubicunque ratio legis habet locum, debet habere locum etiam lex»; *Consilium Michaelis de Accoltis de Ponanano de Aretio*, in Ioannis Baptista Ziletti *Responsorum quae vulgo Consilia vocantur Volumen Primum*, Venetiis 1581, cons. 90, f. 94 rb, n. 3: «ubi vindicat sibi locum ratio legis, habet et locum legis dispositio».

<sup>93</sup> Bartholi *Commentaria super Authenticis*, Lugduni 1547, auth. *De nuptiis*, par. *si vero*, f 21 r a, n. 1: «quandocunque cessat ratio legis cessat ipsa lex»; Dini Muxellani, *Consilia*, cit., cons. 49, f. 90 v, n. 2: «ubicunque cessat ratio legis cessat et lex»; Raffaeli Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, cit., l. *quod dictum*, ff. *de pactis* (D. 2. 14. 32), f. 106 vb, n. 1: «cessante ratione legis cessat dictum legis»; Tiberi Deciani *Responsorum Volumen Quartum*, Utini 1594, *responsum* 42, f. 178 rb, n. 11: «cessante ratione cessare debet et ipsa dispositio»; Iacobus de Arena, *Super iure civili*, Lugduni 1541, l. *cum emptor*, ff. *de damno infecto* (D. 39. 2. 38), f. 149 va, n. 1: «cessante ratione legis cessat et lex». Ma Ludovico Albergotti era di parere contrario: *Consilium Domini Ludovici domini Francisci de Albergotis de Aretio*, in Ioannis Baptista Ziletti *Responsorum*, cit., cons. 74, f. 66 vb, n. 21: «secundo probetur hoc quia licet cesset ratio legis ex correctione, non tamen cessat eius dictum».

<sup>94</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *cum de novo*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 11), ff. 28 vb-29 ra, n. 2: «Sed pone... qualiter intelligitur procedi de similibus ad similia?... dicit Iacobus de Ravenis quod credit praferendum fore illud simile, per quod mentem legislatoris possimus conjecturari»; Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non possunt*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 12), f. 30 rb, n. 1: «quando lex est certa tunc procedi debet de similibus ad similia quod verum est quando eadem ratio est in utroque, illud vero quod est contra rationem iuris non est producendum ad consequentia, hoc dicit et ratio quia omnes casus non possunt legibus comprehendendi quia plura sunt negotia»; Bartholi a Saxoferrato *In Primam Codicis Partem*, cit., l. *res publica*, C. *de quibus ex causis* (C. 2. 53. 4), f. 87 va, n. 2: «lex debet extendi per identitatem rationis»; Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *neque leges*, ff. *de legibus et*

*ratio* delle leggi modificate e corrette da successivi atti legislativi, leggi le quali per tale motivo potevano continuare ad essere fatte valere in giudizio<sup>95</sup>.

In quanto anima della legge, la *ratio*, dunque, costituiva elemento primario della stessa. Ma, dal canto loro, i *verba* non potevano essere svalutati, di modo che quando si palesava un contrasto tra *ratio* e *verba* la soluzione non era semplice, né poteva essere univoca. Così, se alcuni giuristi affermavano senza esitazione la prevalenza della *ratio* sui *verba*, altri proponevano una riflessione più articolata. Al primo gruppo risultano appartenere, ad esempio, Raffaele Fulgosio, il quale dichiarava «nota licere a verbis recedere»<sup>96</sup>, Dino dal Mugello, che confermava la prevalenza della *ratio* sui *verba* affermando «videtur quod ubicunque constat de ratione legis seu de mente verbis contraria licet offendere verba mentem servando»<sup>97</sup>, Iacopo Bottrigari, per il quale «qui venit contra verba, et mentem legis dicitur facere contra legem, qui solum verbis venit contra mentem, dicitur facere fraudem contra legem»<sup>98</sup>. Un'analisi più approfondita del problema fu elaborata da Bartolomeo da Saliceto, che così si esprimeva «quando mens, vel verba sint servanda, distingue. Aut mens omnino est dubia, tunc verbis non est recedendum... Aut mens est certa, et tunc omnino verbis repugnat... et tunc si verba sunt prolata ab homine neutrum servatur... Aut mens certa omnino cum verbis concordat, tunc utrunque servatur... Aut mens diversificat ita quod repugnat... et tunc mentem servamus si verba sint ab homine prolata»<sup>99</sup>. La prevalenza della *ratio* sui *verba*

---

*senatusconsultis* (D. 1. 3. 9), f. 11 ra, n. 5: «videndum est si lex est clara quantum ad verba, et quantum ad sensum loquitur tamen in uno casu, et accidit casus diversus, similis tamen vel habens eamdem vel similem rationem, an ad illum fiat extensio et in hoc dic plenius per bartolum... quod aut ille casus reperitur decisus ab alia lege ita quod si fiat extensio sequeretur correctio illius legis, et extensio sequeretur correctio illius legis, et extensio non sit quia per similitudinem, vel identitatem rationis non debet induci legis correctio... aut ille casus non reperitur ab alia lege decisus, ita quod per extensionem non inducitur legum correctio, et tunc aut illa lex quam volumus extendere non est contra rationem iuris, idest non est contra regulas aliarum legum vel iurium, et sit extensio, sive sit eadem ratio sive similis... Aut illa lex quam volumus extendere est contra rationem iuris, idest contra regulas aliorum iurium, et sic habet vim exceptionis, tunc aut ille casus, ad quem volumus eam extendere est talis ad quem si non extenderetur, inutilis esset decisio legis, et sit extensio... aut non esset inutilis, et tunc illa lex contra rationem constituta caret ratione, quia fundatur in solo motu condentis... et tunc quia est contra rationem, et caret ratione, non extenditur ad alium casum».

<sup>95</sup> Alberici de Rosate *In Primam Codicis Partem*, cit., *de codice confirmando*, f. 5 rb, n. 5: «Item rationes legum correctarum possumus allegare».

<sup>96</sup> Raffaei Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, cit., l. *quamvis non adiciat*, ff. *de in ius vocando* (D. 2. 4. 11), f. 53 vb, n. 3.

<sup>97</sup> Dini Muxellani *De regulis iuris*, cit., f. 229 v.

<sup>98</sup> Iacobi Buttrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *contra*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 29), f. 9 b, n. 1.

<sup>99</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *non dubium*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 5), f. 36 ra, n. 6.

era, dunque, ammissibile soltanto quando la prima fosse stata chiara e certa. Idee, queste, che risultano condivise da Bartolo, a detta del quale «aut... mens legis est clara, et tunc servando mentem possunt offendere verba... aut mens legis non est clara, et certa, tunc non est licitum offendere verba»<sup>100</sup>. E il requisito della chiarezza e certezza costituiva il presupposto indispensabile per far prevalere la *ratio sui verba* anche per Signorolo degli Omodei che così si esprimeva «debemus nos servare verba legis vel mentem ubi constat ac illa certe mentem... igitur habeo propositum mentem servando quod fieri debet»<sup>101</sup>.

#### 4. d) Modifica della legge e rapporto tra legge vecchia e legge nuova

Al pari dei loro predecessori, anche i commentatori si mostrano decisamente contrari all'introduzione di novità che modificavano la consolidata tradizione. «Omnis novitas praesumitur mala» dichiarava Baldo<sup>102</sup>, dando voce alla generale ostilità verso il cambiamento. Un'ostilità che, in particolare, si esprimeva nei riguardi della correzione delle leggi le quali in quanto sacre erano necessariamente eterne, perpetue e quindi immutabili. «Evitanda est legum correctio» e «debet evitari legis correctio in quantum potest» ripetevano in continuazione i commentatori<sup>103</sup>. Al contempo, però, non potevano non riconoscere che in alcune circostanze la correzione della legge era necessaria: tali circostanze, comunque, dovevano essere eccezionali e

<sup>100</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *contra*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 28), f. 16 vb, n. 1.

<sup>101</sup> Signoroli de Homodeis *Consilia*, cit., cons. 263, f. 193 rb, n. 7. Sul giurista (1308/10-1371) si veda la voce di Gian Paolo Massetto in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., II, pp. 1864 s.

<sup>102</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *in rebus*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 2), f. 26 rb, n. 1.

<sup>103</sup> Ad esempio Alberici de Rosate *In Primam Codicis Partem*, cit., l. *cum omnia*, C. *de inofficiosis dotibus* (C. 3. 30. 1), f. 167 va, n. 1; Gulhelmus de Cugno, *Super Codice*, cit., auth. *quas actiones* (Nov. 131. 6) ad l. *ut inter divinum*, C. *de sacrosanctis ecclesiis* (C. 1. 2. 23), f. 11 vb, n. 3; Raynerii de Forlivio *Utilis et Fecunda super Prima et Secunda Parte Digesti Novi*, Lugduni 1523, l. *si sine iudice*, ff. *ratam non haberi* (D. 46. 8. 22), f. 107 ra, n. 1; Raphaelis Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, l. *plebiscito continetur*, ff. *de officio praesidis* (D. 1. 18. 18), f. 27 vb, n. 2; Angeli de Gambelionibus, *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 52, f. 211 b, n. 49, cons. 82, f. 318 a, n. 10, cons. 124, f. 463 a, n. 23; Ludovici de Albergotis *Consilium*, in Ioannis Baptiste Zileti *Consiliorum*, cit., cons. 72, f. 65 rb, n. 11; Ioannis Ludovici de Lambertatis *Consilium*, *ibid.*, cons. 76, f. 70 vb, n. 47; Signoroli de Homodeis *Consilia*, cit., cons. 263, f. 194 ra, n. 12; Bartholi a Saxoferrato *Commentaria super Authenticis et Institutionibus*, Venetiis 1602, Inst. *de legatis*, par. *postumo* (Inst. 2. 20. 26), f. 80 va, n. 2; Id., *Commentaria in Digestum*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat. 2285*, cit., l. *omnes populi*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), f. 5 ra; Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 21 rb, n. 9; Id., *In Septimum, Octavum, Nonum, Decimum et Undecimum Codicis Libros Commentaria*, Venetiis 1599, l. *donaturum*, C. *de adquirenda et retinenda possessione* (C. 7. 32. 3), f. 20 vb, n. 1.

ben definite. Poteva trattarsi, ad esempio, di una correzione prevista esplicitamente dalla stessa legge: così si esprimeva un *consilium* di incerto autore riportato dallo Ziletti, a detta del quale «per rationem expressam, et scriptam in lege inducitur correctio legis, licet per rationem tacitam in qua dubitatur condere legem valeat dubium»<sup>104</sup>. Oppure di una evidente necessità ed utilità, come dichiaravano, ad esempio, Alberico da Rosate – per il quale «novitates saepe parunt discordias... sed quando evidens est utilitas tunc nova induci possint»<sup>105</sup> – e Iacopo Alvarotti che affermava «nota quod necessitate fit mutatio legis»<sup>106</sup>.

Alla legge nuova si riconosceva, dunque, di «extenuare vires et effectum alterius», come diceva Dino dal Mugello<sup>107</sup>. La nuova legge poteva correggere, dichiarare, integrare il contenuto della precedente. Si poneva, allora, in primo luogo il problema della forma di detta correzione. Per molti giuristi la correzione doveva essere espressamente dichiarata dalla nuova legge. «Ex nova specialiter et nominatim non est comprehensum sub antiquis regulis veteribus legibus relictum esse intelligendum est» diceva Raffaele Fulgosio<sup>108</sup>. Baldo concordava, dicendo «ergo licet lex novam imponat poenam, nisi sit clausola derogatoria aliarum legum, non intelligitur sublatus alias modus agendi, quod est nota, pro statutis imponentibus diversas poenas iure communi»<sup>109</sup> e ribadiva tali idee in un *consilium* ove affermava: «considerandum est quandoque leges sunt diversae, et sine clausola derogatoria, quandoque sunt contrariae, vel cum clausula derogatoria. Primo casu legislator condendo posteriorem non derogat priori. Secundo casu derogat in prima constitutione»<sup>110</sup>. Per Dino dal Mugello, comunque, la clausola derogatoria valeva anche se espressa in termini generali: a suo parere, infatti, «in legibus condendis sufficit generalis derogatio legum contrariarum»<sup>111</sup>.

Un ulteriore problema riguardava l'estensione della correzione: ci si

<sup>104</sup> Ioannis Baptistae Zileti *Consiliorum*, cit., cons. 88, f. 92 rb, n. 32.

<sup>105</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *in rebus novis*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 2), f. 43 ra, nn. 1-2.

<sup>106</sup> Iacobi Alvarotti *Lectura in usus feudorum*, Francoforti ad Moenum 1587, rubr. *quod sit investitura, par. si vero investitura*, f. 85 rb, n. 1.

<sup>107</sup> Dini Muxellani *Commentaria in Regulas Iuris Pontificii*, Venetiis 1585, f. 111, n. 8.

<sup>108</sup> *Consilia Raphaelis Fulgosii*, cit., cons. 156, f. 212 va, n. 4.

<sup>109</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *si quis ab alio*, ff. *de calumniatoribus* (D. 3. 6. 7), f. 208 va, n. 1. In un altro passo, comunque, Baldo ammetteva che la correzione della legge vecchia poteva avvenire in maniera implicita: dichiarava, infatti, che «non sunt necessaria verba derogatoria», così che «constitutio valet licet non faciat mentionem de constitutione contraria»: *ibid.*, l. *quod principi placuit*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 25 va, n. 17.

<sup>110</sup> Id., *Consiliorum sive Responsorum Volumen Quartum*, Venetiis 1575, cons. 107, f. 27 va.

<sup>111</sup> Dyni Muxellani *De regulis iuris...*, cit., f. 63 v, *additio b.*

chiedeva, cioè, se la modifica della disciplina di un tema potesse essere automaticamente estesa a temi analoghi. Alcuni negavano detta estensione. Raffaele Cumano, ad esempio, la negava anche quando i casi erano diretti dalla medesima *ratio*: a suo parere, infatti, «lex nova et corrigens non est a paritate rationis extendenda»<sup>112</sup>. Altri l'ammettevano soltanto quando vigeva la medesima *ratio*. Bartolo, ad esempio, affermava «quando lex introducit correctionem in uno casu, haec correctio non inducitur in alio simili licet sit eadem ratio»<sup>113</sup> e, quindi «lex non corrigitur nisi in expressis»<sup>114</sup>. E la sua tesi era condivisa da altri giuristi, come Astorre de Guidonibus de Accumulo, il quale dichiarava «dispositio emanans ad antiqui iuris correctionem non debet extendi, sed in terminis suis stricte intelligi, nec ad alium casum, vel ad alias personas ex idemperitate rationis trahi»<sup>115</sup>. Raffaele Fulgosio, sembra, invece, ammetterla quando affermava «lex nova communis corrigens ius antiquum in uno casu intelligatur corrigere alium casum similem, qui iure novo non corrigitur» affermava<sup>116</sup> e quando aggiungeva che la correzione poteva anche riguardare un caso non previsto dalla legge nuova, ma disciplinato dalla vecchia<sup>117</sup>; ma nel *consilium* prima ricordato appare contraddirsi quando dichiarava «quod namque in lege nova specialiter et nominatim non est comprehensum, sub antiquis regulis relictum esse intelligendum est»<sup>118</sup>. Paolo di Castro, infine, rilevava che quando la nuova legge disciplinava un caso analogo a quello regolato dalla vecchia e quando la *ratio* delle due leggi era identica, si aveva una legittima estensione della seconda<sup>119</sup>.

<sup>112</sup> *Consilia Raphaelis Cumani*, cit., cons. 130, f. 50 va, n. 4.

<sup>113</sup> Bartholi a Saxoferrato *Quaestiones et Tractatus*, Venetiis 1615, cons. 2, f. 3 va, n. 2

<sup>114</sup> Id., *In Secundam et Tertiam Codicis Partem*, Venetiis 1596, l. *legem Iuliam*, C. *de indicta viduitate* (C. 6. 40. 3), f. 40 rb, n. 1 b.

<sup>115</sup> Astoris de Guidonibus de Accumulo *Consilium*, in Ioannis Baptista Zileti *Consiliorum*, cit., cons. 161, f. 201 rb, n. 44.

<sup>116</sup> Raphaelis Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum Tomus Primus*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 13 ra, n. 5.

<sup>117</sup> *Ibid.*, l. *quod vero contra*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 14), f. 11 va, n. 1: «lex nova corrigens unum casum extenditur ad alium casum lege non comprehensum, si per aliquam legem veteram statuebatur, ut quod in uno servatur servaretur in alio». L'idea venne condivisa da Bartolomeo Socini che in *Regulae iuris tam civilis quam canonici*, Venetiis 1571, *regula* 429, f. 395 ra così si esprimeva: «lex nova disponens in uno casu procedit in alio qui erat ei equiparatus per legem antiquam»

<sup>118</sup> *Consilia Raphaelis Fulgosii*, cit., cons. 156, f. 212 va, n. 4.

<sup>119</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *neque leges*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 9), f. 11 ra, n. 5: «Videndum est si lex est clara quantum ad verba, et quantum ad sensum loquitur tamen in uno casu, et accidit casus diversus, similis tamen vel habens eandem vel similem rationem, an ad illum fiat extensio... aut ille casus reperitur decisus ab alia lege ita quod fiat extensio sequeretur correctio illius legis, et extensio non sit quia per similitudinem, vel identitatem rationis non debet induci legis correctio... aut ille casus non reperitur ab alia lege decisus, ita quod per extensionem non inducitur legis correctio, et tunc aut illa lex quam volumus extendere non est

Risulta, invece, unanimamente condivisa l'idea per cui la correzione della *ratio legis* comportava automaticamente la correzione della stessa legge: lo affermava, ad esempio, Bartolo, per il quale «correcta ratione legis intelligitur correcta et eius dispositio»<sup>120</sup>, lo ripeteva Lapo da Castiglionchio secondo cui «lex antiqua erat ratione valata alia non foret lex... lex nova corrigens antiquam ratione superveniente abolita ratione legis antique... sit una et eadem lex»<sup>121</sup>. Ed in particolare l'attenzione dei giuristi si volse alla funzione dichiarativa della legge nuova in merito al contenuto della vecchia. Per Bartolo «quaedam sunt leges declaratoriae ratio illarum est regula iuris praecedentis»<sup>122</sup> e Paolo di Castro aggiungeva «nova lex declarativa veteris trahitur ad praterita negotia»<sup>123</sup>.

Il tema della correzione della legge introduce naturalmente all'altra questione, quella della sopravvivenza della vecchia legge dopo la promulgazione di una nuova che disciplinava la medesima materia, questione che, come sappiamo, era stata affrontata con originali interpretazioni da glossatori civilisti e canonisti. Il pensiero dei commentatori civilisti si mantiene sostanzialmente in linea con quello dei loro predecessori, arricchendolo con l'approfondimento di alcuni temi.

«Utile est scire ius antiquum, licet non observetur. Et ideo si leges sint correctae tamen debetis eas videre, quia ex illis legibus multa sumuntur argumenta et sunt etiam utiles ad intellectum aliarum legum» dichiarava Raffaele Fulgosio<sup>124</sup>, evidenziando come indispensabile per la corretta interpretazione delle leggi nuove la conoscenza delle antiche, anche di quelle modificate dalle successive. Sembra, allora, che il giurista operi una distinzione all'interno delle leggi antiche tra quelle immutate e le altre che erano state modificate espressamente dalla legge nuova, dato che la legge vecchia – in quanto santa, e perciò perpetua – altrimenti avrebbe conservato intatte le sue

---

contra rationem iuris, idest non est contra regulas aliarum legum vel iurium, et sit extensio, sive sit eadem ratio sive similis... Aut illa lex quam volumus extendere est contra rationem iuris, idest contra regulas aliorum iurum, et sic habet vim exceptionis, tunc aut ille casus, ad quem volumus eum extendere, est talis ad quem si non extenderetur, inutilis extensio legis, et sit extensio... aut non esset inutilis, et tunc illa lex contra rationem constituta caret ratione, quia fundatur in solo motu condentis... et tunc quia est contra rationem, et caret ratione, non extenditur ad alium casum».

<sup>120</sup> Bartholi a Saxoferrato *In Primam Infortiati Partem Commentaria*, cit., *additio legitimae* ad l. *legitimae*, ff. *de legitimis tutoribus* (D. 26. 4. 1), f. 45 va, *additio a*.

<sup>121</sup> Lapi de Castelihovo *Tractatus Allegationum*, Lugduni 1537, *allegatio c. constitutionibus*, f. 93 rb, n. 2. Su Lapo da Castiglionchio (1353-1381) rinvio alla voce di Enrico Spagnesi per il *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, cit., I, pp. 484 s.

<sup>122</sup> *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, in Bartoli a Saxoferrato *Consilia*, cit., f. 98 ra, n. 17.

<sup>123</sup> Pauli Castrensis *In Primam Infortiati Partem Commentaria*, Venetiis 1575, l. *haeredes*, par. *si quid*, ff. *qui testamenta facere possunt* (D. 28. 1. 21. 1), f. 45 ra, n. 3.

<sup>124</sup> Raffaeli Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, cit., const. *omnes totius reipublicae*, f. 4 va.

disposizioni. In cosa potesse consistere la correzione della legge antica da parte della nuova lo diceva, tra gli altri, Bartolo a detta del quale «lex precedens determinatur per sequentem... lex interdum ponitur correctorie interdum declarative interdum suppletive»<sup>125</sup>. In sostanza la legge antica continuava a far parte della complessa, articolata e composita tradizione giuridica della società fino a quando non era espressamente eliminata da chi aveva la potestà di tutelare e difendere la medesima tradizione, curando che le sue componenti – fossero queste consuetudini o leggi – fossero guidate da una *ratio* sempre valida e rispettosa dei principi costituenti il *genus lex*. Solo se la potestà legislativa revocava la legge, espellendola dalla tradizione, gli effetti di questa cessavano; se, invece, non interveniva l'espulsione della legge dalla tradizione, una materia poteva trovarsi ad essere disciplinata da due leggi tra loro differenti: una condizione che per il mondo contemporaneo è impensabile e che, invece, dalla dottrina di diritto comune era pienamente ammessa. Lo diceva, con la sua autorità, Baldo, a detta del quale «licet nova lex imponat novam poenam pro delicto, non tamen per hoc tollitur poena legis antiquae... Nam certum est, quod plures leges poenales possunt super eodem facto disponere»<sup>126</sup>.

Nasceva, allora, il problema del rapporto tra legge vecchia non abrogata e legge nuova. Su un punto sembra esserci concordia in dottrina: si riteneva che la legge vecchia fosse limitata e plasmata dalla successiva. Lo dicevano, ad esempio, Alberico da Rosate – che dichiarava «quod posteriores leges regulariter corrigant priores... non est novum»<sup>127</sup> –, Bartolo – secondo il quale «lex precedens determinatur per sequentem»<sup>128</sup> – e Paolo di Castro, per cui «priores leges per posteriores limitantur et supplentur»<sup>129</sup>. E naturalmente la legge nuova aveva l'effetto di interpretare la vecchia: per Angelo degli Ubaldi «lex nova se habet ad primam interpretando, et tunc porrigitur ad praeterita interpretata et declarata per secundam»<sup>130</sup> e per Baldo «lex nova interpretatur veterem quia tunc trahitur retro»<sup>131</sup>. Ma i commentatori ritenevano altresì che

<sup>125</sup> Bartholus a Saxoferrato, *Commentaria in Digestum*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 2285, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 9 va.

<sup>126</sup> Baldi Ubaldi *In Sextum Codicis Librum Commentaria*, Venetiis 1599, l. *in eum qui*, C. *de furtis* (C. 6. 2. 18), f. 14 va, n. 1.

<sup>127</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., rubr. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3), f. 26 vb, n. 17.

<sup>128</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 16 va.

<sup>129</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 11 vb, n. 1.

<sup>130</sup> Angeli de Ubaldis *Consilia*, cit., cons. 382, f. 276 ra, n.

<sup>131</sup> Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et*

anche le vecchie leggi avevano l'autorità di limitare ed interpretare le nuove. Lo affermava, ad esempio, Paolo di Castro il quale completava la dichiarazione or ora riportata aggiungendo «*et econverso*<sup>132</sup>», ripeteva l'idea in un passo successivo, dove affermava «*dex nova generaliter, seu simpliciter loquens recepit limitationem et distinctionem per leges veteres specialiter et cum distinctione loquentes*<sup>133</sup>», e la ribadiva in un *consilium* in cui diceva «*nam una particula legis per alias praecedentes et sequentes declaratur, limitatur et restringitur*<sup>134</sup>»; lo confermava Bartolomeo Socini dichiarando «*non est novum quod novae leges a veteribus interpretationem recipiant*<sup>135</sup>». E d'altro canto Alberico da Rosate sottolineava che «*priores leges ad posteriores trahuntur regulariter*<sup>136</sup>», tesi condivisa da Iacopo Bottrigari che ribadiva «*priores leges ad posteriores trahuntur, et hoc regulariter*<sup>137</sup>».

L'autorità della legge vecchia rimaneva, quindi, sostanzialmente intatta dopo la promulgazione della nuova: di qui l'esigenza, sottolineata dalla dottrina, di raggiungere una concordia tra i dispositivi delle due leggi. «*Leges sunt legibus concordandae*» affermava Baldo<sup>138</sup>, tesi condivisa, tra gli altri, da Alberico da Rosate, che affermava «*promptum est leges legibus concordare quia debet evitari legum correctio*<sup>139</sup>», e da Angelo Gambiglioni per il quale «*Et clarum quod duae leges possunt simul coniungi, et ex coniunctione duarum legum potest argui et decidi*<sup>140</sup>». Sul tema particolarmente approfondita risulta la riflessione di Luca da Penne, il quale nel commentare la *I. actuarios, C. de numerariis* (C. 12. 49. 7) sosteneva «*Si leges duae aut si plures erunt, aut quotquot erunt, conservari non possunt: quia discrepant inter se, ea maxime conservanda putetur quae ad maximas res pertinere videtur*». Il giurista, dunque, condivideva l'idea dei glossatori che escludevano il ricorso all'oggettivo criterio cronologico e affidavano al giudizio dell'interprete la

---

*constitutionibus principum* (C. 1. 14. 7), f. 68 vb, n. 5.

<sup>132</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 11 vb, n. 1.

<sup>133</sup> *Ibid.*, l. *sciendum*, ff. *qui satisfare cogantur* (D. 2. 28. 15), f. 36 v a-b, n. 5.

<sup>134</sup> Id., *Consiliorum sive Responsorum Volumen Primum*, Venetiis 1580, cons. 258, f. 123 a-b, n. 2.

<sup>135</sup> *Quarta Pars Consiliorum Bartholomaei Socini*, Lugduni 1551, cons. 121, f. 161 vb, n. 9.

<sup>136</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 30 va, n. 1.

<sup>137</sup> Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 3. 26), f. 9 b.

<sup>138</sup> Baldi Ubaldi *Consiliorum sive Responsorum Volumen Quartum*, cit., cons. 256, f. 56 rb, n. 12.

<sup>139</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non est novum*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 26), f. 30 va, n. 4.

<sup>140</sup> Angeli de Gambelionibus *Consiliorum... Liber Primus*, cit., cons. 36, f. 144 b, n. 5.

scelta della legge più idonea a risolvere il caso concreto. E proseguiva cercando di indirizzare tale decisione nei differenti casi di contrasto tra leggi: «Deinde utra lex posterius lata sit, nam postrema quoque gravissima est. Deinde utra lex iubeat aliquid, utra permittat. Nam quod imperatur necessarium est, illud quod permittitur voluntarium. Deinde in utra lege si non obtemperatum sit, poena afficiatur, aut in utra poena maior statuatur, nam maxime conservanda est ea quae diligentissima et sancta est. Deinde utra lex iubeat, utra vetet. Nam saepe ea quae vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur illam quae iubet. Deinde utra lex de generi omni, utra de parte quadam, utra communiter in plures, utra in aliquam rem certam scripta est videatur. Nam quae in partem aliquam, et quae in certam quandam rem scripta est, promptius ad causam accedere videtur, et ad iudicium magis pertinere. Deinde ex lege utrum statim fieri necesse sit utrum habeat aliquam moram et substantiationem. Nam id quod statim faciendum sit, perfici prius oportet, deinde operam dare, ut sua lex ipso scripto videatur niti. Contraria autem aut per ambiguum, aut per ratiocinationem, aut per diffinitionem induci sanctius et firmius id videatur esse quod apertius scriptum sit. Deinde suae legis ad scriptum ipsam sententiam quoque adiungere contrariam legem. Item ad aliam sententiam adducere, ut si fieri poterit ne discrepare quidem videantur inter se, postremo facere si causa facultatem dabit, ut ratione nostra utraque lex conservari videatur adversariorum ratione, altera sit necessario negligenda, locos autem communes aut omnes et quos ipsa causa det videri oportebit, et ex utilitatis et honestatis amplissimis partibus sumere demonstrantem per amplificationem ad utramque potius legem accedere oporteat». Un criterio, quest'ultimo, che Luca da Penne attribuiva a Cicerone ed era, perciò, da preferire, a suo giudizio, a quelli proposti da altri giuristi: «Hanc distinctionem ponit Tullius excellentissimus philosophus et Iurisconsultus, cum plures leges inter se discrepare videntur, quae posset per omnia scriptis legibus adiuvari, et eam legi et servari melius puto quam quae per doctores alias in his recitari diversimode consuevit»<sup>141</sup>. Luca da Penne, dunque, nel sostenere la vigenza della legge vecchia accanto alla nuova, invitava l'interprete a non scegliere tra le due, ma ad avvalersi di entrambe, che condividevano la medesima *ratio*, nelle disposizioni da lui reputate più utili per la soluzione del caso in esame. L'equità della *ratio* garantiva, dunque, la perpetua appartenenza della legge alla tradizione giuridica della comunità cui

<sup>141</sup> Luca da Penne *In Tres Codicis... Posteriores Libros*, cit., l. *actuarios*, C. *de numerariis* (C. 12. 50 [49]. 7), f. 347 vb, n. 3. L'idea di tentare il ricorso ad entrambe le leggi utilizzando quanto risultasse utile in ognuna delle due è esposta da Cicerone, ad esempio, nei *Topica* 2 dove si legge: «Nos autem, quoniam in utraque summa utilitas est et utramque, si erit otium, persequi cogitamus, ab ea quae prior est ordinemur... Ius civile est aequitas constituta eis qui eiusdem civitatis sunt ad res suas obtinendas; eius autem aequitatis utilis cognitio est; utilis ergo est iuris civilis scientia».

era stata diretta.

Per la concordia tra la legge vecchia e la nuova, comunque, i commentatori individuarono alcuni criteri generali. Innanzi tutto ritenevano che quando nella legge nuova era posta la clausola *non obstante*, nessuna altra legge poteva trovare applicazione. Lo dichiarava Bartolo, per il quale «si in lege nova diceretur non obstate aliqua lege, que generaliter vel specialiter in contrarium loquatur, autem dictae leges non distinguerent, nec limitarent legem novam, nec haberent locum»<sup>142</sup>. Inoltre, sollecitati dalla ricca fioritura di statuti municipali che caratterizzava il loro tempo, essi introdussero all'interno della *species lex civilis*, la distinzione tra legge generale e legge speciale. «Leges generales», dichiarava Baldo, «debent ab omnibus observari. Et censemur generales ex quinque, vel ex signis hic positis. Primum signum est, si mittantur ad venerabilem cetum Senatorum. Secundum, si verbum edicti apposatum. Tertium, si Imperator praecipit illam legem divulgari per universum orbem. Quartum, si dicatur quod ad omnes similes casus extendatur. Quintum, si dicatur quod sit generalis. Et sextum, quando est situata in corpore iuris inter generales leges»<sup>143</sup>. E la distinzione tra legge generale e legge speciale rendeva ancora più articolato il rapporto tra legge vecchia e legge nuova. In particolare la tesi dominante escludeva che una legge generale avesse l'autorità di correggere le leggi speciali. «Lex nova generaliter corrigenz non intelligitur corriger leges speciales» affermava Andrea da Bisignano<sup>144</sup>, rispettando in tal modo il principio per cui la legge speciale prevaleva sulla generale, principio esplicitato, ad esempio, da Ranieri Arsendi per il quale «ius speciale debet prevalere generali et civili»<sup>145</sup>. Dal canto suo, invece, la legge generale poteva essere corretta anche da una legge speciale, come riteneva Bartolomeo da Saliceto, per il quale «an, et quando lex generaliter loquens sit restringenda. Circa quod dic: per aliam legem specialem restringitur et distinguitur, et tunc lex generalis restringi debet»<sup>146</sup>. Per quanto, poi, riguardava l'ambito della disciplina delle due leggi era riconosciuto da gran parte della dottrina il principio, di cui è già detto, per il quale la legge nuova disponeva per il futuro, mentre i casi passati spettavano alla vecchia: ma tale criterio non trovava tutti concordi. Per Bartolo, ad esempio, «non est incongruum quod lex antiqua

<sup>142</sup> Bartholi a Saxoferrato *Tractatus super constitutione Ad reprimendum*, cit., f. 106 va, n. 8.

<sup>143</sup> Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *leges generales*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 3), f. 64 rb, n. 1.

<sup>144</sup> *Consilium Domini Andree de Bisignano*, cons. 152, in Ioannis Baptistae Zileti *Responsorum*, cit., f. 177 rb, n. 7.

<sup>145</sup> Ranieri Arsendi da Forlì, *Repetitio in legem Omnes populi*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 2636, f. 126 r a-b.

<sup>146</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *non dubium*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 5), f. 36 ra, n. 3.

habuit respectum ad casum iuris qui postea posset fieri»<sup>147</sup>, mentre per Baldo la legge nuova trovava applicazione anche per i casi passati quando si limitava a dichiarare il contenuto della vecchia: «aut lex nova procedit declarando, et tunc habet locum in praeteritis et futuris, aut novum ius statuendo, et tunc habet locum solummodo in futuris»<sup>148</sup>. La disciplina delle liti pendenti, infine, spettava alla vecchia legge, come riteneva, ad esempio, Angelo degli Ubaldi per il quale «dubitatur an ad lites pendentes referatur nova lex et videtur quod non»<sup>149</sup>. Ad ogni modo, come affermava Baldo, le parti di un contratto potevano decidere di affidare la disciplina del rapporto alla vecchia legge: «nota legem correctam reviviscere de partium consensu» affermava<sup>150</sup>.

Si discuteva, infine, sulla possibilità di allegare in giudizio la vecchia legge corretta. Giason del Maino lo escludeva con decisione, arrivando a dire che chi l'avesse allegata commetteva un falso: «lex correcta non est alleganda et ... allegans incidit in falsum»<sup>151</sup> dichiarava e con lui concordava Floriano Sampieri, per il quale «non debet allegari lex correcta, vel abrogata, immo alleganti, vel recitanti videtur comminata a Principe poena»<sup>152</sup>. Anche Alberico da Rosate condivideva questa opinione, ma ammetteva che l'*aequitas* incarnata dalla vecchia legge poteva ancora esser fatta valere in giudizio. Affermava, infatti, «leges correctae non sunt allegandae in causis, quod verum est ut leges sic disponentes, sed ex earum aequitate manente, bene licet arguere»<sup>153</sup>. Non solo l'*aequitas*, ma anche la *ratio* della vecchia legge era allegabile, a detta dello stesso Alberico, per il quale «rationes legum correctarum possumus allegare»<sup>154</sup>. Raffaele Fulgosio andava anche oltre: a suo parere «ubi quotiens lex novam obligationem introducit, nisi nominatim caverit ut ea sola actione utamur, etiam veteres eo nomine competunt actiones, et si auxilium utrumque tam vetus quam novum simul concurrunt»<sup>155</sup>; solo un'esplicita dichiarazione

<sup>147</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *legitima*, ff. *de pactis* (D. 2. 14. 6), f. 79 vb, n. 1.

<sup>148</sup> Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *leges et constitutiones*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 7), f. 68 vb, n. 5.

<sup>149</sup> Angeli de Ubaldis *Consilia*, cit., *Liber Primus*, cons. 214, f. 141 va, n. 2.

<sup>150</sup> Baldi Ubaldi *In Quartum, et Quintum Codicis Libros Commentaria*, cit., l. *mulier*, C. *de sponsalibus* (C. 5. 18. 2), f. 150 va, n. 8.

<sup>151</sup> *De actione. Lectura Preclarissima Domini Iasonis Mayno super Nodoso Titulo de Actionibus in Institutionibus Iustinianeis Diligenter Emendata*, Lugduni 1546, f. 42 vb, n. 19.

<sup>152</sup> Floriani de Sancto Petro *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *lex Aquilia*, ff. *ad legem Aquiliam* (D. 9. 2. 1), f. 155 a, n. 3.

<sup>153</sup> Alberici de Rosate *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, Venetiis 1585, l. *cum deditisti*, C. *de latina libertate tollenda* (C. 7. 6. 1), f. 99 vb, n. 1.

<sup>154</sup> Id., *In Primam Codicis Partem*, cit., *de iustinianeo codice confirmando*, f. rb, n. 5.

<sup>155</sup> *Consilia Raphaelis Fulgosii*, cit., cons. 96, f. 170 ra, n.2.

della nuova legge eliminava, a suo parere, la possibilità di allegare in giudizio la vecchia legge. Articolata, era, infine la riflessione di Bartolo, a detta del quale «quis vult allegare leges correctas ad decisiones causarum, quae habuerunt causam de praeterito, scilicet tempore quo leges correctae vigebant, et potest allegare... Aut ad decisiones causarum futurarum, tunc aut vult eas in argumentum inducere, tunc si quidem insertae sunt in corpore iuris potest fieri aut non sunt in corpore iuris insertae, et tunc non licet assumere argumentum ex eis... Si vero quis vult allegare leges correctas ad decisionem causarum, tunc tenetur poena falsi»<sup>156</sup>. Le leggi vecchie, dunque, potevano esser fatte valere nelle cause iniziate prima della loro correzione; per le vertenze apertesi successivamente, invece, da loro poteva argomentarsi ma soltanto ove si trovassero inserite in un corpo di leggi, certamente, comunque, le leggi corrette non potevano trovare applicazione e chi le avesse allegate doveva essere condannato per falso.

### 5. e) *La potestas legem condendi*

Titolare della potestà legislativa era l'imperatore. «Princeps est deus in terris»<sup>157</sup>, «lex animata est Imperator in terra»<sup>158</sup> continuavano a dire i commentatori. E al pari dei glossatori affermavano che «pro lege haberi debet quod Principi placuit»<sup>159</sup>; Baldo, in particolare, sembra sottolineare la natura volontaristica della legge<sup>160</sup> e, di conseguenza, arrivava ad equiparare alla legge ogni forma di espressione della volontà del principe, consistesse tale espressione in un contratto<sup>161</sup> o in un rescritto<sup>162</sup>. Atto di volontà che,

<sup>156</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Secundam Digesti Novi Partem Commentaria*, Venetiis 1590, l. *si quis*, ff. *ad legem Corneliam de falsis* (D. 48. 10.33), f. 171 r b, n. 3.

<sup>157</sup> Ad esempio Baldi Ubaldi *Consiliorum... Volumen Primum*, Venetiis 1609, cons. 373, f. 114 vb, n. 2. Sulla formula «princeps est Deus in terris» si veda il recente studio di Ugo Petronio, *Il precedente negli ordinamenti giuridici continentali di antico regime*, in «Rivista di diritto civile», LXVI, 5 (2020), pp. 951-961.

<sup>158</sup> Così, tra gli altri, Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *nam et Demosthenes*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 2, f. 17 va, n. 1; Alberici de Rosate, *Dictionarium*, cit., sub voce *lex* e *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *princeps*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 3), f. 31 ra, n. 3).

<sup>159</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *quod principi placuit*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 25 va, n. 1

<sup>160</sup> *Ibid.*, l. *non omnium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 20), f. 19 va, n. 2: «a legislatore non est quaerenda ratio sed voluntas».

<sup>161</sup> *Ibid.*, l. *quod principi placuit*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 25 va, n. 1: «Pro lege haberi debet quod Principi placuit. Et non solum est lex quod habet formam constitutinis, sed id quod habet formam contractus».

<sup>162</sup> *Ibid.*, n. 17: «Item nota quod rescriptum Principis est ipsa veritas».

comunque, sempre per Baldo, «non potest contra ius naturale, divinum et gentium»<sup>163</sup>, mentre Raffaele Fulgosio ammetteva tale violazione se ispirata da una superiore *ratio*, affermando «principi permittitur legem divinam mutare ex aliqua causa rationabili ad evitandam falsitatem subsistentem»<sup>164</sup>. L'opinione di Raffaele Fulgosio era condivisa da Luca da Penne, il quale precisava che la legge del principe contraria al diritto divino, naturale o delle genti si limitava ad introdurre una deroga e non operava un'abrogazione: «dic quod Imperator aliquando condit legem et tunc valet contra ius divinum et humanum naturale vel gentium non ut abroget sed ut deroget» affermava<sup>165</sup>.

Inoltre, i commentatori si interrogarono sul rapporto tra il principe e le sue leggi, ripetendo in sostanza le conclusioni cui erano arrivati i glossatori. Cino dichiarava «verum est quod princeps est solutus legibus, quia leges ab eo sunt a quo ipsarum pendet auctoritas... et ideo non possunt eum ligare quatenus non possit contrafacere... tamen ipse dicit se ligatum... non tamen est verum... Dico ergo quod Imperator est solutus legibus de necessitate, tamen de honestate vult ligari legibus, quia honor reputatur vinculum sacri iuris... Contra hoc posses opponere quod ipse non bene facit hoc volendo quia quilibet suam debet auctoritatem augere, non autem submittere... Ad hoc respondet ipsem Imperator in hac lege quia dignitatem suam ob hoc non minuit immo auget, quia re vera... unde honor est esse in tali ligamine»<sup>166</sup>. E la medesima opinione era condivisa da Iacopo Bottrigari per il quale «princeps se voluntarie subiicit legibus quia hoc dignum est. Queritur an imperator sit subiectus legibus, ipse respondet quod non, sed tamen profitetur se velle esse dupli ratione, prima est quia imperium est causatum a lege, aut causa est potentior suo causato, ergo lex imperio. Secunda ratio est quia ille effectus est potentior cuius causa est potentior et nobilior scilicet lex est a deo imperium a fortuna cum ergo potentior sit causa legis quam imperij, ergo lex potentior est. Et hoc indicamus successoribus nostris non quia eis necessitate imponamus quia par in parem non habet imperium»<sup>167</sup>. Un'argomentazione, questa di Iacopo Bottrigari, nella quale si incontrano, dunque, le due motivazioni che i glossatori avevano formulato per sostenere la soggezione del principe alle leggi, quella della *dignitas* imperiale, l'altra della derivazione del potere

<sup>163</sup> *Ibid, additio*, f. 26 ra, n. 1.

<sup>164</sup> Raffaeli Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem*, cit., l. *quod principi placuit*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 14 va, n. 5.

<sup>165</sup> Lucae de Penna *In Tres Codicis... Posteriores Libros*, cit., l. *quicunque*, C. *de suariis* (C. 11. 16. 2), f. 146 ra, n. 2.

<sup>166</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., *additio ad l. digna vox*, C. *de legibus et senatusconsultis* (C. 1. 14. 4), ff. 25 vb-26ra.

<sup>167</sup> Iacobi Butrigari *Lectura super Codice*, cit., l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 4), f. 29 vb.

imperiale da una legge: e a dette motivazioni viene aggiunta l'altra della superiorità della legge, quale dono di Dio, sul potere politico, mero frutto della fortuna. Dal canto suo, Alberico da Rosate richiamò sul tema le opinioni di filosofi e teologi: «quaero an princeps teneatur servare legem quam fecit secundum theologos et philosophos... et per eorum declarationem videtur quod legislator teneatur ad eius observationem» dichiarava<sup>168</sup>. Bartolomeo da Saliceto individuava, poi, nella natura sacra sia dell'imperatore sia delle leggi il fondamento del dovere morale del primo di sottomettersi alle seconde: a suo parere infatti «primo quod imperator profitetur se legibus alligatum... Secundo quod nobilis subiectum est illud a quo dependet quam ipsum dependens... Terio quia augmentum imperii est illud submittere legibus... Item quia si leges sunt sacratissimae... non debet princeps sacratissimus appellatus extra illas se ponere... Et ex his patet quod imperator sic preferendo dignitatem suam non minuit sed perpetuat, et auget»<sup>169</sup>. Bartolo concordava dicendo «fateor quod [princeps] est solitus legibus, tamen aequum et dignum est quod legibus vivat»<sup>170</sup>, mentre Baldo ripeteva l'antica opinione secondo la quale «princeps non est sub lege fori, est tamen sub lege poli, naturae, rationis»<sup>171</sup>. Tutti, comunque, insistevano sul carattere meramente morale, e non giuridico, della soggezione del principe alle leggi, un carattere che era ulteriormente sottolineato dalla convinzione per cui nessuno poteva imporre a se stesso l'osservanza di leggi dalle quali non aveva la libertà di recedere<sup>172</sup>.

Per Cino «soli Principi licet condere leges»<sup>173</sup>. E la sua tesi fu condivisa da Bartolo, il quale approfondì la questione alla luce della concreta situazione vissuta nel secolo XIV dall'Italia, dove numerosi erano le signorie territoriali guidate da duchi e marchesi. Dopo aver affermato «solus Princeps possit

<sup>168</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *princeps*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 31), f. 32 va, n. 3.

<sup>169</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, cit., l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 4), f. 35 va, n. 1.

<sup>170</sup> Bartholi a Saxoferrato *In Primam Codicis Partem*, cit., l. *digna vox*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 4), f. 26 rb, n. 1.

<sup>171</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *princeps*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 31), f. 20 va, n. 1. Al riguardo E. Cortese, *La norma giuridica*, cit., I, pp. 148-155.

<sup>172</sup> Su questo punto ritorna più volte Raffaele Fulgosio: *In Primam Pandectarum Partem*, cit., l. *quod principi*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 14 va, n. 2: «nemo enim potest sibi legem imponere a qua non liceat recedere»; *Consilia Raphaelis Fulgosii*, cit., cons. 111, f. 134 vb, n. 2: «nemo potest sibi legem a qua non liceat sibi recedere». Della stessa opinione Alberico da Rosate *De Regulis Iuris*, cit., f. 119 ra, n. 5: «nec sibi legem imponere a qua recedere non liceat». Su pensiero dei commentatori in tema di *legibus solutio* si veda Dieter Wyduckel, *Princeps legibus solutus. Eine Untersuchung zur frühmodernen Rechts- und Staatslehre*, Berlin 1979, pp. 82-130.

<sup>173</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 29 ra.

facere legem... Item ius civile proprium potest constitui a populo... sed ius civile commune constituit solus Princeps», il giurista aggiungeva «quando [magistratus] habent iurisdictionem limitatam, in his in quibus habent administrationem, seu iurisdictionem possunt facere statuta... Distingue tamen quia aut quis de maioribus iudicibus, ut senatoribus, et praetoribus, praefectis pretoris, qui aequiparantur regibus, qui sunt hodie per mundum... Et isti possunt facere statuta et constitutiones... Item potest dici delegato Apostolicae Sedis... Aut quaeris qui non sunt in tanta dignitate et tunc aut habent dignitatem perpetuam, seu ad vitam, ut comites, marchiones, in eorum terris, et Episcopi in eorum diocesibus, et tunc possunt facere statuta»<sup>174</sup>. Il solo imperatore, dunque, aveva la potestà di fare le leggi; i numerosi signori che dominavano la penisola erano legittimati ad imporre norme generali nel loro territorio, ma tali norme non assurgevano alla dignità di legge e a loro poteva essere attribuita soltanto la natura di meri statuti<sup>175</sup>. Si tratta, con ogni evidenza, di un tentativo di conciliare la tradizione imperiale, fondata sui testi giustinianei, con la concreta attualità politica. Qualche anno dopo sarà quest'ultima a prevalere. Baldo riconosceva la potestà di «condere leges» anche ai re<sup>176</sup> e ai duchi che governavano le signorie<sup>177</sup>. E sulla sua scorta Angelo degli Ubaldi completava l'equiparazione all'imperatore dei titolari delle signorie. «Magistratus sublimiores», scriveva, «possunt constituere leges, et senatus praefectus praetorio. Item alii inferiores, si sunt perpetui, ut episcopi...

<sup>174</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *omnes populi*, ff. *de iustitia et iure* (D. 1. 1. 9), ff. 9rb, n. 2, e 9 va, nn. 5 e 8.

<sup>175</sup> Si deve, però, ricordare che nel *Tractatus de regimine civitatis* Bartolo, nel trattare della forma di governo monarchico, usa il termine *lex* per indicare l'atto d'imperio del re di una città o di una provincia: *Tractatus de regimine civitatis*, in Diego Quaglioni, *Politica e diritto nel Trecento italiano. Il «De tyranno» di Bartolo da Sassoferato (1314-1357). Con l'edizione critica dei trattati «De Guelfis et Gbellinis», «De regimine civitatis» e «De tyranno»*, Firenze 1983, p. 157, rr. 188-190: «Quandoque unus regit civitatem vel provinciam, qui facit legem prout vult et omnia ad eum pertinent: et istud dicitur regimen regis».

<sup>176</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *necessarium*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 2. 2), f 17 ra, n. 4: «nota quod Rex potest facere legem».

<sup>177</sup> Id., *Consiliorum... Volumen Primum*, cit., cons. 327, f. 98 ra, n. 13: «Idem potest dominus Dux in sibi commissis et concessis, quod potest ipse Imperator». Tuttavia nel suo *Tractatus de tyranno* Baldo usa il termine *statutum* e il verbo *statuere* per definire la normazione cittadina sia del tiranno, sia del popolo: Diego Quaglioni, Un «*Tractatus de tyranno*: Commento di Baldo degli Ubaldi (1327?-1400) alla *lex decernimus*, C. de sacrosanctis ecclesiis (C. 1. 2. 16), in «Il pensiero politico», XIII, 1 (1980), p. 81, n. 4: «Et dico, quod aut statuit ipse tyrannus et non valent statuta, quia cum statuere sit iurisdictionis et ipse nullam habeat iurisdictionem, ego non potest statuere... aut sunt statuta populi, et tunc sunt facta obtentu persone tyranni et non valent, quia presumitur quod sint facta obtentu persone tyranni et non valent, quia presumitur quod sint facta metu impressionis vel nimia reverentia... aut non sunt facta obtentu persone tyranni, sed ob aliam iustum causam... et talia statuta valent ratione statuentium et ratione ipsius statuti... Nec enim ideo populus potestatem statuendi de iure, quod sit sub tyranno, quia delictum tyranni non preiudicat iuribus populi».

Idem si sunt magistratus iure proprietatis, ut sunt Comites et Barones... Idem si sunt temporales, et ad tempus eorum officii volunt legem condere super eo quod spectata ad eorum officium et iusta causa suadente»<sup>178</sup>.

Su un tema, in particolare, si focalizzò la discussione tra i commentatori: il popolo romano aveva o no conservato la potestà legislativa dopo aver trasferito l'*imperium* al principe? Alcuni lo escludevano. Bartolomeo da Saliceto dichiarava «nota quod populus romanus non possit hodie [condere leges] quia omnem potestatem transtulit in principem»<sup>179</sup>. Ranieri da Forlì aggiungeva «opinio quod populus non possit constituere legem quia constitutio semper ad imperatorem refertur»<sup>180</sup>. A sua volta Bartolo così si esprimeva: «solus Imperator potest legem condere, et interpretari. Sed an hodie populus Romanus et Senatus possit facere legem?... Ego credo quod populus Romanus et Senatus non potest facere legem, ratio est postquam transtulit potestatem in Principem, adhuc apud eos remansit potestas eligendi et privandi... hodie omni potestas est abdicata ab eis»<sup>181</sup>. Per Bartolo, dunque, con la *lex regia* il popolo romano si era spogliato della potestà legislativa e l'aveva trasferita nell'imperatore e di conseguenza, ora non più poteva fare le leggi. Il giurista toccava anche un'altra questione, quella dell'elezione e della revoca dell'*imperium* del principe, sostenendo che il popolo romano aveva conservato per qualche tempo una tale funzione, ma ormai ne aveva perso la titolarità. In un altro passo, però, Bartolo, mentre confermava «quod soli Principi sit licitum condere leges», cambiava opinione in merito alla seconda questione, affermando «quaero nunquid populus Romanus possit revocare potestatem Imperatoris. Et videtur quod sic»<sup>182</sup>.

Un'opinione più sfumata appare, poi, quella di Baldo in merito alla perdita della *potestas leges condendi* da parte del popolo romano. In un passo dichiarava: «quaeritur, utrum hodie populus Romanus possit legem facere? Dicendum est quod non, quia denudatus est generali potestate, cum illa translata fuerit in Principem»<sup>183</sup>. In un altro, invece, precisava «quaeritur hic, utrum populus

<sup>178</sup> Angeli Ubaldi *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *hoc edictum*, ff. *quod quisque iuris* (D. 2. 2. 1), f. 28 va, n. 1.

<sup>179</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Primum et Secundum Codicis Libros*, l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 38 va, n. 2 a.

<sup>180</sup> Ranieri Arsendi da Forlì, *Repetitio in legem Omnes populi*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 2636, f. 126 va..

<sup>181</sup> Bartholi a Saxoferrato *In Primam Codicis Partem*, cit., l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 27 vb, nn. 2-3.

<sup>182</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non ambiguitur*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 9), f. 15 vb, pr.

<sup>183</sup> Baldi Ubaldi *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 70 ra, n. 6.

transtulerit Imperium suum in Principem, an concederet: dicunt quidam quod concessit... quod retinuit in se populus supremam potestatem, puta legis condendae, unde Imperator simili et toti populo... et mortuo Imperatore residet in populo iurisdictio... ergo bene dictum quod populus concessit, sed non cessit»<sup>184</sup>. Il popolo romano, secondo questa interpretazione, non si era privato della potestà legislativa, ma si era limitato a concederne l'uso all'imperatore. Sulla seconda questione – quella dell'elezione e della revoca del principe – Baldo, a differenza di Bartolo, non sembra, invece, avere incertezze: a suo parere il popolo romano aveva perso ogni potestà e questa era passata al pontefice, legittimo erede del medesimo popolo. Dichiara infatti «ideo apparet quod falsa est opinio dicentium, quod populus Romanus possit deponere Imperatorem; nam ad quem non pertinet creatio, non pertinet destructio, solus ergo papa potest deponere Imperatorem, et non ex omni causa, sed solum ex causa gravi, et notoria ex qua turbatur universalis status Christianitatis, vel ecclesiae»<sup>185</sup>. Il pontefice, comunque, poteva esercitare legittimamente la sua potestà di revoca soltanto se l'imperatore avesse agito in danno dell'intera cristianità e della Chiesa. In un altro passo Baldo si chiese chi dovesse intervenire nel caso in cui l'imperatore fosse risultato incapace: «quaero imperator est inutilis, vel mentecaptus, vel ebriosus, qui non sufficit Reipublicae curae, nunquid populus Romanus possit eum privare, vel dare ei coadiutorem». Per alcuni: «populus Romanus potest eum privare, et si vult mitius agere potest ei dare coadiutorem». Per Baldo invece «contrarium videtur quia populus Romanus est sub Papa, et ideo in papa residet haec potestas, quia in eo residet cerebrum, et vertex totius populi, quia populus non potest confirmare Imperatorem, ergo non privare, sed quia Imperator non iurat fidelitatem populo, sed domino Papae, et haec est veritas»<sup>186</sup>. Baldo, dunque, ripeteva l'idea, esposta nel passo precedente, secondo la quale l'erede legittimo del popolo romano nell'eleggere e nel revocare l'imperatore era il pontefice. Ne conseguiva che per il giurista «duo tamen sunt supremi principes, scilicet Papa et Imperator»<sup>187</sup>: il pontefice era l'erede diretto del popolo romano ed era quindi titolare legittimo delle potestà di quello, potestà tra le quali era la legislativa, il cui uso era stato concesso dallo stesso popolo all'imperatore.

<sup>184</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non ambiguitur*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 9), f. 15 vb, nn. 6-8.

<sup>185</sup> Id., *In Primum, Secundum et Tertium Codicis Libros*, cit., l. *si imperialis*, C. *de legibus et constitutionibus principum* (C. 1. 14. 12), f. 70 ra, n. 6.

<sup>186</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non ambiguitur*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 99, f. 18 rb, nn. 5-6).

<sup>187</sup> *Ibid.*, l. *quod principi placuit*, ff. *de constitutionibus principum* (D. 1. 4. 1), f. 25 vb, n. 14.

Le idee di Baldo furono ripetute ed esposte in modo più disteso dal discepolo di Baldo Paolo di Castro. Commentando il passo di Ulpiano, secondo il quale «non ambiguitur, Senatum iura facere posse» (D. 1. 3. 9), Paolo affermava: «Hodie id est post legem regiam per quam populus transtulit suum imperium in Principem... populus vel senatus non potuit legem facere, sed solus princeps in quem omnis potestas fuit translata, sed nihilominus dic contrarium per hanc legem... nam ista lex est facta post legem regia... in quem facta fuit illa translatio... et nihilominus ista lex dicit non esse dubium quod senatus poterat legem condere. Ex quo patet quod illa fuit magis concessio quam translatio... per quam non abdicatur substantia, ut in concedente, sed transfertur usus... et ideo dico quod populus Romanus ante adventum Christi poterat revocare legem regiam, et ea revocata privare Imperatorem... Secundo potes intelligi post adventum Christi, et tunc dico quod Imperium Romanum fuit a populo Romano translatum in ecclesiam, et non remansit nisi nomen, et dicitur Imperium Christi vel ecclesiae, et solus Papa potest ipsum privare sicut et confirmare, et coronare... nam apud ecclesiam est uterque gladius temporalis et spiritualis, et est quintum Imperium, de quo prophetabit Daniel, qui vidit lapidem sine manibus scissum cadere ad pedes, qui significabat Romanum Imperium, et statuam illam contrivit, et destruxit... nihil concludere potest hodie populus Romanus in Imperio»<sup>188</sup>. Con la *lex regia*, a parere del giurista, il popolo romano non si era privato della potestà legislativa, ma l'aveva conservata, limitandosi a concederne l'uso al principe; dopo l'avvento di Cristo l'Impero universale romano si era trasformato in Chiesa universale cristiana, della quale il pontefice aveva la suprema autorità di guida e quindi anche la potestà di fare le leggi, di nominare e di revocare l'imperatore<sup>189</sup>.

<sup>188</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non ambiguitur*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 9), f. 10 vb, nn. 4-6.

<sup>189</sup> E' noto che con la riforma gregoriana il papato, per difendere la sua piena libertà dall'autorità dell'imperatore, aveva sostenuto, tra l'altro, che la Chiesa era la diretta, unica e legittima erede dell'Impero di Roma. Al riguardo si veda, tra gli studi più recenti, Giuseppe Fornasari, *L'eredità di Roma antica nelle controversie tra Papato e Impero dei secoli XI-XII: aspetti e problemi*, in *Roma antica nel Medioevo. Mito, rappresentazioni, sopravvivenze della 'Respubblica Christiana' dei secoli IX-XIII. Atti della quattordicesima Settimana internazionale di studio. Mendola, 24-28 agosto 1998*, Milano 2001, pp. 71-92. Adolf Esch, *L'uso dell'antico nell'ideologia papale, imperiale e comunale*, *ibid.*, pp. 4 s. fa risalire tale idea a Leone III (795-816) e la vede esposta in maniera icastica nel cap. 8 del *Dictatus Pape* di Gregorio VII, dove si afferma «quod solus [papa] possit uti imperialibus insigniis» (*Dictatus Pape*, in *Das Register Gregor VII.*, a cura di Erich Caspar, in *Monumenta Germaniae Historica, Epistolae selectae*, II, 1, Berolini 1920, p. 204). E questa tesi continuò a segnare l'ideologia della Chiesa nei secoli successivi. In particolare l'idea secondo la quale con l'avvento di Cristo l'Impero universale romano era diventato la comunità universale dei fedeli in Cristo, e quindi la Chiesa universale romana, fu formulata nel secolo XII da Ottone di Frisinga nella sua *Chronica sive Historia de duabus civitatibus* (edita a cura di Adolf Hofmeister in *Monumenta Germaniae Historica. Scriptores rerum Germanicarum in usum scholarum separatis editi*, XLV, Hannoverae 1912). Scrive al riguardo Elisabeth Mégrer, *La Chiesa cristiana, erede della Roma antica o dell'Antica Alleanza? I punti di vista di Ugo di Fleury e di Ottone di Frisinga*,

### 6. f) *La consuetudine e il suo rapporto con la legge*

Il tema della potestà legislativa del popolo romano non era soltanto oggetto di una discussione teorica, né serviva unicamente ad enfatizzare la continuità della Roma antica nella Chiesa cattolica e quindi la legittimità del potere di *condere leges* del pontefice: costituiva anche il fondamento della questione relativa alla natura della consuetudine e al rapporto di questa con la legge. Una questione che sembra appassionare i commentatori in maniera ben più decisa rispetto ai glossatori.

Tra questi ultimi era stato soprattutto Piacentino a mostrare interesse per il problema e lo aveva fatto legandolo all'altro della continuità del potere legislativo nel popolo romano dopo la *lex regia*. Aveva sostenuto, infatti, che il popolo romano si era spogliato del potere di *condere leges*, ma non aveva perduto del tutto l'autorità di normare la vita sociale; poteva ricorrere a tal fine ad un strumento diverso dalla legge, uno strumento certamente meno autorevole, il quale era costituito dalla consuetudine: questa, di conseguenza, era inferiore alla legge del principe e da questa poteva essere eliminata. Aveva dichiarato Piacentino «Ergo lex scripta tantum per legem scriptam cassabitur, et non scripta, id est consuetudo, tantum per legem non scriptam, id est per contrariam consuetudinem abrogabitur, multo fortius per legem scriptam... in principem per regiam legem populus Romanus omne ius transtulit, ergo ius condendi iura et abrogandi, sicque ius tale sibi non reservaverit»<sup>190</sup>. La sua opinione venne ripresa da Iacopo Bottrigari, il quale la integrò con alcune nuove, interessanti, osservazioni. A suo parere «cum simpliciter disponat aliquid Res publica Romanorum videtur potius sibi specialiter cum non possit generaliter, nisi revocata iurisdictione translata in Principem, et ideo eius consuetudo legem generalem tollere non posset; et sic intellexit Placentinus bene dixit; sed si Populus Romanus revocaret iurisdictionem translatam in principem, quod potuit, cum concessisset per modum legis... tunc potest legem condere generalem, et per consequens consuetudinem generalem inducere, et sic legem generalem, speciale non»<sup>191</sup>. Per il commentatore, dunque, dopo la *lex regia* il popolo romano poteva creare soltanto una

in *Roma antica nel Medioevo*, cit., p. 528: «Per Ottone la *civitas Dei* sulla terra viene realizzata tramite l'impero romano, è l'impero romano come tale che Cristo trasforma, con la sua venuta come cittadino dell'impero, da *civitas mundi* in *civitas dei*. Cristo è il 'nuovo re' con il quale la Chiesa eredita tutto ciò che l'impero romano comporta. Così la Chiesa non è altro che l'impero romano stesso diventato da *civitas mundi* in *civitas Christi*, da pagano, cristiano».

<sup>190</sup> In *Codicis Domini Iustiniani Libros IX Summa a Placentino... conscripta*, Moguntiae 1536, f. 416.

<sup>191</sup> Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 10 b, n. 3.

consuetudine speciale, non una generale; ove, invece, avesse revocato la concessione della potestà legislativa, avrebbe potuto produrre sia una legge generale, sia una consuetudine generale.

Anche Cino aveva fondato la sua analisi del tema della consuetudine sul problema della persistenza del potere legislativo nelle mani del popolo romano, rilevando che questa non era l'unica opinione diffusa in dottrina. «*videtur quibusdam modernis... cum hodie haec potestas [legis condendae] in principem sit translata, non habet locum quod populus Romanus generalem consuetudinem possit facere...* Alij dicunt, quod populus Romanus potest hodie legem generalem facere, et sic potest consuetudinem introducere generalem... Quidam alij moderniores dicunt quod haec solutio bona est in se, tamen hic loquitur de lege repugnante et resistente, et rationi naturali, contraria consuetudini, quas non potest consuetudo vincere»<sup>192</sup>. Cino non aveva fatto esplicito richiamo a Piacentino. Lo farà, invece, Baldo, a detta del quale «*prima fuit Placentinus quod leges de quibus loquitur in populo, qui habet potestatem statuendi, nam eodem modo apud populum est potestas consuetudinem inducendi; se si talis esset populus, qui non haberet potestatem legis condende, tunc non haberet potestatem consuetudinem inducende*»<sup>193</sup>. Sia Cino, sia Iacopo Bottrigari, sia Baldo, dunque, legavano il fondamento della consuetudine al problema della sopravvivenza nel popolo romano della potestà legislativa dopo la *lex regia*.

Il fondamento della consuetudine nella vita concreta delle comunità è sottolineata nelle numerose definizioni poposte dai giuristi. «*Consuetudo. Directe ius quoddam moribus idest assiduis actibus institutum quod pro lege suscipitur cum lex deficit... Quae enim in scriptis redacta est vocatur lex sive constitutio, quae autem in scriptis non est retinet nomen suum consuetudo... Vel est usus rationabilis competenti tempore confirmatus, nullo actu contrario interruptus, frequenti seu contradicto iudicio, vel tempore cuius non extat memoria introductus, usque communi viventium approbata... et si debet praeiudicare iure communi vel speciali requiritur quod sit non erronea non contra ius divinum, rationabilis, praescriptibilis, praescripta, sciente populo introducta, quae maior pars populi utitur, et qua utens intendit sibi ius acquirere, quam etiam ratio et veritas semper excludunt... Nemo consuetudinem rationi et veritati preeponat. Nam dominus dicit Ego sum veritas, non ego sunt consuetudo... Et dicitur consuetudo quasi communis assuetudo*». Così definiva la consuetudine Alberico da Rosate nel suo

<sup>192</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 va, n. 2.

<sup>193</sup> Baldi Ubaldi *In Septimum, Octavum, Nonum, Decimum et Undecimum Codicis Libros Commentaria*, Venetiis 1599, l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52. 2), f. 178 vb, n. 4.

*Vocabularium*<sup>194</sup>, una definizione che innanzi tutto indicava nella non scrittura l'essenza della consuetudine<sup>195</sup>. Una tesi condivisa tra gli altri da Bartolo, per il quale «consuetudo est ius non scriptum moribus et usibus populi, vel a maiori parte ipsius ratione initiatum, et continuatum et introductum»<sup>196</sup>, ma che naturalmente non poteva essere condivisa da quanti, come abbiamo visto a proposito della definizione della legge, non vedevano nella scrittura l'essenza di quest'ultima. Cino affermava, infatti «quod quantum ad essentiam scriptum non sit de esse legis, nec non scriptum de esse consuetudinis, sed expressum et tacitum»<sup>197</sup>: la consuetudine, per lui, era una forma di diritto non espresso a parole, ma seguito nei fatti dalla comunità in cui era osservata.

La definizione proposta da Alberico, inoltre, evidenziava i requisiti della consuetudine: essa doveva essere razionale, conforme al diritto divino, consapevolmente seguita dal popolo – o, quanto meno, dalla sua maggioranza –, vissuta per un lungo tempo. Sulla conformità della consuetudine alla *ratio* e al diritto divino insisteva in altri passi lo stesso Alberico<sup>198</sup>, il quale aggiungeva che «consuetudo mala et contra bonos mores nullo tractu temporis confirmari potest»<sup>199</sup>. Il fondamento nell'uso del popolo, o della maggioranza dei

<sup>194</sup> Alberici de Rosate *Vocabularium*, cit., f. 56 v a-b. Più sintetiche sono le definizioni della consuetudine che si trovano in altre opere dello stesso Alberico. Così nel *Dictionarium* (cit., sub voce *consuetudo*) si legge: «consuetudo est usus rationabilis competenti tempore firmatus, nullo actu contrario interruptus, frequenti seu contrario iudicio vel tempore, cuius non est memoria usque communi utentium comprobatus» e in *In Secundam Codicis Partem Commentaria*, cit., rubrica *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52), f. 171 va, n. 14: «consuetudo est quae ex frequentatis, et debitibus actibus, non vi non clam non precario fuerit introducta». A sua volta Bartolomeo da Saliceto metteva l'accento sulla natura non scritta della consuetudine, che per tale motivo si distingueva dalla legge: «consuetudo est ius non scriptum moribus populi introductum... dicitur ius ad differentiam iuris scripti sive legis scriptae de cuius essentia est scriptura» (Bartholomaei a Saliceto *In Septimum, Octavum et Nonum Codicis Libros*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* [C. 8. 52. 2], f. 154 va, n. 19). E Iacopo Botrigari aggiungeva: «Consuetudo est ius non scriptum diuturnis moribus utentium comprobatum, quod ad eo magnae auctoritatis est, ut non necesse scripto comprehendendi» (Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* [D. 1.3. 32], f. 12 a, n. 6).

<sup>195</sup> Alberico lo ribadiva nel *De regulis iuris*, cit., f. 48 va, n. 7: «per scripturam distinguitur lex a consuetudine».

<sup>196</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 31), f. 17 va, n. 16.

<sup>197</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 vb, n. 3.

<sup>198</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., rubrica *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3), f. 27 r a-b, n. 26: «consuetudo debet esse rationalis et non obvians iuri divino, vel naturali»; l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 37 va, nn. 101-102: «[consuetudo] debet esse rationabilis sicut et lex scripta... et alias conditiones habere quae ibi de lege dicuntur... Si autem esset consuetudo sine naturali ratione contra ius divinum... non valet quia talis consuetudo ratione caret».

<sup>199</sup> Id., *De regulis iuris*, cit. f. 14 va, n. 3.

consociati, poi, era sottolineata, tra gli altri, da Cino<sup>200</sup>, da Bartolomeo da Saliceto<sup>201</sup> e da Bartolo. Quest'ultimo, in particolare, riteneva che la definizione per cui «consuetudo... est ius non scriptum, moribus et usibus comprobatum... non est bona, quia non habet substantiale, nam ad confirmandum consuetudinem, requiritur tacitus consensus populi»; perciò «pleni potest dici consuetudo est ius non scriptum moribus et usibus populi, vel a maiori parte ipsius ratione initiatum et continuatum, et introductum»<sup>202</sup>. Per quanto, poi, riguardava la durata della vigenza richiesta perché il comportamento si traducesse in consuetudine, Bartolo rilevava: «glossa dicit quod requiritur diuturnitas temporis. Quaero circa hoc quantum tempus requiratur? Glossa dicit quod requiritur tempus decem, vel viginti annorum... Dicunt alii quod requiritur tempus cuius contrarij memoria non existit. Sed hoc est falsum... teneas ergo quod sufficit tempus decem annorum requiritur etiam frequentia actuum»<sup>203</sup>. La durata decennale era sostenuta anche da Alberico da Rosate, il quale inoltre affrontava il problema della validità di una consuetudine dopo una sua interruzione. A suo parere «aut consuetudo erat incohata, sed non praescripta decennio, et tunc uno solo actu interrumpitur, aut erat incohata et praescripta et tunc uno actu non interrumpitur, sed si contraria consuetudo postea solemniter inducatur non est dubium quod tollitur prima»<sup>204</sup>. E lo stesso Alberico ricordava che la dottrina era concorde nel ritenere che l'esistenza di una consuetudine doveva essere provata in giudizio: «videamus an probari debeat [consuetudo]... omnes concordant quod probari debeat» affermava ed aggiungeva «consuetudo in iudicio... probari debet»<sup>205</sup>.

I commentatori, inoltre, distinguevano la consuetudine sia dallo statuto cittadino, sia dall'uso. La differenza con lo statuto municipale era teorizzata,

<sup>200</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 vb, n. 3: «consuetudo est ius moribus vel usibus populi totius, vel maioris partis, recte initiatis et continuatis». E nel commentare tale definizione, Cino sottolineava, in particolare, «nihil interest an populus verbis voluntatem suam declarat, vel rebus et factis, id est consuetudine... Sequitur, totius vel maioris partis. Hoc probatur, quia in talibus maior pars bene aliquid statuit».

<sup>201</sup> Bartholomaei a Saliceto *In Septimum, Octavum et Nonum Codicis Libros*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* [C. 8. 52. 2], f. 154 va, n. 21: «consuetudo est ius moribus vel usibus totius vel maioris partis populi recte initiatis, et continuatis constitutum, habens legis auctoritatem».

<sup>202</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 31), f. 17 va, n. 16.

<sup>203</sup> *Ibid.*, f. 17 va, nn. 8-9.

<sup>204</sup> Alberici de Rosate *In Secundam Digesti Novi Partem*, cit., l. *nemo alieno nomine*, ff. *de diversis regulis iuris* (D. 50. 17. 123).

<sup>205</sup> Id., *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 38 rb, n. 115.

ad esempio, da Cino, il quale ricorreva in proposito alla distinzione tra diritto tacito e diritto espresso che aveva usato in merito al rapporto tra consuetudine e legge. «Quaero», diceva infatti, «que sit differentia inter consuetudinem Municipij et statutum? Dicendum est, quod eadem, quae est inter legem et consuetudinem, quia statutum nihil aliud est quam lex municipalis... Differunt ergo statutum et consuetudo inter se, sicut expressum et tacitum»<sup>206</sup>. Dal canto suo Bartolo distingueva la consuetudine dall'uso e dai costumi, definendo questi ultimi mero fatto e non diritto. «Quaero», si chiedeva, «in quo differt consuetudo ab usu et moribus?» e rispondeva «dicunt quidam quod differunt sicut causatum a sua causa. Hoc non est verum, quia et usus et mores non sunt causa proxima consuetudinis, sed tacitus consensus populi. Unde... usus et mores sonant factum ex quo descendit consuetudo id est ius»<sup>207</sup>.

Particolare interesse, infine, i commentatori mostraron per i rapporti tra legge e consuetudine ad essa contraria, chiedendosi quale delle due eliminasse l'altra. Cino affermava che sul tema erano state espresse «multas opiniones». In particolare si potevano indicare varie ipotesi: «quandoque reperire legem generalem, et consuetudinem generalem et contrariam, quandoque est reperire legem generalem et consuetudinem localem contrariam, quandoque legem specialem seu localem, et consuetudinem generalem, quandoque vero legem localem et consuetudinem localem». Nel primo caso a suo giudizio «consuetudo tollit legem»; nel secondo «consuetudo contraria non tollit legem, sed ei derogat in parte»; nel terzo «consuetudo contraria non tollit legem, quia in toto iure nostro, generi per speciem derogatur, non econtra»; nel quarto, infine, «consuetudo tollit legem ut idem iuris sit de toto ad totum, et de parte ad partem... si vero fuerit in alio loco una, et in alio loco alia, tunc non tollit, quia non contrariatur ei»<sup>208</sup>. Per Cino, dunque, in alcuni casi la consuetudine non solo prevaleva sulla legge, ma aveva anche l'autorità di eliminarla. Tesi, questa, che il giurista da un canto ribadì in altri passi – dove dichiarò «sicut lex scripta tollitur per aliam legem ita lex per consuetudinem contraria tollitur»<sup>209</sup> e «nota quod lex tollitur per consuetudinem contrariam»<sup>210</sup> –, dall'altro articò ulteriormente quando pose sullo stesso piano legge e consuetudine, affidando la prevalenza dell'una sull'altra alla più evidente presenza in una di loro della

<sup>206</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 521 ra, n. 5.

<sup>207</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 17 ra, n. 18.

<sup>208</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 va, n. 2.

<sup>209</sup> Id., *In Digesti Veteris Libros Commentaria Doctissima*, Francoforti ad Moenum 1576, l. *lex est*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 19), f. 7 rb, n. 2.

<sup>210</sup> *Ibid.*, f. 7 va, n. 7.

*naturalis ratio*: «in naturali tamen ratione non habet locum haec distinctio», affermò, «quia naturalis ratio semper omni suo contrario resistit, et nunquam cedit»<sup>211</sup>.

Il tema fu ampiamente trattato da altri commentatori, i quali, seguirono l'impostazione di Cino, continuando ad articolare il rapporto legge-consuetudine nei vari casi di generale-speciale, casi che l'affermazione delle consuetudini nelle singole comunità e soprattutto nei municipi rendeva quanto mai attuali. E arricchirono ulteriormente l'analisi di detto rapporto con la distinzione temporale tra legge e consuetudine e con l'aggiunta delle tre ipotesi di «consuetudo secundum, praeter, contra legem». Molti di loro, però, si differenziarono da Cino per il più accentuato favore nei confronti della legge e per la conseguente resistenza ad ammettere la prevalenza della consuetudine. È il caso, ad esempio, di Iacopo Bottrigari cui si deve un'ampia disamina del problema, nella quale si legge «Item oppone quid etiam specialis consuetudo tollatur per legem. Solutio tollit legem quo ad illum locum in quo introducta est. Item oppone quod nullo modo nec generaliter, nec specialiter tollat legem... Solutio ibi consuetudo praecedit legem secundum unam lectionem unde legem non tollit, sed ab ea tollitur, hic autem consuetudo sequitur legem. Item oppone, quod etiam si consuetudo sequitur legem, non tollat... Solutio ibi consuetudo fuit erronea. Item oppone quod consuetudo sequens legem, eam non tollat... Solutio ibi consuetudo fuerat per legem praecedentem improbata, et ido non tenet... Aut consuetudo est secundum legem, aut praeter aut contra legem; si est secundum legem operatur alterum de duobus, vel quia corroborat legem..., si est dubia dic ut habetur in lege sit de interpretatione. Si vero praeter legem, ubi scripta non est, tunc habet vim legis... Si consuetudo est contra legem improbantem talem consuetudinem introductam, et tunc consuetudo specialis nil operatur in aliquo modo contra legem generalem ipsam improbantem. Sed quid, si lex impugnans consuetudinem est specialis, et consuetudo specialis, vel utraque generalis, ita quod ambo procedunt a pari potentia, an consuetudo valebit? Dicam... si autem consuetudo est contra legem, tunc aut est contra ius civile, aut est erronea, et tunc non servatur... quod non ratione. Si autem habet in se rationem, tunc aut praecedit legem, et tollitur per legem... aut sequitur legem, tunc aut est generalis, et generalem vincit legem... si specialis specialem vincit legem, non generalem... Idem est, si est contra ius naturale, vel gentium. Quia potest eis derogare secundum praedicat, licet non in totum auferat»<sup>212</sup>.

<sup>211</sup> Id., *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 520 rb, n. 1.

<sup>212</sup> Iacobi Butrigari *In Primam et Secundam Veteris Digesti Partem, Tomus Primus*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), ff. 10 b- 11 b.

L'indirizzo seguito da Iacopo Bottrigari appare adottato anche da Bartolo cui si deve un'analisi altrettanto, se non ulteriormente, articolata della questione. Anche per lui il rapporto consuetudine-legge era triplice. Se era secondo legge, la consuetudine aveva la funzione di interpretare o di confermare la legge; se andava al di là della legge, la consuetudine doveva essere osservata. Più complesso era il problema nel caso di consuetudine contro la legge: se era contro la legge divina o la naturale non poteva essere osservata; se era contro la legge umana abrogava quest'ultima soltanto quando si trattava di consuetudine generale e non speciale e di legge diretta a privata utilità e promulgata prima della consuetudine: comunque si doveva trattare di una consuetudine razionale. Dichiarava, infatti, Bartolo «Et ideo cum queritur de effectu consuetudinis dic aut consuetudo est secundum legem aut preter legem, aut contra legem. Primo casu, quandoque legem interpretatur, quandoque eam confirmat, et dicitur potius confirmatio legis quam consuetudinis... Secundo casu quando est preter legem, indistincte servanda est... tertio casu, quando est contra legem, subdistingue, quia aut est contra legem divinam, et eam abrogare non potest, qui par in parem non habet imperium... et multo minus minor in maiorem. Si vero est contra legem naturalem, et tunc consuetudo non potest eam tollere, quia est ius naturale, et immutabile... Si vero est contra ius civile, tunc aut contra libertatem ecclesiae, et non valet... aut contra publicam utilitatem, et adhuc non valet contra legem... Si vero est contra utilitatem privatam, et tunc aut lex est derogatoria consuetudini, aut non. Primo casu consuetudo non operatur contra legem... In secundo casu, aut lex praecedit, et consuetudo sequitur, aut econtra. Primo casu, aut consuetudo est generalis, et generaliter vincit legem... aut est specialis, et tunc non vincit legem generaliter... Et hoc obtinet, nisi consuetudo esset erronea, quia tunc non habet effectum... Si vero precedit consuetudo, et lex sequitur, tunc non tollit legem»<sup>213</sup>.

I vari aspetti del problema dell'abrogazione della legge da parte di una consuetudine si ritrovano anche nell'autore di una *quaestio* conservata nel codice *Vat. Lat.* 331 della Biblioteca Apostolica Vaticana, in cui si legge: «leges abrogari per consuetudinem quidam... hodie dicunt. Sed ego dico hodie legem scriptam per generalem consuetudinem totius orbis abrogari quasi princeps permittat cum non contradicat consuetudinem, vero cui liberi municipii in errore introducta tunc dico quod lex servari»<sup>214</sup>. Con maggior decisione negava l'abrogazione della legge da parte della consuetudine Alberico da Rosate, per il quale «lex per consuetudinem non tollatur, quia lex est inventio et donum

<sup>213</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), ff. 17 ra-17 va, n. 5.

<sup>214</sup> *Quaestiones in Digestum Vetus*, in Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 331, f. 1 va.

Dei... et est honesta et iusta... et eius praecepta concordant cum divinis... lex est quicquid ratione consistit... ergo consuetudo legi contraria erit iniqua, et iniusta contra praecepta divina et contra rationem, et per consequens invalida, nec poterit tollere legem»<sup>215</sup>. Dal canto suo, Iacopo de Arena ammetteva soltanto che la consuetudine potesse derogare, non certamente abrogare la legge: «[consuetudo] aut est secundum legem et tunc corroboratur... aut est praeter legem et tunc obtinet dicta lex diurna... aut est super legem et tunc interpretatur legem et per hoc ei derogat... aut est contraria legi et tunc aut consuetudo praecedit et lex sequitur, et tunc succumbit consuetudo... aut lex praecedit et consuetudo sequitur, et tunc aut est generalis... et tunc legi derogat... aut particularis et tunc... valet in loco illo... et secundum hanc nostram sententiam particularis consuetudo posset derogari legi per interpretationem vel exceptionem, non tamen abrogare etiam in illo loco, nisi forte ex consensu tolleretur, tunc enim sententia principis valere»<sup>216</sup>.

I giuristi di questo indirizzo, dunque, ammettevano che la consuetudine potesse introdurre una deroga alla legge, mentre escludevano che potesse abrogarla, a meno che l'abrogazione fosse stata accettata dal principe, unico legittimo titolare della potestà legislativa. Lo dicevano sia la *quaestio* or ora ricordata, sia Iacopo d'Arena nel passo sopra riportato: lo ripeterà, in seguito Felino Sandeo a parere del quale «consuetudo contra dispositionem principalis, quanto tempora observata, non valet nisi concurrat principis sententia». «Et dicit hoc Baldus», concludeva Felino Sandeo<sup>217</sup>. In realtà Baldo aveva un'opinione diversa: commentando il passo di Giuliano in D. 1. 3. 32 secondo cui «inveterata consuetudo pro lege non immerito custuditur» e «deges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogantur», affermava «sed opponitur, et videtur quod consuetudo non possit derogare legi scriptae... quia hodie solus Princeps facit legem, et ideo nulla consuetudo valet, nisi sit inducta de conscientia Principis secundum Pla[centinum]... sed illa opinio est falsa nam tempore huius legis ita erat Imperator, sicut hodie unde in sua potestate nihil est additum, vel detractum... et ideo non requiritur scientia Principis in consuetudine singulorum locorum»<sup>218</sup>.

Peraltro il passo ora citato si colloca all'interno dell'ampio discorso

<sup>215</sup> Alberici de Rosate, *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 32 va, n. 14.

<sup>216</sup> Iacobus de Arena, *Distinctiones super Codice*, in *Super iure civili*, cit., rubrica *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52), ff. 251 vb-252 ra, nn. 11-13.

<sup>217</sup> *Consilia sive Responsa Felini Sandei*, Venetiis 1582, cons. 31, f. 32 rb, n. 20.

<sup>218</sup> Baldi Ubaldi *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 21 rb, n. 10.

dedicato da Baldo alla consuetudine e al rapporto di questa con la legge. Egli rilevava che i) la consuetudine prevale sulla legge, nel caso che quest'ultima sia diretta non già contro l'autorità del principe, ma contro privati<sup>219</sup>; ii) la consuetudine non elimina la legge, ma dalla legge è eliminata<sup>220</sup>; iii) la consuetudine speciale, però, non è eliminata dalla legge generale, a meno che quest'ultima non lo disponga espressamente<sup>221</sup>; iv) la consuetudine *contra legem* non vale perché seguita per errore<sup>222</sup>; v) la consuetudine non corregge la legge, ma ad essa deve essere riportata perché la interpreti<sup>223</sup>. Ammetteva, dunque, che la legge potesse essere superata soltanto da una consuetudine speciale o locale. Ma anche in questo caso Baldo faceva una significativa precisazione. Affermava, infatti «dico quod consuetudo localis vincit ibi usum, id est observantiam legis, non autem dico quod funditer eradicet de illo legem, nam illa sunt diversa. Si nam radicitus radicaret legem de illo loco... ille locus remaneret sine ulla lege... sed quia non est abolita lex, sed effectus legis, tunc sublata consuetudine, remananet in iure communi, et haec res revertitur ad naturam suam, quia non erat omnino extincta, sed velata»<sup>224</sup>. La legge, dunque, cedeva il passo alla consuetudine, ma non era da questa eliminata ed era pronta a tornare in piena vigenza, o quanto meno a fungere da fondamento per un nuovo uso, quando la consuetudine contraria fosse stata superata. Una conclusione, questa, che consente di interpretare in modo corretto il pensiero espresso dallo stesso Baldo in un altro passo, dove distingueva tra legge municipale e legge imperiale. Affermava qui: «aut loquimur de lege municipalibus, et illa tollitur per contrariam consuetudinem municipalem, aut loquimur de lege Imperiale et ista non tollitur per contrariam consuetudinem subtitorum. Hoc est verum quando lex imperialis esset derogatoria consuetudini, secus si non esset derogatoria, quia tunc inter populum consentientem valet illa

<sup>219</sup> *Ibid.*, ff. 21rb-21va, n. 12: «Alij dicunt, aut consuetudo est contra auctoritatem legis superioris, aut est contra ius dispositum a lege, non tamen est contra auctoritatem legis superioris. Primo casu non valet consuetudo, quia minor auctoritas non tollit maiorem, et hoc est ubique superior, id est Imperator, prohibet consuetudinem... Secundo casu valet, ut si ius commune disposuit quod succedat mulier, sed ius consuetudinis ordinat quod non succedat... stabilitur consuetudini quia non est contra principem ista consuetudo, sed contra privatos».

<sup>220</sup> *Ibid.*, f. 21 va, n. 25: «Tertio... videtur quod consuetudo non tollat legem licet tollatur per legem, quia Imperiales constitutiones in omni loco prevalere oportet».

<sup>221</sup> *Ibid.*, f. 21 va-b, nn. 26-27: «opponitur quod consuetudo specialis non tollatur per legem generalem sequentem... aut constat de mente legislatoris, scilicet quod vult tollere consuetudinem... quia speciale a generale semper eximitur».

<sup>222</sup> *Ibid.*, f. 21 vb, n. 27: «videtur quod consuetudo contra legem non valeat, et arguo sic aut est per errorem populi observata, et non valet».

<sup>223</sup> *Ibid.*, f. 21 vb, nn. 31-32: «Videtur quod consuetudo non corrigat legem, sed trahatur ad legem... opponitur quod consuetudo non corrigat legem, sed interpretatur legem».

<sup>224</sup> *Ibid.*, f. 21 va, n. 20.

consuetudo, sicut valeret statutum illius populi»<sup>225</sup>. La consuetudine affermatasi in una comunità prevaleva, a suo dire, nella medesima sulla legge, ma quest'ultima non doveva essere intesa come eliminata, ma solo «velata»<sup>226</sup>.

Non tutti i giuristi, comunque, rifiutavano la prevalenza della consuetudine sulla legge. Se Iacopo Alvarotti affermava, come era correntemente ammesso, che la materia feudale era disciplinata non dalle leggi, ma dalle consuetudini, dichiarando «nota quod in materia feudali consuetudo vincit legem, neque tollitur a lege»<sup>227</sup>, Alberico da Rosate, senza tener conto dell'articolata pluralità tra generale e speciale, adottava il solo criterio temporale, per cui la legge successiva prevaleva sulla consuetudine precedente e, viceversa, la consuetudine prevaleva sulla legge precedente. Diceva infatti «si in simili lex dicat unum et consuetudo oppositum... respondeo ab illo quod prevalet in casu expresso unde si in casu expresso consuetudo vincat legem ut quia sit posterior... si autem lex prevalet ut quia est post consuetudinem tunc arguam a simili legis non consuetudinis»<sup>228</sup>. Raffaele Fulgosio, poi, si rifaceva a Cino per affermare che legge e consuetudine erano sullo stesso piano e la prevalenza dell'una sull'altra dipendeva da quale delle due contenesse una *maior ratio*. Dichiara, infatti «consuetudo contra legem non est trahenda ad similia... Cynus autem dicit attendandam et considerandam rationem legis et consuetudinis, que sit maior ratio, ut sempre quod est rationabilius... attendatur. Cum enim nihil aliud sit ipsa ratio quam equitas, in dubijs preferri debet»<sup>229</sup>. Dal canto suo Paolo di Castro condizionava la prevalenza della legge sulla consuetudine ad un'esplicita dichiarazione della prima: «consuetudo tunc dicitur contra legem et nulla quando expresse reprobatur per legem... sed si non reprobat expresse consuetudinem, sed mandat vel prohibet aliquid fieri, et consuetudinem vult contrarium, tunc consuetudo prevalet legem etiam si preterita. Sed quare non tollitur per legem generalem, quia de illa mentionem

<sup>225</sup> Baldi Ubaldi *In Septimum, Octavum, Nonum, Decimum et Undecimum Codicis Libros*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52. 2), f. 178 vb, n. 4.

<sup>226</sup> La capacità della sola consuetudine particolare di prevalere sulla legge generale era sostenuta anche da Bartolomeo da Saliceto, *In Septimum, Octavum et Nonum Codicis Libros*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52. 2), f. 153 va, n. 1: «dicet consuetudo non sit vilis autoritatis, quia legem vincit specialiter, non tamen est tante quam legem vincat generaliter». Lo confermava anche Raffaele Fulgosio, *Consilia Raphaelis Fulgosii*, cit., cons. 155, f. 210 vb, n. 1: «consuetudo loci alicuius specialis iuri positivo contraria, si sit rationabilis, et legittime praescripta, legi communi in eo loco derogat, et legem generalem in eo loco tantum specialiter vincit».

<sup>227</sup> Iacobi Alvarotti *Lectura in usus feudorum*, cit., rubrica *de capitulis Conradi*, par. *haec sunt capitula Conradi*, f. 227 ra, n. 2.

<sup>228</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *non possunt*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 12), f. 30 rb, n. 3.

<sup>229</sup> Raphaelis Fulgosii *In Primam Pandectarum Partem Commentariorum Tomus Primus*, cit., l. *quod non ratione*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 39), f. 14 rb, n. 2.

non facit... etiam si sequatur legem, quia eam vincit in illo loco»<sup>230</sup>. Si deve, comunque, sottolineare che i giuristi or ora ricordati i quali ammettevano in alcune situazioni la prevalenza della consuetudine sulla legge non pensavano all'eliminazione di questa, ma soltanto alla sua disapplicazione nelle comunità in cui la consuetudine vigeva: anche per loro, in altre parole, la legge era da considerare vigente, ancorché «velata» dalla consuetudine.

Diverso dal caso della consuetudine contraria alla legge era, poi, quello della desuetudine della legge, il suo non uso, cioè, per un lungo tempo. Lo spiegava, ad esempio, Bartolo dicendo «nam est differentia inter actum consuetudinis, et dissuetudinis. Nam consuetudo est quando sit contra legem per consuetudinem, et dissuetudo est quando non utimur aliqua lege in iure positâ»<sup>231</sup>. Lo ribadiva, tra gli altri, Paolo di Castro: «Nota quod habemus tria vocabula, scilicet non usum, item desuetudinem, item contrariam consuetudinem. Legis non usus est quando non concurrit casus in quo oportuerit legem servare, et sic per multos annos contigerit... Desuetudo est quando casus contigisset, sed non fuit petita... Contraria consuetudo esset si fuissent petitae, et tamen non praestitae animo introducendi consuetudinem ne prestentur»<sup>232</sup>. I giuristi si chiedevano se il mancato uso della legge comportasse la sua abrogazione. E le risposte non erano concordi. Cino commentando la l. *vetustissimam*, C. *de iure domini interpretando* (C. 8. 34 [33]. 3) affermava «quidam dicunt quod lex per desuetudinem tollitur... Istud non est verum et hoc dicit lex ista quae dicit vetustissimam observationem quae usitata non a tempore cui non extat memoria corrigimus»<sup>233</sup>. Per Cino, dunque, la desuetudine non eliminava la legge, ma comportava una sua mera correzione. E di correzione della legge in mancanza di un suo uso parlava anche in un altro passo dove diceva «modo pone, quod in mille annis visus non fuit, et ita homines non sunt usi illa lege, nunquid per non usum erit contrarium illi legi inductum? Certe non, absit, quia sic multe leges infortiati essent correctae, quod non est dicendum»<sup>234</sup>. Contro l'abrogazione della legge per desuetudine si schierarono, tra gli altri, Alberico da Rosate – il quale sosteneva che «leges per desuetudinem non tolluntur sed eterne sunt»<sup>235</sup>, che

<sup>230</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *pacisci contra edictum*, ff. *de pactis* (D. 2. 14. 31), f. 66 va, n. 2.

<sup>231</sup> Bartoli a Saxoferrato *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 17 ra, n. 2.

<sup>232</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 13 va, n. 10.

<sup>233</sup> *Lectura domini Cyni de Pistorio*, Lugduni 1517, f. 303 va.

<sup>234</sup> Cyni Pistoriensis *In Codicem Doctissima Commentaria*, cit., l. *consuetudinis*, C. *quae sit longa consuetudo* (C. 8. 52 [53]. 2), f. 522 ra, n. 8.

<sup>235</sup> Alberici de Rosate *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., const. *Omnem*, f. 5 rb, n. 11.

«nota quod quidam, et male dicunt... quod lex tollitur per desuetudinem... quod tamen est falsum»<sup>236</sup> e che «lex non tollitur per desuetudinem, vel vetustatem»<sup>237</sup>- e Angelo degli Ubaldi, il quale ribadiva «lex non tollitur propter non usum»<sup>238</sup>.

A favore dell'abrogazione della legge per desuetudine si pronunciarono, invece, altri giuristi. «Leges abrogari per desuetudinem quidam... hodie dicunt» si legge in una *quaestio* del XIII secolo<sup>239</sup>; ed esplicitamente lo dichiarava Paolo di Castro, per il quale «lex potest abrogari per desuetudinem, et sic consuetudo vincit legem»<sup>240</sup>. Ed in particolare si schierava a favore dell'effetto abrogativo della legge da parte della desuetudine Iacopo da Belviso, al quale si deve un'articolata riflessione sul tema. Il giurista individuava cinque forme di desuetudine di una legge. La prima si aveva quando «lex nec est servata nec in contrarium observata»: in questa ipotesi «nullo tempore tollitur lex». Se poi – ed era questo il secondo caso – la legge «nunquam est servata, sed in contrarium semper observatum est», non poteva dubitarsi che la legge «tollitur per desuetudinem». E la desuetudine prevaleva anche nel terzo caso – che si aveva «quando malus usus legem trastulit in aliam figuram» –, nonché nel quarto – «quando lex aliquando fuit servata sed postea desiit frequentari et cepit tacite in desuetudinem abiri» –, mentre nel quinto caso – «quando aliquo tempore lex est servata sed postea bonus usus et consuetudo eam trastulit in aliam figuram» – la legge non era eliminata dalla sua desuetudine, bensì «per consuetudinem»<sup>241</sup>. In sostanza per Iacopo da Belviso il mero non uso non eliminava la legge, ma la desuetudine avrebbe prevalso se la legge non fosse stata mai attuata, o avesse perso attuazione con il tempo, o la prassi l'avesse trasformata in una diversa disposizione; infine l'affermarsi di una consuetudine contraria alla legge avrebbe avuto l'effetto di eliminare quest'ultima.

## 7. I canonisti: a) la legge e i suoi contenuti

I temi trattati dai commentatori civilisti trovarono, poi, approfondimenti

<sup>236</sup> *Ibid.*, l. *de quibus causis*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 32 rb, n. 7.

<sup>237</sup> Id., *In Secundam Codicis Partem*, cit., l. *retustissimam*, C. *de iure domini interpretando* (C. 8. 34 [33]. 3), f. 155 rb, n. 1.

<sup>238</sup> Angeli Ubaldi *In Primam et Secundam Digesti Veteris Partem*, cit., *proemium*, f. 2 ra, n. 2.

<sup>239</sup> Biblioteca Apostolica Vaticana, *Vat. Lat.* 331, f. 1v.

<sup>240</sup> Pauli Castrensis *In Primam Digesti Veteris Partem*, cit., l. *de quibus*, ff. *de legibus et senatusconsultis* (D. 1. 3. 32), f. 13 va, n. 10.

<sup>241</sup> Iacobi de Belviso *Aurea Lectura... Summam Authenticorum Consuetudinesque et Usus Feudorum Elucidans*, Lugduni 1511, *collatio I de haeredibus et falcidia* (Nov. 1), f. 2 vb.

ulteriori e a tratti originali da parte dei canonisti.

Anche per costoro – né poteva essere diversamente – la legge civile era una *species* del *genus lex* plasmato dalla legge divina e dalla naturale: rispetto al pensiero dei civilisti, quello dei canonisti risulta in proposito più preciso e conforme alla tradizione avviata dai decretisti. «Omnis lex aut est divina, natura constans, aut humana moribus constans» dichiarava Domenico da San Geminiano<sup>242</sup>. E proseguiva «Vel aliter melius. Divina lex nititur rationi naturali, positiva moribus subiectorum... Item differunt ad invicem lex divina et humana, quia divina lex est fas... lex vero humana ius est... Lex naturalis quae dicitur ratio, et quae dicitur instinctus, et ordo naturae, vel hominum ministerio, ut lex Mosayca, et lex evangelica. Humanae ab hominibus traditae, vel saeculares, vel divinae id est a Deo per ministros suos latae, vel de divinis rebus latae. Humanae ab hominibus et de rebus humanis factae, vel natura constant, id est a Deo virtutem, et essentiam habent, vel naturali aequitate nituntur, quia naturalem tuentur et imitantur aequitatem vel naturali ductu rationis etiam sine exteriori eruditione impellit»<sup>243</sup>. E Giovanni da Imola, dopo aver detto che «lex positiva est distincta a lege naturali»<sup>244</sup>, precisava «ante legem Mosaycam habuimus tres leges, naturalem communem, naturalem rationalem, et legem iuris gentium. Sed multiplicatis hominum delictis, necesse fuit populo legem dare, per quam regerentur, et data fuit lex Mosayca... Feroneus vero Rex leges civiles constituit et post eum alii... novae autem leges a Constantino et successoribus factae sunt de quibus facti fuerunt duo Codices, Gregorianus et Hermogenianus, deinde Theodosius fecit suum. Et de his tribus Iustinianus Codex factus est»<sup>245</sup>. Una ricostruzione dell'origine della legge positiva, innanzi tutto di quella divina costituita dalla legge mosaica<sup>246</sup>, e poi di quella civile, che finiva per attribuire a quest'ultima soprattutto il compito di reprimere i crimini<sup>247</sup>, in conformità, peraltro, con

<sup>242</sup> Dominici a Sancto Geminiano *Super Decretorum Volumina Commentaria*, Venetiis 1578, c. 1. D. I, f. 4 rb, pr.

<sup>243</sup> *Ibid.*, D. I, f. 4 rb, pr-n. 1. Non è possibile in questa sede prendere in esame il complesso tema della lettura canonistica del diritto naturale, tema che è oggetto di numerosissimi studi. Mi limito a ricordare, al riguardo, Brian Tierney, *L'idea dei diritti naturali. Diritti naturali, legge naturale e diritto canonico. 1150-1625*, Bologna 2002.

<sup>244</sup> Ioannis ab Imola *In Primum Decretalium Commentaria*, Venetiis 1575, *proemium*, f. 6 vb, n. 13.

<sup>245</sup> *Ibid.*, c. *firmiter*, X, *de summa trinitate* (c. 1. X. I. 1), f. 12 rb, n. 32.

<sup>246</sup> La legge mosaica era stata successivamente completata dalla legge evangelica, con la quale aveva avuto inizio il tempo della grazia: ad esempio Antonio da Butrio dichiarava «advenit tempus gratiae quod lex Evangelica data est» (*Pars Prima super Prima Decretalium*, Lugduni 1556, c. *haec sancta trinitas*, X, *de summa trinitate* [c. 3. X. I. 1]) e «demum lex vetus data est per Moysen et prophetas. Demum translato sacerdotio lex nova succedit» (*ibid.*, rubrica *de constitutionibus* [X. I. 2], f. 8 vb).

<sup>247</sup> Lo sottolineava, con particolare enfasi, anche Antonio da Butrio (*ibid.*, c. *nam concupiscentes*, X, *de constitutionibus* [c. 4. X. I. 2]) per il quale «legis finis... est reprimere omnia peccata et omnia mala in

quanto disponeva il *Liber Extra* per il quale «bona ergo lex, quae dum prohibet, omnia mala prohibet»<sup>248</sup>. E all'interno del *genus lex*, la legge umana civile era subordinata sia alla legge divina – «nulla lex... legi divinae potest praeiudicare» diceva, ad esempio, l'Ostiense<sup>249</sup> –, sia alla legge naturale – per Giovanni da Imola «deges positivae... derivantur a lege naturali»<sup>250</sup> e per Andrea Barbazza «constitutio autem contra ius naturale non valet»<sup>251</sup> –, sia, infine, ai canoni ecclesiastici<sup>252</sup>, come affermava, ad esempio, l'Ostiense a detta del quale «canones vincunt leges»<sup>253</sup>, «non subest legi humanae lex canonica»<sup>254</sup> e «lex est ancilla iuris canonici»<sup>255</sup>. Tuttavia, mentre per la maggior parte dei canonisti «nulla lex... legi divinae potest praeiudicare» come affermava l'Ostiense<sup>256</sup>, non mancavano quelli che ammettevano la possibilità di una legge positiva contraria «ex iusta causa» al diritto divino e naturale. Lo diceva, ad esempio, lo stesso Andrea Barbazza, a detta del quale «licet consuetudo non valeat contra precepta legis divine aut naturalis, tamen ex iusta causa valet puta propter bonum publicum»<sup>257</sup>; e lo ripeteva Francesco Accolti secondo cui «lex quae sit expresse contra ius divinum, vel naturale praesumitur in dubio facta ex iusta causa»<sup>258</sup>.

«Lex id est constitutio» recita una glossa al *Liber Extra*<sup>259</sup>, precisando l'altro termine con il quale potevano essere indicati i provvedimenti delle autorità sia ecclesiastiche, sia civili. La legge umana, dunque, poteva essere sia canonica,

viatore mortali».

<sup>248</sup> C. 4. X. I. 2.

<sup>249</sup> Henrici de Segusio Cardinalis Hostiensis *In Primum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, c. *de Francia*, X, *de sponsalibus et matrimonii* (c. 1. X. IV. 1), f. 2 ra, n. 5.

<sup>250</sup> Ioannis ab Imola *In Primum Decretalium*, cit., *proemium*, f. 6 vb, n. 13.

<sup>251</sup> Andreeae Barbatiae Siculi *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, Venetiis 1508, c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* (c. 2. X. I. 2), f. 14 rb, n. 15.

<sup>252</sup> «Canon proprie est constitutio ecclesiastica edita a concilio» dichiarava Francesco Accolti, *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos Commentaria*, Venetiis 1581, c. *canonum*, X, *de constitutionibus* (c. 1. X. I. 2), f. 3 va, n. 3.

<sup>253</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 32 va, n. 2.

<sup>254</sup> Id., *In Quintum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, c. *sicut in iudiciis*, X, *de privilegiis* (c. 2. X. V. 33), f. 79 va, n. 10.

<sup>255</sup> *Ibid.*, c. *super specula*, X, *de privilegiis* (c. 27. X. V. 33), f. 88 va, n. 1.

<sup>256</sup> Id., *In Quartum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, c. *de Francia*, X, *de sponsalibus et matrimonii* (c. 1. X. IV. 1), f. 2 ra, n. 5.

<sup>257</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit. rubr. *de consuetudine* (X. I. 4), f. 267 ra, n. 68.

<sup>258</sup> Francisci Accolti *In Primum, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *sicut consuetudo*, X, *de probationibus* (c. 2. X. II. 19), f. 53 ra, n. 6.

<sup>259</sup> gl. *lex ad c. non concupiscentiam*, X, *de constitutionibus* (c. 4. X. I. 2).

sia civile. Per l'Ostiense, però, la legge canonica non era umana, bensì divina: «Ius canonicum est divinum et quid iuris promulgat Papa Deus, cuius vicarius est, intelligitur promulgare»<sup>260</sup> ed in particolare «certum est quod lex canonica non est humana... est ergo divina et sub theologia comprehenditur»<sup>261</sup>. Tesi, peraltro, non condivisa da Giovanni d'Andrea, il quale, dopo aver ricordato che «dicit Hostiensis certum esse quod lex canonica non est humana, sed divina», concludeva che «negare non potest legem canonicam humanam et positivam esse»<sup>262</sup>. Ad ogni modo anche la legge civile, in quanto inserita all'interno del *genus lex*, poteva essere qualificata come «sacra» e «sacratissima». «Etiam videtur posse dici de iure civili, nam leges sunt per ora principum divinitus promulgatae» dichiarava ancora l'Ostiense<sup>263</sup>, aggiungendo «leges sacratissimae ab omnibus sciri debent»<sup>264</sup>. E su questo punto concordavano anche Giovanni d'Andrea e Andrea Barbazza, i quali dichiaravano «etiam leges sunt divinitus per ora principum promulgatae»<sup>265</sup>. L'idea era correntemente condivisa, come testimonia, ad esempio Bonifacio Vitalini, per il quale «constitutio est sanctio sancta facta... quia praecipit honesta et prohibet contraria»<sup>266</sup> e «constitutio... est lex et sic est sacratissima unde non potest esse scandali causa, quia sacratissima est in eo quod inviolabiliter est, quamdui durat observanda»<sup>267</sup>. Altrettanto condivisa appare l'altra definizione della legge come «donum Dei» che troviamo, ad esempio, in Andrea Barbazza<sup>268</sup>, mentre Bonifacio Vitalini affermava che delle costituzioni «Deus est auctor mediatus, immediatus autem est Princeps»<sup>269</sup> e Baldo aggiungeva che «constitutio ex ore Dei promulgata»<sup>270</sup>. E poiché la legge civile era «donum

<sup>260</sup> Henrici de Segusio *In Secundum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, c. *nimis*, X, *de iureiurando* (c. 30. X. II. 24), f. 136 vb, n. 1.

<sup>261</sup> *Ibid.*, c. *inhaberentes*, X, *de iuramento calumniae* (c. 1. X. II. 7), f. 28 vb, n. 7.

<sup>262</sup> Ioannis Andreae *In Secundum Decretalium Librum Novella Commentaria*, Venetiis 1612, c. *inhaberentes*, X, *de iuramento calumniae* (c. 1. X. II. 7), f. 46 rb, n. 9.

<sup>263</sup> Henrici de Segusio *In Secundum Decretalium Librum*, cit., c. *nimis*, X, *de iureiurando* (c. 30. X. II. 24), f. 136 vb, n. 2.

<sup>264</sup> Id., *In Quintum Decretalium Librum*, c. *super specula*, X, *de privilegiis* (c. 27. X. V. 33), f. 88 vb, n. 3.

<sup>265</sup> Ioannis Andreae *In Secundum Decretalium Librum Novella*, cit., c. *inhaberentes*, X, *de iuramento calumniae* (c. 1. X. II. 7), f. 46 rb, n. 9; Andreae Barbatiae *In Primam Partem*, cit., c. *clericis*, X, *de iudiciis* (c. 8. X. II. 1), f. 49 rb, n. 45.

<sup>266</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii in Clementinas Constitutiones*, Venetiis 1574, *proemium*, par. *quoniam*, f. 5 rb, n. 26. Alcuni studiosi attribuiscono l'opera non a Bonifacio Vitalini (m. 1390 c.), ma a Bonifacio Ammannati (m. 1399).

<sup>267</sup> *Ibid.*, c. *quoniam*, Cl. *de immunitate ecclesiarum* (c. 1. Cl. III, 17), f. 177 vb, nn. 2-3.

<sup>268</sup> Andreae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *clericis*, X, *de iudiciis* (c. 8. X. II. 1), f. 49 rb, n. 45.

<sup>269</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., *proemium*, par. *quoniam*, f. 5 vb, n. 48.

<sup>270</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen Commentaria*, Venetiis 1595, rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2),

Dei» e «sacratisima», alla domanda «quaero an lex positiva obliget in foro conscientiae» Giovanni da Imola rispondeva «videtur quod sic»<sup>271</sup>.

Per essere degna di appartenere al *genus lex*, la legge civile doveva «esse iusta et honesta, et communis omnibus», come indicava una glossa al *Liber Extra*<sup>272</sup>, «bona et iusta» «clara et nil obscuritatis continere», come diceva Antonio da Butrio<sup>273</sup>, «clara et certa» «adiutrix virtutum, et vitiorm obstirpatrix», come affermava Bonifacio Vitalini<sup>274</sup>, «non obscura nec ambigua... quod nihil proprium est legum quam claritas» secondo Andrea Barbazza<sup>275</sup>, «bona et aequa» come aggiungeva Baldo<sup>276</sup>, sottolineando la simbiosi tra legge ed equità. La legge, inoltre, doveva essere illuminata dalla *ratio*: Giovanni da Imola diceva esplicitamente «lex et constitutio debet esse rationabilis»<sup>277</sup> e con lui concordavano gli altri commentatori, come Bonifacio Vitalini, per il quale «ubi non habet locum ratio legis, nec lex habere locum debet»<sup>278</sup> e «constitutio principis debet rationabilitate vallari»<sup>279</sup>. La legge civile, inoltre, ripeteva l'Ostiense, si caratterizzava per quattro virtù. «Quatuor ex verbis virtutes collige legis, permittit, punit, imperat, atque vetat»<sup>280</sup>; «virtutes enim constitutionum sunt quatuor. Omnis enim constitutio aut praecipit... aut prohibet... aut permittit... aut punit scelera et delicta» confermava Goffredo da Trani<sup>281</sup>: e lo ribadivano, tra gli altri, Bonifacio Vitalini – per il quale «legis virtus est aut permittendo, aut in prohibendo, aut in imperando, aut in puniendo»<sup>282</sup> – e Baldo, secondo cui «quatuor virtutes legis, scilicet imperare usque ibi, vel saltem permettere... alia virtus legis est punire... alia virtus legis

f. 9 rb, n. 1.

<sup>271</sup> Ioannis ab Imola *In Primum Decretalium*, cit., *proemium*, f. 6 vb, n. 16.

<sup>272</sup> gl. *constitutum ad c. cum omnes*, X, *de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2).

<sup>273</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *nam concupiscentiam*, X, *de constitutionibus* (c. 4. X. I. 2), f. 12 vb, n. 13 e c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 23 vb, n. 2.

<sup>274</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., *proemium*, par. *quoniam*, f. 5 va, nn. 33, 40.

<sup>275</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f 80 va, n. 8. «Lex ab omni obscuritate nos defendere debet, non in laqueum obscuritatis iniicere» confermava l'Ostiense (Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *quoniam constitutio*, X, *de constitutionibus* [c. 13. X. I. 2], f. 11 va, n. 2).

<sup>276</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 9 rb, n. 1.

<sup>277</sup> Ioannis ab Imola *Commentarij Insignes et Docti in Libros Clementinarum*, Lugduni 1551, c. *cum ratione*, Cl., *de electione* (c. 1. Cl. I. 3), f. 13 vb, n. 2.

<sup>278</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *cupientes*, Cl., *de poenis* (c. 3. Cl. V. 8), f. 221 va, n. 55.

<sup>279</sup> *Ibid.*, c. *cum ratione*, Cl., *de electione* (c. 1. Cl. I. 3), f. 16 vb, n. 18.

<sup>280</sup> Henrici a Segusio Cardinalis Hostiensis *Aurea Summa*, Venetiis 1605, l. I, col. 23 a, n. 11.

<sup>281</sup> *Summa Goffredi de Trano In Titulos Decretalium*, Venetiis 1586, rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 2 va, n. 13.

<sup>282</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., *proemium*, par. *quoniam*, f. 5 va, n. 50.

est reprobare»<sup>283</sup>. E doveva essere volta all'utilità comune, come dichiarava, ad esempio, Andrea Barbazza per il quale «de essentia legis sit quod fiat propter publicam utilitatem»<sup>284</sup>.

Su questi temi, dunque, i canonisti non si discostavano dalle linee tracciate dalla dottrina civilistica. Né lo facevano quando distinguevano all'interno della legge la *ratio* (o *mens*) dai *verba*: esplicitamente il Panormitano citava al riguardo Baldo: «dicit Baldus sicut homo constat non solum ex anima, sed et corpore ita lex ex mente seu ratione et verbis, et verba se habent ut corpus et superficies»<sup>285</sup>. Né quando vedevano nella *ratio* l'essenza della legge, come facevano, ad esempio, Pietro d'Ancarano – per il quale «ratio et mens idem sunt... nec aliud est lex quam ratio que movit legislatorem ad aliquid statuendum»<sup>286</sup> e «ratio legis non minus est consideranda quam ipsa lex»<sup>287</sup> – e Andrea Barbazza, secondo cui «ratio legis est anima legis»<sup>288</sup> e «lex non est aliud quam ratio legis»<sup>289</sup>. Né, ancora, quando all'interno della *species lex* positiva distinguevano tra legge generale e legge speciale<sup>290</sup>.

Una maggior originalità si può cogliere, invece, in merito alla questione della scrittura della legge. Si è visto prima che la maggior dottrina dei civilisti considerava la scrittura come elemento essenziale di questa, anche se non mancavano opinioni contrarie. Dal canto loro i canonisti sembrano preferire l'idea della non essenzialità della scrittura. Giovanni d'Andrea si chiedeva «an lex vel constitutio non scripta valeat» e indicava le argomentazioni a favore sia della risposta negativa, sia di quella affermativa. Sei erano, a suo parere, i motivi per escludere la validità della legge non scritta: «Prima... quia impossibile videtur... constitutiones non scriptas menti teneri... Secundo quia hi, qui debent constitutioni consentire, debent subscribere et impossibile est eos subscribere... si ex constitutione scriptura non fiat... Tertio... per nominis etymologiam a qua licet arguere... lex dicitur a legendō. Legi autem non potest

<sup>283</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., c. *quia propter*, X, *de electione et electi potestate* (c. 62. X. I. 6), f. 81 rb, n. 15.

<sup>284</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem*, cit., c. *cum omnes*, X, *de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2), f. 25 rb, n. 22.

<sup>285</sup> Nicolai Abbatis Panormitani *Consilia et Quaestiones*, Augustae Taurinorum 1577, cons. 1, f. 2 va, n. 7.

<sup>286</sup> Pietro d'Ancarano in *Repetitiones Decem Decretalium*, Parisiis 1514, f. 14 b.

<sup>287</sup> Id., *Super Sexto Decretalium Acutissima Commentaria*, Bononiae 1583, c. ubi periculum, VI, *de electione* (c. 4. VI. I. 6), f. 58 b, n. 3.

<sup>288</sup> Andreeae Barbatiae *Secundae Primae Partis super Primo Decretalium*, Venetiis 1508, c. *per litteras apostolicas*, X, *de officio delegati* (c. 40. X. I. 29), f. 127 ra, n. 117.

<sup>289</sup> Id., *In Primam Partem*, cit., c. *quia nonnulli*, X, *de rescriptis* (c. 43. X. I. 3), f. 258 vb, n. 82.

<sup>290</sup> Ad esempio Francesco Accolti, *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *veniens*, X, *de accusationibus* (c. 15. X. V. 1): «lex generalis sequens vel praecedens restringitur per legem specialem».

nisi scribatur... Quarto patet quod sententiae diffinitivae causarum ius faciunt inter partes de re iudicata, cum debent fieri in scriptis, alias non valent... Quinto constat quod... forma distinctiva legis a consuetudine est scripta... Sexto et ultimo... legem primo modo dictandam per eos quibus commissum fuerit, postquam dictata est, et si approbata fuerit, demum per principem promulgandam». Cinque erano, poi, gli argomenti a favore della validità della legge priva di scrittura: in primo luogo «decreta sedis apostolicae scripta et non scripta fore servanda... Secundo, multi casus sunt, in quibus scriptura requiritur de expedienti, non tamen de necessario, unde valet actus sine scriptura, hoc patet in licentia clerici... Tertio inducitur legis et canonis diffinitio, quae talis est, lex est quod populus Romanus... constituebat... canon vero est idem quod regula... et in his [diffinitionibus] nil exprimatur de scripto, ergo scriptum non est de suo esse... Quarto adducitur lex prima ff. de constitutionibus principum ubi patet quod principi placuit legis habere vigorem et ibi submittitur legem esse quod princeps per epistolam et subscriptionem statuit... vel de plano interlocutus est». Alla luce di queste considerazioni il giurista concludeva «non est necesse quod lex scribatur, sed scribi oportet... non quod scriptura sit de suo esse, sed est necessaria ad scientiam inducendam». Precisava, comunque, che se la scrittura non costituiva l'essenza della legge, poteva, comunque essere imposta come indispensabile per la sua validità, ove il principe «necessitatem scripturae imponeret constitutionibus»<sup>291</sup>. E ribadì la sua opinione in maniera sintetica quando, trattando della differenza tra legge e consuetudine, affermò che «scriptum et non scriptum non sunt de ipsorum esse»<sup>292</sup>. Baldo concordava con lui, richiamando nella lettura del *Liber Extra* l'idea esposta commentando il *Vetus*; dichiarava, infatti: «Quaero quare in constitutionibus et statutis requiritur scriptura. Respondeo ad perpetuam rei memoriam... Ioannes Andree dicit quod non requiritur ad primordiale esse, sed ad observantiam esse, nisi enim interveniret scriptura non possunt publicari nec innotescere populo»<sup>293</sup>. Anche per Baldo, dunque, la scrittura era utile alla conoscenza della legge, ma di questa non costituiva l'essenza. E Andrea Barbazza, affermando «constitutio civilis aut canonica licet non scripta ligat scientes»<sup>294</sup>, confermava la diffusione tra i canonisti dell'idea della legittimità di

<sup>291</sup> Ioannis Andree *In Titulum De regulis Iuris Novella Commentaria*, Venetiis 1581, regula VI, ff. 46 r-v, nn. 6-19.

<sup>292</sup> Id., *In Primum Decretalium Novella Commentaria*, Venetiis 1612, c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 63 ra, n. 14.

<sup>293</sup> Baldi Perusini *Ad Tres Piores Libros Decretalium Commentaria*, Augustae Taurinorum 1578, rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 7 rb, n. 7.

<sup>294</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 4 va, n. 62.

costituzioni, civili e canoniche, prive di scrittura.

Particolare attenzione, poi, i canonisti volsero al rapporto tra legge civile e canone, tema sul quale, come abbiamo visto, i civilisti per lo più ammettevano la prevalenza dei canoni sulle leggi, – ma una tesi, che sembra minoritaria, assegnava la prevalenza al provvedimento che presentasse una più elevata *ratio* –, ritenevano che in caso di contrasto tra legge e canone la prima vincesse nelle corti civili e il secondo nelle ecclesiastiche e discutevano se in queste ultime fosse possibile allegare la legge civile. Il punto di partenza della riflessione dei canonisti era costituito dal canone *quae in ecclesiarum* (c. 7. X. I. 2) e dal canone *ecclesia sanctae Mariae* (c. 10. X. I. 2). Il primo disponeva che «constitutio laicorum ecclesiam seu eius bona non adstringit» e il secondo ribadiva «quod laicis... super ecclesiis et personis ecclesiasticis nulla sit attributa potestas». Sulla loro base Giovanni d'Andrea affermava «constitutio laicorum super rebus ecclesiasticis facta non tenet»<sup>295</sup>, opinione che era ribadita, tra gli altri, da Antonio da Butrio - secondo cui «constitutio laici ad praeiudicium iuris ecclesiastici super re ecclesiae non valet»<sup>296</sup> –, da Andrea Barbazza – per il quale «constitutio laycorum super rebus ecclesiasticis non valet»<sup>297</sup> – e da Baldo, a detta del quale «constitutio laicorum, etiam totius populi facta, super rebus ecclesiasticis non tenet»<sup>298</sup>. Veniva così ribadita la netta separazione tra la sfera ecclesiastica e quella civile, per cui nella prima prevalevano i canoni, nella seconda le leggi. Una separazione che Baldo ribadiva affermando «nota quod ubi discrepant leges et canones, debent observari leges in foro Iustiniani, et canones in foro beati Petri». Ma subito dopo infrangeva questa rigida linea di demarcazione aggiungendo «nisi causa spiritualis quia tunc soli canones sunt servandix»<sup>299</sup> e quindi ammettendo che in una corte laica prevalesse la disciplina canonistica nel caso si discutesse una causa spirituale. E ancora di più lo faceva dichiarando «constitutiones canonicae ab omnibus sunt servandae tam in civilibus causis quam in criminalibus»<sup>300</sup>. A favore di un maggior credito ai canoni si esprimeva anche Pietro d'Ancarano per il quale «lex canonica est in equitate fundata et libera absque laqueis iuris civilis circa stipulationum vincula circa iudicia circa

<sup>295</sup> Ioannis Andreeae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 14 va, n. 1.

<sup>296</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *quae in ecclesiarum*, X, *de constitutionibus* (c. 7. X. I. 2), f. 14 vb, n. 1.

<sup>297</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *quae in ecclesiarum*, X, *de constitutionibus* (c. 7. X. I. 2), f. 30 ra, n. 7.

<sup>298</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., c. *quae in ecclesiarum*, X, *de constitutionibus* (c. 7. X. I. 2), f. 16 ra, n. 1.

<sup>299</sup> *Ibid.*, c. *si duobus*, X, *de appellationibus* (c. 7. X. II. 28), f. 290 rb, n. 3.

<sup>300</sup> *Ibid.*, c. *canonum*, X, *de constitutionibus* (c. 1. X. I. 2), f. 10 rb, n. 1.

numerum testium et quam plura alia»<sup>301</sup>, prospettando la prevaleza dei canoni sulle leggi sia in materia contrattuale, sia nelle vertenze, sia in momenti del procedimento giudiziario. Peraltro la rottura della separazione tra civile ed ecclesiastico non era soltanto a favore del secondo. Francesco Accolti, ad esempio, sosteneva il ricorso alla legge civile anche nel foro ecclesiastico, dicendo «nota quod... potest allegari lex civilis in foro canonico, non solum ubi deficit lex canonica... sed etiam ubi idem disponit ius canonicum et civile, ex quo datur intelligi quod ius civile non est superfluum etiam in terris ecclesiae»<sup>302</sup>. Dal canto suo Baldo alla domanda «quaero an constitutiones laicorum sint servandae in foro spirituali» arrivava a rispondere «quod sic, si continent naturalem rationem»<sup>303</sup> e lo stesso Andrea Barbazza ammetteva «dicet lex civilis ut lex non possit ligare clericum nihilominus in quantum est honesta et fundata super honesta ligat ipsos clericos»<sup>304</sup>. Per alcuni canonisti, dunque, il criterio su cui fondare la scelta tra legge e canone non doveva essere formale, ma sostanziale ed era costituito dalla maggior capacità dell'una o dell'altro di esprimere il principio superiore dell'*aequitas*<sup>305</sup>.

In particolare, poi, i canonisti volsero la loro attenzione al tema dell'entrata in vigore della legge del principe. Secondo l'Ostiense «constitutio Principis post duos menses ex quo publicata est omnes adstringit»<sup>306</sup>: e lo confermavano, tra gli altri, Giovanni d'Andrea in una glossa al *Sextus*<sup>307</sup> e Francesco Zabarella il quale alla domanda «quaero quando inceperunt hae constitutiones ligare?» rispondeva che «tres [menses] requiri ad esse legis»<sup>308</sup>. E, pur qualificando la legge civile – come abbiamo visto – «sancta», «sanctissima» e «donum Dei», rilevavano che essa si adattava ai tempi e, di conseguenza, in alcune condizioni poteva perdere la sua santità. Lo dichiarava, ad esempio,

<sup>301</sup> Petri Ancharani *Consilia sive Iuris Responsa*, Venetiis 1568, cons. 231, f. 124 r, n. 4.

<sup>302</sup> Francesci Accolti *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *cum a nobis*, X, *de testibus* (c. 28. X. II. 20), f. 111 va, n. 1.

<sup>303</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 9 va, n. 27.

<sup>304</sup> Andreae Barbatiae *Secunda Primae Partis super Primo Decretalium*, cit., rubrica *de officio delegati* (X. I. 29), f. 4 ra, n. 27.

<sup>305</sup> Un'ulteriore conferma del primato dell'*aequitas* può essere colta nelle parole di Andrea Barbazza, *Super Secunda Secundae Partis Secundi Decretalium*, Venetiis 1509, c. *litteras*, X, *de iuramento columniae* (c. 2. X. II. 7), f. 86 va, n. 13: «aequitas canonum praevalet rigori legum in causis spiritualibus» che fondano la preminenza dei canoni sulle leggi nelle cause spirituali non sulla derivazione dei primi dalla potestà ecclesiastica, ma sull'equità che esprimevano.

<sup>306</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., *proemium*, par. *Gregorius Episcopus*, f. 3 ra, n. 12.

<sup>307</sup> gl. *post tempus ad c. quia cunctos*, VI, *de concessione praebenda* (c. 1. VI. III. 7): «quod est duorum mensium a tempore publicationis».

<sup>308</sup> Francisci Zabarellae *In Clementinarum Volumen Commentaria*, Venetiis 1602, *proemium*, par. *universitati*, f. 3 rb, n. 1.

Andrea Barbazza: «dex enim adaptatur temporis, nam una et eadem lex uno tempore est aequa et sancta, sed alio tempore est iniqua et diabolica»<sup>309</sup> e Bonifacio Vitalini aggiungeva «constitutio principis positiva potest esse scandali productiva»<sup>310</sup>. Affrontarono, infine, il problema dell'obbligatorietà della legge. Che la legge, ancorchè dura, dovesse essere comunque ottemperata lo sosteneva Bonifacio Vitalini, a detta del quale «servanda est [principis] etiam si esset dura», «dex sic scripta est, servanda est quamquam sit dura»<sup>311</sup>. In merito, poi, al tema dell'*ignorantia legis* Antonio da Butrio ammetteva che essa giustificasse l'inosservanza del dispositivo, affermando «nota quem non ligari ex vinculo legis, quia probabiliter ignorat»<sup>312</sup>. Più articolato era, al riguardo, il discorso di Baldo: «quaero utrum constitutio liget ignorantes, respondeo, ignorantia poenae non excusat, sed ignorantia delicti aut concernit ius naturale, vel quasi, et non excusat... aut concernit aliud motivum statuentium, et tunc aut potuit et debuit scire, et non excusat... aut non potuit scire, et tunc excusat»<sup>313</sup>.

I canonisti, infine, ritenevano che la normativa della legge poteva essere estesa anche a casi simili e collegati a quelli da lei espressamente disciplinati. Lo dichiarava, ad esempio, la gl. *translato* al *Liber Extra* (ad c. *translato*, X, *de constitutionibus* [c. 3.X. I. 2]) secondo cui: «fuit quaesitum a Gregorio auctore huius compilationis, an constitutio seu lex deberet intelligi in propriis terminis tantum, an debeat extendi ad alias casus et papa respondet quod debet extendi ad connexa, et similia, ad quod probandum inducit auctoritate Apostoli, qui ex translatione sacerdotii intulit per consequentiam translationem legis». E Baldo aggiungeva «quanto melior est ratio, tanto maior extensio, quia extensio non fit nisi per rationem, quae est immediata causa extensionis»<sup>314</sup>, fondando, quindi, la legittimità dell'estensione sull'identità della *ratio* tra i casi espressi e quelli simili.

### 8. b) *La potestas legem condendi e la correzione della legge*

Posizioni sostanzialmente identiche a quelle dei civilisti i canonisti mostrano in merito alla questione della *potestas legem condendi*. Al pari dei

<sup>309</sup> Andreae Barbatiae *Super Secunda Secundae Partis Secundi Decretalium*, cit., c. *litteras*, X, *de iuramento columniae* (c. 2. X. II. 7), f. 86 va, n. 3.

<sup>310</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *quoniam*, Cl. *de immunitate ecclesiarum* (c. 1. Cl. III, 17), f. 177 vb, n. 1.

<sup>311</sup> *Ibid.*, c. *ut hi qui*, Cl., *de aetate et qualitate* (c. 2. Cl. I. &), f 34 ra, n. 22 e c. *dudum*, Cl., *de indiciis* (c. 1. Cl. II. 1), f. 48 vb, n. 51.

<sup>312</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* (c. 2. X. I. 2), f. 11 ra, n. 8.

<sup>313</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 9vb, n. 36.

<sup>314</sup> *Ibid.*, c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 60 ra, n. 10.

civilisti, dicevano «princeps est lex animata in terris»<sup>315</sup>, «quod Principi placuit legis habet vigorem»<sup>316</sup>, «voluntas Principis est lex et sic est sacratissima»<sup>317</sup>, mentre sulla libertà del principe dall'obbligo di osservare le leggi non sembra esserci un'idea condivisa: se, infatti, l'Ostiense dichiarava che «constitutio... non ligat promulgantem»<sup>318</sup>, una glossa al *Liber Extra* affermava: «non debent aliis legem imponere quam ipsi negligunt observare»<sup>319</sup>. Il principe aveva ricevuto la potestà legislativa dal popolo romano, il quale, in seguito alla *lex regia*, se ne era privato completamente. «Populus transtulit potestatem condendi legem, non potest de cetero facere, sed solus princeps» dichiarava l'Ostiense<sup>320</sup>; e la perdita della potestà legislativa da parte del popolo era ribadita da molti giuristi, come Giovanni d'Andrea – a detta del quale «populus non potest condere legem»<sup>321</sup> –, Antonio da Butrio – per il quale «solus ergo Imperator habet potestatem legis universalis condendae, populus autem non»<sup>322</sup> – e Giovanni da Imola che alla domanda «an hodie populus Romanus possit facere legem generalem» rispondeva «videtur quod non ex quo transtulit potestatem suam in imperatorem»<sup>323</sup>. Né il popolo poteva rivendicare quella potestà in caso di vacanza della dignità imperiale: «dubium possit esse an populus Romanus... vacante Imperio posset [condere leges]» si chiedeva Antonio da Butrio e rispondeva «tene quod non, quia in Imperio non succedit populus sed Papa vacante sede»<sup>324</sup>. I canonisti, dunque, condividevano l'idea, di cui si è detto nei precedenti paragrafi, secondo cui con l'avvento di Cristo l'impero universale di Roma si era trasformato nella Chiesa universale cristiana e, di conseguenza, il pontefice ne era al vertice. Ed era in questo quadro che Giovanni da Imola poteva affermare «item nota

<sup>315</sup> Così, ad esempio, Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *auditor*, Cl., *de rescriptis* (c. 3. Cl. I. 2), f. 14 ra, n. 14.

<sup>316</sup> *Ibid.*, c. *dudum*, Cl., *de sepulturis* (c. 2. Cl. III, 7), f. 128 rb, n. 3.

<sup>317</sup> *Ibid.*, c. *quoniam*, Cl., *de immunitate ecclesiarum* (c. 1. Cl. III. 17), f. 177 vb, n. 3.

<sup>318</sup> Henrici de Segusio *In Quintum Decretalium Librum*, cit., c. *praeterea*, X, *ne prelati rices suas sub anno censu concedant* (c. 1. X. V. 4), f. 27 va, n. 4.

<sup>319</sup> gl. *patere legem, ad c. cum omnes, X, de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2). Sul rapporto tra il principe e la legge si veda Kenneth Pennington, *The prince and the law, 1200-1600. Sovereignty and rights in the western legal tradition*, Berkeley-Los Angeles-Oxford 1993, in particolare pp. 85-90.

<sup>320</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *translato*, X, *de constitutionibus* (c. 3. X. I. 2), f. 8 ra, n. 3.

<sup>321</sup> Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *translato*, X, *de constitutionibus* (c. 3. X. I. 2), f. 12 vb, n. 11

<sup>322</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *translato*, X, *de constitutionibus* (c. 3. X. I. 2), f. 12 va, n. 18.

<sup>323</sup> Ioannis ab Imola *In Primum Decretalium*, cit., c. *translato*, X, *de constitutionibus* (c. 3. X. I. 2), f. 21 va, n. 11.

<sup>324</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *translato*, X, *de constitutionibus* (c. 3. X. I. 2), f. 12 va, n. 19.

quod ad papam spectat cassare leges, constitutiones, consuetudines, statuta quae nutriunt peccatum»<sup>325</sup>, riconoscendo al pontefice la potestà di *adprobatio* non soltanto delle consuetudini, ma anche delle leggi civili, in base alla loro conformità ai principi religiosi. Una potestà che era riconosciuta anche da Goffredo da Trani, secondo il quale «si super iure aliqua dubitatio oriatur, Papa consulendum est»<sup>326</sup>.

In quanto *species del genus lex* e, quindi conforme alla legge divina e alla naturale, in quanto *donum Dei*, la legge del principe era intesa come eterna da molti canonisti, così come facevano i civilisti. «Semper lex loquitur» dichiarava Francesco Accolti<sup>327</sup> e il Panormitano aggiungeva «constitutio de sui natura est perpetua, licet in ea non exprimatur ut in perpetuum sit valitura»<sup>328</sup>, mentre Domenico da San Geminiano riconosceva anche alle costituzioni pontificie la natura perpetua affermando «non est dubium quod constitutiones pape sunt perpetue et durant post eius mortem quando simpliciter et sine tempore limitatione illas promulgat»<sup>329</sup>. Ma non tutti erano d'accordo. Bonifacio Vitalini, ad esempio, diceva «nota quod ut constitutio Principis sit perpetua, videtur quod hoc sit exprimendum... contrarium tamen est verum»<sup>330</sup>. E Pietro d'Ancarano con lui concordava, aggiungendo che la legge rimaneva in vigore finché non fosse stata eliminata dal non uso (problema, questo, su cui torneremo più tardi); diceva infatti «nec videtur verum si constitutio a principio obliget quam hodie et omni tempore duret talis obligatio quasi lex semper loquitur... Dico enim quod si constitutio firmata non fuit moribus utentium fingitur nec a principio obligasse quod patet, quae dicitur abrogata per non usum»<sup>331</sup>. Dal canto suo Andrea Barbazza rilevava che «lex aptatur temporis, quia una et eadem lex uno tempore est equa et sancta, et alio tempore est effecta iniqua»<sup>332</sup>.

Dei civilisti i canonisti, comunque, condividevano l'idea per cui la correzione di una legge mediante un'altra legge doveva essere evitata per

<sup>325</sup> Ioannis ab Imola *In Secundum Decretalium Commentaria*, Venetiis 1575, c. *quoniam*, X, *de praescriptionibus* (c. 20. X. II. 26), f. 134 rb, n. 5.

<sup>326</sup> *Summa Goffredi de Trano*, cit., rubrica *de rescriptis* (X. 1. 3), f. 4 rb, n. 17.

<sup>327</sup> Francesci Accolti *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *sicut consuetudo*, X, *de probationibus* (c. 2. X. II. 19), f. 53 ra, n. 40.

<sup>328</sup> Nicolai Abbatis Panormitani *Commentaria in Clementinas Epistolas*, in Id., *Commentaria ad Quartum et Quintum Libros Decretalium*, Augustae Taurinorum 1577, c. *saepe*, Cl., *de verborum significatione* (c. 2. Cl. V. 11), f. 239 ra, n. 9.

<sup>329</sup> Dominici a Sancto Geminiano *Consilia*, Venetiis 1541, cons. 93, f. 54 ra, n. 4.

<sup>330</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *saepe*, par. *nos autem*, Cl., *de verborum significatione* (c. 2. Cl. V. 11), f. 239 rb, n. 5.

<sup>331</sup> Pietro d'Ancarano in *Repetitiones*, cit., f. 18 rb.

<sup>332</sup> Andreae Barbatiae *Tertium Volumen Consiliorum*, Venetiis 1500, cons. 1, f. 7 va.

quanto possibile ed effettuata soltanto per evidente utilità. «Mutationes autem repentinae periculosa sunt» dichiarava l'Ostiense, ed aggiungeva «in rebus novis constituendis evidens debet esse utilitas»<sup>333</sup>; e il Panormitano aggiungeva «pro evitanda iurium correctione debet fieri stricta interpretatio»<sup>334</sup>. Comunque la promulgazione di una legge che disciplinava la stessa materia regolata da una legge già vigente era da tutti ammessa, con la precisazione che non si sarebbe trattato di mutazione nel caso che la nuova legge avesse l'identica *ratio* della vecchia<sup>335</sup>. Nasceva, allora, il problema del rapporto tra la legge vecchia e quella nuova.

Su un punto sembra esserci piena condivisione tra i canonisti: la legge nuova disciplinava i casi futuri e non i passati, a meno che non lo disponesse espressamente. «Quoties vero novum quid statuitur, ita solet formam imponere, ut multis dispendiis praeterita non commendet» disponeva il c. 2. X. I. 2 e il c. 13. X. I. 2 aggiungeva «cum leges et constitutiones futuris certum sit dare formam negotiis, non ad praeterita trahi, nisi nominatim in eis de praeteritis caveatur». E i canonisti confermavano unanimi<sup>336</sup>. Su questo punto,

<sup>333</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum consuetudinis*, X, *de consuetudine* (c. 9. X. I. 4), f. 31 va, nn. 1-2.

<sup>334</sup> Nicolai Abbatis Panormitani *Partis Primae in Primum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1569, c. *ecclesia vestra*, X, *de electione et electi potestate* (c. 48. X. I. 6), f. 216 ra, n. 6.

<sup>335</sup> Francisci Zabarellae *Consilia*, Venetiis 1581, cons. 135, f. 131 rb, n. 4: «per identitatem rationis non inducitur legum correctio, quia non mutatur».

<sup>336</sup> Ad esempio Biblioteca Apostolica Vaticana, *Pal. Lat. 656, Boccardica in iure canonico*, f. 17 va: «constitutiones ad praeterita non extenduntur»; gl. *futuris* ad c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* (c. 2. X. I. 2): «sic ergo constitutio respicit tantum futura, et non praeterita»; gl. *futura* ad c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2): «nota ergo constitutionem respicere futura tantum et non praeterita... nisi sit constitutio iuris naturalis, quae etiam respicit praeterita... vel nisi dicatur in ipsa constitutione quid ad praeterita trahatur»; Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum omnes*, X, *de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2), f. 9 ra, n. 17: «constitutio non respicit praeterita sed futura»; Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* (c. 2. X. I. 2), f. 12 rb, n. 1 «constitutio respicit futura, non praeterita»; *ibid.*, c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 20 ra, n. 1: «constitutio futura non praeterita respicit, nisi de praeteritis caveatur in ea»; Francisci Accolti *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* (c. 2. X. I. 2), f. 4 rb, n. 4: «natura legis est respicere actum futurum et non praeteritum»; *ibid.*, c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 9 ra: «constitutio vel canon in dubio respicit futura non praeterita, nisi alias expresse caveatur»; Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus*, f. 11 ra, n. 1: «constitutio futura tantum facta ligat, non praeterita»; n. 5: «natura constitutionis... est respicere facta futura non dare formam praeteritis»; *ibid.*, c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 23 vb, n. 1: «constitutio futura respicit non praeterita nisi de praeteritis in ea caveatur expresse»; Ioannis ab Imola *In Primum Decretalium*, cit., c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 42 va, n. 3: «constitutio nova in dubio respicit futura et non praeterita nisi expresse in illa de praeterito caveatur»; Andreae Barbatiae *In Primam Partem*, cit., c. *sedes apostolica*, X, *de rescriptis* (c. 15. X. I. 3), f. 134 va, n. 68: «natura legis est dare formam futuris negocijs, non praeteritis»; Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *dispendiosam*, Cl., *de iudiciis* (c. 2. Cl. II. 1), f. 50 va, n. 68: «constitutio de sua natura solum conspicit futura, non autem praeterita... nisi de hoc dicat»; Ioannis ab Imola

dunque, i canonisti mostrano un'unanimità che non si riscontra nei civilisti. Per quanto, poi, riguarda i casi e le vertenze in corso, anche i canonisti, al pari dei civilisti assegnavano la competenza alla vecchia legge, a meno che la nuova non lo prevedesse espressamente. «Nota constitutionem novam trahi ad pendentia si hoc exprimatur» dichiarava Giovanni da Imola<sup>337</sup>; e in un altro passo offriva un'analisi più approfondita: «nota bene singularem glossam ex qua habes an constitutio trahatur ad praeterita pendentia quia si actus quem respicit constitutio nova esset de futuro licet habens ortum ab actu de praeterito, tunc claudetur sub illa. Fallit si esset inseparabilis ab actu praeterito, adeo quia non esset inseparabilis ab actu de praeterito, adeo quia non posset respicere actum de futuro nisi tangeret etiam actum praeteritum similem, quia tunc illum actum de futuro etiam non respicit»<sup>338</sup>. E con lui concordavano, ad esempio, Bonifacio Vitalini – per il quale «non enim refertur constitutio principis ad praeterita, nec ad presentia pendentia per litem»<sup>339</sup>, «nota quod constitutio trahitur ad praeterita per pendentia si hoc exprimatur, alias non quia regulariter inducitur ut det formam futuris negotiis»<sup>340</sup> e «constitutio trahitur ad pendentia... si hoc in ea exprimatur»<sup>341</sup> –, Domenico da San Geminiano – secondo cui «constitutio nova non trahitur ad praeterita, vel pendentia, nisi expresse in ea caveatur»<sup>342</sup> – e Francesco Zabarella che affermava «constitutio non respicit pendentia, nisi exprimatur in ea»<sup>343</sup>.

Nasceva, allora, il problema del rapporto tra legge vecchia e legge nuova disciplinanti la medesima materia. Giovanni d'Andrea, glossando la rubrica *de*

*Commentarij Insignes et Docti in Libros Clementinarum*, cit., c. *dispendiosam*, Cl., *de iudiciis* (c. 2. Cl. II. 1), f. 51 rb, n. 1: «nota quod constitutio communiter respicit futura nisi aliud dicat»; Id., *Consilia*, Venetiis 1581, cons. 67, f. 38 va, n. 4: «secunda constitutio, quae ex post factum superveniens, et prohibet actum etiam cum sacramento... non debet trahi ad praeterita»; Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., c. *quoniam*, X, *de constitutionibus* (c. 13. X. I. 2), f. 25 vb, n. 1: «constitutio futura respicit, non praeterita, nisi de praeteritis caveatur in ea»; *ibid.*, c. *saepe*, X, *de appellationibus* (c. 44. X. II. 28), f. 296 va, n. 7: «nova constitutio dat formam futuris processibus». Giovanni da Imola, comunque, ammetteva che «constitutio nova trahatur ad praeterita per viam causae principalis» (*In Primum Decretalium*, cit., c. *cognoscentes*, X, *de constitutionibus* [c. 2. X. I- 2], f. 19 ra, n. 4).

<sup>337</sup> Ioannis ab Imola *Commentarij Insignes et Docti in Libros Clementinarum*, cit., c. *ex frequentibus*, Cl., *de sententia excommunicationis* (c. 1. Cl. V. 10), f. 146 ra, n. 5.

<sup>338</sup> *Ibid.*, c. *religiosis*, Cl., *de testamentis* (c. 1. Cl. III. 6), f. 93 vb, n. 6.

<sup>339</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., *proemium*, f. 6 ra, n. 66.

<sup>340</sup> *Ibid.*, c. *ad compescendas*, par. *non obstante*, Cl., *de sequestratione possessionum et fructuum* (c. 1. Cl. II. 6), f. 64 rb, n. 4.

<sup>341</sup> *Ibid.*, c. *dispendiosam*, Cl., *de iudiciis* (c. 2. Cl. II. 1), f. 49 va, n. 9.

<sup>342</sup> Dominici a Sancto Geminiano *In Sextum Decretalium Volumen Commentaria*, Venetiis 1578, c. *deliberatione provida*, par. *volentes*, VI, *de officio legati* (c. 4. VI. I. 15), f. 110 ra, n. 1.

<sup>343</sup> Francisci Zabarellae *In Clementinarum Volumen*, cit., c. *dispendiosam*, Cl., *de iudiciis* (c. 2. Cl. II. 1), f. 61 rb, n. 9.

*constitutionibus* del *Liber Sextus* (VI. I. 2), non aveva dubbi: «nova constitutio Principis tollit primam contrariam, quamvis id non exprimat». E spiegava: «Casus. Nota quod lex nova et posterior principis tollit praecedentem legem de directo contrariam, licet in nova constitutione non fiat mentio, quod princeps intendat revocare quascumque constitutiones contrarias, quia non est verisimile quod princeps voluerit legem istam novam esse frustratoriam, et esset frustratoria nisi revocaret primam contrariam». La legge vecchia, a detta di Giovanni d'Andrea, era abrogata da una nuova che disponesse in senso opposto. La maggior dottrina concordava, ma limitava l'abrogazione al solo caso in cui la disciplina della nuova legge si opponesse nettamente a quella della vecchia. Lo chiariva Pietro d'Ancarano: «sexto oppono quod videtur, quod lex, sive constitutio posterior non deroget priori... glossa solvit contrarium quod hic loquitur, cum constitutio secunda est directe contraria primae, quod dic secus si diversa a prima, etiam super eodem facto, tunc enim bene concurrunt lex antiqua et nova, ut in contrariis»<sup>344</sup>. Domenico da San Geminiano introduceva anche un'ulteriore condizione all'abrogazione della legge vecchia: per lui la nuova legge doveva espressamente dichiararlo. Diceva infatti «secunda lex non revocat primam, nisi de illa fecerit mentionem»<sup>345</sup>. E con lui concordava Bonifacio Vitalini, a detta del quale «ut tollatur constitutio... contraria oportet ut id in constitutione exprimatur»<sup>346</sup>.

In ogni caso la vecchia legge, ancorchè abrogata, non era estromessa dalla tradizione normativa, ma, al contrario, in qualche misura continuava a farne parte. Innanzi tutto di essa doveva essere conservata memoria: lo dicevano chiaramente la gl. *quicumque ad c. novit*, X, *de iudiciis* (c. 13. X. II. 1) – secondo la quale «licet [lex] sit etiam sublata, notitia tamen ipsius necessaria est» – e la gl. *vacuaverit ad c. sancta romana*, Extr., *de religiosis domibus* (c. 1. Extr. Johan. 7), per cui «legis tamen licet abrogatae notitia est necessaria». Lo ripeteva Giovanni d'Andrea, secondo il quale «[legum antiquarum] notitia est necessaria, ne quod tollitur vel reformatur sit incognitum»<sup>347</sup>. E se da quella tradizione non era stata del tutto estromessa, poteva essere allegata in giudizio? Se lo chiesero i canonisti dando risposte tra loro diverse. Francesco Accolti sosteneva che «lex correcta non potest amplius dici lex... allegans

<sup>344</sup> Petri de Ancharano *Super Sexto Decretalium*, cit., c. *licet Romanis*, VI, *de constitutionibus* (c. 1. VI. I. 2), f. 8 b, n. 7.

<sup>345</sup> Dominici a Sancto Geminiano *In Sextum Decretalium*, cit., c. *fidelii*, VI, *de summa trinitate* (c. 1. VI. I. 1), f. 6va, n. 22.

<sup>346</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *statutum*, Cl., *de electione et potestate electi* (c. 7. Cl. I. 3), f. 28 vb, n. 25.

<sup>347</sup> Ioannis Andreeae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *canonum*, X, *de constitutionibus* (c. 1. X. I. 2), f. 11 vb, n. 14.

legem correctam incidit in crimine falsi»<sup>348</sup>, concordando in tal modo con il pensiero di alcuni civilisti, come Giason del Maino, di cui si è detto nei precedenti paragrafi. Ma Domenico da San Geminiano ammetteva l'allegazione se fatta per iniziativa del principe: «lex abrogata allegatur per Principem, et tunc potest, nec incurrit poenam falsi, quia licet debeat vivere secundum leges, tamen non est subiectus legibus»<sup>349</sup>; e se il principe poteva avvalersi della vecchia legge, quest'ultima, con ogni evidenza, non era stata espunta dalla tradizione. D'altro canto la gl. *quicumque*, di cui si detto or ora, affermava anche che «ratio eius [=legis abrogatae] durat licet ius civile destruatur». L'interpretazione era condivisa dal Panormitano, il quale, richiamandosi espressamente alla gl. *quicumque*, dichiarava: «an abrogata lex possit allegari glossa in c. novit super verbum quicumque de iudiciis concludit quod sic, non ut faciat ius et ut causam decidat secundum illam sed ut habeat ipsius notitia, et potest allegari propter rationem suam, quia ratio non tollitur»<sup>350</sup>. Ma Andrea Barbazza era di diversa opinione: dopo essersi espresso contro la maggior dottrina favorevole all'allegazione in giudizio della legge abrogata, ammetteva tale possibilità soltanto a precise condizioni. Dichiarava, infatti: «ex quo sequitur quod abrogata lege videlicet abrogata eius ratione quia ratio legis est anima legis si tollitur lex ergo tollitur ratio, si non potest allegari lex ergo nec ratio cum in totum sit inutilis. Ergo non est vera communis opinio doctorum. Ad hoc potest dari haec doctrina videlicet quod aut lex correcta reperitur in volumine legum aut decretalium et tunc procedat communis opinio ut possit allegari quo ad rationem»<sup>351</sup>. In conclusione la permanenza della *ratio legis* era ritenuta, ancorché a precise condizioni, in grado di far sopravvivere il dispositivo della legge all'abrogazione della medesima.

I canonisti, peraltro, erano unanimi nell'accettare che la legge nuova potesse derogare alla vecchia<sup>352</sup>, avendo ben chiaro che «derogare est in

<sup>348</sup> Francesci Accolti *In Primi, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *canonum*, X, *de constitutionibus* (c. 1. X. I. 2), f. 3 vb, nn. 11-12.

<sup>349</sup> Dominici a Sancto Geminiano *Super Decretorum Volumen Commentaria*, cit., c. 1 D. XIX, f. 37 ra, n. 8.

<sup>350</sup> Abbatis Panormitani *Repertorium*, Venetiis 1571, sub voce *lex abrogata*.

<sup>351</sup> Andreeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *novit ille*, X, *de iudiciis* (c. 13. X. II. 1), f. 71 ra, n. 176.

<sup>352</sup> «Posterior constitutio derogat primae contrariae» dichiarava Giovanni d'Andrea (*In Primum Decretalium Librum*, cit., X, *de constitutionibus* [X. I. 2], f. 11 va, n. 11) e «Lex posterior declarat et restringit legem precedentem» concordava, ad esempio, Bonifacio Vitalini (*Commentarii*, cit., c. *constitutionem*, Cl., *de electione* [c. 4. Cl. I. 3], f. 22 vb, n. 10). Più articolata era, poi, l'analisi dell'Ostiense, a detta del quale «qualiter constitutionibus derogetur. Et quidem priori per posteriores... sed distingue, cum diversae constitutiones contradicunt, aut factae sunt a diversis aut ab eo. Si a diversis, constitutio facta a maiori, alij praeiudicat... si ab eodem aut contrarium potest salvari aut non. Si contrarium salvari potest, promptum est leges legibus concordare... secundum

partem detrahere»<sup>353</sup> e che «[derogare est] in partem detrahi, multiminus abrogari»<sup>354</sup>. Stando a c. 1. VI. I. 2, secondo cui «per constitutionem a se noviter editam, nisi expresse caveatur in ipsa, non intelligitur in aliquo derogare», anche la deroga doveva essere espressamente dichiarata dalla nuova legge. Ma Goffredo da Trani non era d'accordo: a suo giudizio «derogatur enim constitutioni priori per posteriorem... etsi nulla in posteriori mentio habeatur»<sup>355</sup>. Baldo intervenne sulla questione chiedendosi se la deroga operasse anche nel caso che la nuova legge non contenesse la clausola *non obstante*; e rispondeva «dixit aliquis quod una lex derogat alteri sine clausula non obstante... Respondeo illud verum quando loquitur in eodem casu vel utrumque loquitur generaliter. Sed si unum loquitur generaliter alterum specificie tunc genus non trahitur ad speciem nisi per clausulam non obstante»<sup>356</sup>. In ogni caso, per modificare o precisare la vecchia legge, la nuova a quella doveva essere riferita: «postiores leges et canones trahuntur ad priores modificative et restrictive» diceva Pietro d'Ancarano<sup>357</sup>.

In conclusione, dunque, se non espressamente revocata o implicitamente sostituita da altra legge che disciplinava in maniera opposta la medesima materia, la vecchia legge restava in vigore, ancorché derogata o limitata dalla nuova: di qui il problema del rapporto tra la due leggi, problema che i canonisti esaminarono in molti dei suoi aspetti. Si domandarono, ad esempio, se la disciplina della nuova legge riguardasse anche le conseguenze indirette della vecchia: ed in proposito «lex nova corrigens recepit extensionem ad consequentia antiquae legis» dicevano, tra gli altri, Antonio da Butrio<sup>358</sup> e il Panormitano<sup>359</sup>. Si discuteva anche sull'ampiezza dell'innovazione introdotta dalla nuova legge: la gl. *volumus ad c. a donus, Extr., de electione et electi potestate* (c. 1. Extr. Johan. 1) affermava «constitutio in uno articulo revocata in aliis firma remanetur», mentre Pietro d'Ancarano ammetteva l'estensione della modifica anche ad altri casi, dichiarando «lex si sit correcta in uno [casu] videatur

---

suppletionem determinatur enim multoties unum ius per aliud, sive prius, sive posterius... si nullo modo salvari potest, semper priori per posteriorem derogatur» (*Aurea Summa*, cit., col. 24, n. 12).

<sup>353</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *sicut Romana*, X, *de rescriptis* (c. 1. X. I. 3), f. 11 vb, n. 6.

<sup>354</sup> *Ibid.*, c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 32 va, n. 3.

<sup>355</sup> *Summa Goffredi de Trano*, cit., rubrica *de constitutionibus* (X. I. 2), f. 2vb, n. 14.

<sup>356</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., c. *sicut romana*, X, *de rescriptis* (c. 1. X. I. 3), f. 27 va, n. 21.

<sup>357</sup> Petri Ancharani *Consilia*, cit., cons. 268, f. 139 va, n. 2.

<sup>358</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *a multis*, X, *de aetate et qualitate* (c. 9. X. I. 14).

<sup>359</sup> Abbatis Panormitani *Pars Secunda in Primum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1569, c. *a multis*, X, *de etate et qualitate* (c. 9. X. I. 14), f. 60 ra, n. 1.

correcta in alio»<sup>360</sup>. Per Giovanni da Imola, poi, la nuova legge, se avesse consentito comportamenti proibiti dalla vecchia, doveva essere estesa anche ai casi passati: «nec obstat quod ubi constitutio nova superveniens est super materia ante prohibita porrigitur etiam ad pareterita» dichiarava<sup>361</sup>. Per quanto, poi, riguardava le leggi penali, i canonisti ritenevano che la legge nuova, introducendo nuove pene, non eliminasse per il medesimo reato quelle previste dalla legge precedente. Giovanni da Imola, ad esempio, affermava al riguardo «constitutio nova imponens novam poenam in dubio non tollit antiquas»<sup>362</sup> e Andrea Barbazza confermava «si lex antiqua ponat unam poenam pro uno delicto, et lex nova pro eodem delicto ponit aliam poenam... non videtur corrigere legem antiquam»<sup>363</sup>.

Poteva, dunque, accadere che la medesima materia fosse contemporaneamente disciplinata da due leggi tra loro diverse: in tal caso, secondo l'Ostiense, l'interprete doveva cercare innanzi tutto una conciliazione tra le due. Dichiarava, infatti «qualiter constitutionibus derogetur. Et quidem priori per posteriores... sed distingue, cum diversae constitutiones contradicunt, aut factae sunt a diversis aut ab eo. Si a diversis, constitutio facta a maiori, alij praeiudicat... si ab eodem aut contrarium potest salvari aut non. Si contrarium salvari potest, promptum est leges legibus concordare... secundum suppletionem determinatur enim multoties unum ius per aliud, sive prius, sive posterius». Soltanto «si nullo modo salvari potest» si doveva seguire il criterio temporale, per cui la legge nuova correggeva la precedente: «semper priori per posteriorem derogatur» affermava<sup>364</sup>. E la ricerca di una conciliazione tra le due era dall'Ostiense ribadita anche in un altro passo, dove diceva «promptum est enim leges legibus concordare»<sup>365</sup>. Ricerca di conciliazione che confermava la convinzione dei canonisti per cui la vecchia legge continuava a sopravvivere alla sua modifica da parte della nuova.

### 9. c) *La consuetudine e la legge.*

Largo spazio, poi, dedicarono i canonisti al tema della consuetudine. Al

<sup>360</sup> Pietro d'Ancarano in *Repetitiones*, cit., f. 16 va.

<sup>361</sup> Ioannis de Imola *Consilia*, Venetiis 1581, cons. 67, f. 38 va, n. 5.

<sup>362</sup> Id., *Commentarij*, cit., c. eos qui divino, Cl., *de consanguinitate et affinitate* (c. 1. Cl. IV. 1), f. 125 a-b, n. 2.

<sup>363</sup> Andreeae Barbatiae *Secunda Primae Partis super Primo Decretalium*, cit., c. *de causis*, X, *de officio delegati* (c. 4. X. I. 29), f. 15 ra, n. 70.

<sup>364</sup> Henrici a Segusio *Aurea Summa*, cit., col. 24, n. 12.

<sup>365</sup> Id., *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *consuetudines*, X, *de consuetudine* (c. 1. X. I. 4), f. 31 rb, n. 18.

pari dei civilisti essi per lo più la definirono come diritto non scritto: «*consuetudo est ius non scriptum, moribus diuturni populi inductum*» scriveva Innocenzo IV<sup>366</sup>; «*consuetudo est ius non scriptum moribus utentium approbatum*» e «*consuetudo est quoddam ius moribus, idest assiduis actibus hominum, institutum*» dichiarava Goffredo da Trani<sup>367</sup>; «*consuetudo est ius non scriptum, moribus utentium approbatum...* Et dicitur consuetudo quia ex communi usu venit» diceva l’Ostiense<sup>368</sup>. Definizioni, queste, pienamente fedeli alla lettura tradizionale della consuetudine nelle quali manca qualsiasi eco delle perplessità sulla non scrittura come carattere essenziale della consuetudine, perplessità di cui sappiamo essere interprete Giovanni d’Andrea. Si deve aggiungere in proposito che Baldo si poneva il medesimo problema, ma da un diverso punto di vista, chiedendosi se la norma consuetudinaria cambiasse natura una volta che fosse stata messa per iscritto: «*quaero nunquid consuetudo possit esse scripta?*» domandava e rispondeva «*respondeo potest esse scripta ad memoriam. Item possunt esse scripti actus, ex quibus surgit consuetudo, sed tacitus consensus populi non potest esse scriptus...* Porro scriptura non est nisi quae legi potest»<sup>369</sup>. Altri elementi caratterizzanti della consuetudine erano, poi, indicati dall’Ostiense che la definiva «*usus rationabilis competenti tempore confirmatus, nullo actu contrario interruptus, frequenti actu, seu contradictorio iudicio vel quid non extet memoria inductus, usque communi utentium approbatus*»<sup>370</sup>. Per lui, dunque, la consuetudine consisteva nell’uso continuo, comune ad una società, prolungatosi nel tempo, non interrotto da atti o giudizi contrari – e quindi diventato costume – e vivificato dalla *rationabilitas*. Lo confermava Baldo, a detta del quale «*quatuor sunt quae inducunt consuetudinem, scilicet mores, tempus, ratio, et consensus populi*»<sup>371</sup>.

La consuetudine, dunque, per i canonisti aveva innanzi tutto natura di vero e proprio diritto: «*consuetudo ius est*» dichiarava l’Ostiense<sup>372</sup>. Nasceva da un

<sup>366</sup> Innocentii IIII Pontifici Maximi *In Quinque Libros Decretalium Commentaria Doctissima cum Pauli Roselli Adnotationibus*, Venetiis 1578, rubrica de consuetudine (X. I. 4), f. 15 ra, n. 1.

<sup>367</sup> *Summa Goffredi de Trano*, cit., rubrica de constitutionibus (X. I. 2), f. 2 rb, n. 7; rubrica de consuetudine (X. I. 4), f. 7vb, n. 1..

<sup>368</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *consuetudines*, X, *de consuetudine* (c. 1. X. I. 4), f. 29 ra, n. 1.

<sup>369</sup> Baldi Perusini *Ad Tres Piores Libros Decretalium*, cit, c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 53 va, n. 23.

<sup>370</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *ex parte*, X, *de consuetudine* (c. 10, X. I. 4), f. 31 vb, n. 9.

<sup>371</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., rubrica de consuetudine (X. I. 4), f. 56 ra, n. 7 e c. *consuetudo*, X, *de consuetudine* (c. 1. X. I. 4), f. 49 va, n. 5.

<sup>372</sup> Henrici de Segusio *In Secundum Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis 1581, c. *cum ecclesia*

uso seguito da una società per un certo periodo di tempo: «cum ecclesia et requiritur praescriptio quadriginta annorum... et hoc quantum ad ecclesias, nam quo ad laicos sufficiunt decem vel viginta» scriveva l’Ostiense precisando che la Chiesa richiedeva un periodo di quaranta anni per ammettere la consolidazione dell’uso in consuetudine<sup>373</sup>, mentre per il mondo laico erano sufficienti dieci o venti anni<sup>374</sup>. Soltanto l’uso seguito costantemente per tutto il periodo stabilito poteva essere assunto come consuetudine: «nota quod iste textus exigit quod consuetudo legitime sit praescripta» affermava Pietro d’Ancarano commentando c. *non est*, VI, *de consuetudine* (c. 3. VI. I. 4)<sup>375</sup>. Inoltre la consuetudine doveva essere *rationabilis*. Bonifacio VIII condannava la consuetudine di ricorrere in appello ad un vescovo da una decisione adottata da un ufficiale di questo, in quanto «non putamus illam consuetudinem... consonam rationi» (c. 2. VI. I. 4); la gl. *consuetudo a c. cum in tua ecclesia*, VI, *de consuetudine* (c. 4. VI. I. 4) disponeva «nota igitur quod ubi consuetudo rationabilis est, et non contra ius, sufficit quod sit longeva, licet quadriginta annis praescripta non sit», ammettendo la validità di una consuetudine razionale ancorchè non sostenuta da un uso quarantennale: «non enim valet consuetudo nisi rationabilis» dichiarava l’Ostiense<sup>376</sup>. Baldo, inoltre, aggiungeva il requisito dell’*aequitas*, affermando «nota quod non valet consuetudo iniqua, iuri vel veritati contraria, et est ratio... quia praesumitur inducta per errorem consuetudinarium»<sup>377</sup>. E, ancora, la consuetudine non poteva essere contraria al diritto naturale e divino, perché avrebbe indotto al peccato. «Nemo sanae mentis intelligit, naturali iuri... quacunque consuetudine... posse aliquatenus derogari» disponeva Gregorio IX nel c. 11. X. I. 4 e la gl. *cum tanto* allo stesso capitolo spiegava «contra ius naturale nulla consuetudo excusat, quia transgressio iuris naturalis inducit periculum salutis»;

<sup>373</sup> *sutrina*, X, *de plus petitionibus* (c. 3. X. II. 119, f. 40 va, n. 3.

<sup>374</sup> Il termine di quaranta anni era confermato, tra gli altri, da Domenico da San Geminiano, per il quale «consuetudo quae est contra ius positivum expressum requirit spatium 40. annorum» (Dominici a Sancto Geminiano *In Sextum Decretalium Volumen*, cit., *ut litigantes*, VI, *de officio ordinarii* [c. 5. VI. I. 16], f 115 ra, n. 6).

<sup>375</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *dilectus*, X, *de consuetudine* (c. 8. X. I. 4), f. 31 rb, n. 16.

<sup>376</sup> Petri de Ancharano *Super Sexto Decretalium*, cit., f. 52 b, n. 1.

<sup>377</sup> Henrici de Segusio, *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *consuetudines*, X, *de consuetudine* (c. 1. X. I. 4), f. 29 ra, n. 6; Id. *In Secundum Decretalium Librum*, cit., c. *postulati*, X, *de foro competenti* (c. 14. X. II. 2), f. 14 vb, n. 2. «Pravaeque consuetudines non ex longa observatione, nec ex longo tempore confirmantur» aggiungeva (*In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *bonae memoriae*, X *de electione et electi potestate* [c. 23. X. I. 6], f. 51 ra, n. 14).

<sup>378</sup> Baldi Perusini *Ad Tres Piores Libros Decretalium*, cit., c. *sicut consuetudo*, X, *de probationibus* (c. 2. X. II. 19), f. 179 va, n. 2.

Giovanni d'Andrea affermava che «contra... ius naturale... non valet... contraria consuetudo»<sup>378</sup> e «consuetudo non derogat iuri divino, cuius transgressio peccatum inducit»<sup>379</sup>; il pontefice Giovanni XXII, poi, aggiungeva «nos, huiusmodi consuetudinem non tam irrationabilem, quam nonnunquam animarum saluti contrariam detrahentemque apostolicae potestati auctoritate apostolica penitus reprobantes» (c. 1. Extr. Johan. I. 1). Il pontefice, dunque, rivendicava la titolarità della tradizionale *adprobatio consuetudinis*: «Consuetudines, quae ecclesiis gravamen inducere dignoscuntur, nostra nos decet consideratione remittere» aveva stabilito Gregorio I e la norma era stata inserita nel *Liber Extra* (c. 1. X. I. 4). Ma il Panormitano non sembra altrettanto deciso ad escludere una consuetudine contraria al diritto divino o al diritto naturale. Dichiara, infatti, che «consuetudo non derogat iuri naturali, seu divino cui transgressio peccatum inducit, nec positivo nisi sit rationabilis legitime praescripta»<sup>380</sup>: se si potesse interpretare il testo nel senso che la prevalenza di una consuetudine razionale e regolarmente prescritta riguardava, per il canonista, non soltanto il diritto positivo, ma anche il diritto divino e naturale – interpretazione che, peraltro, risulta accolta da giuristi successivi, come Giovanni Gerolamo Albani<sup>381</sup> – si potrebbe attribuire al Panormitano una lettura originale rispetto a quella prevalente. Infine, la consuetudine non poteva essere contraria alla pubblica utilità: «contra publicum consuetudo non prodest» affermava l'Ostiense<sup>382</sup> e Antonio da Butrio condivideva tale opinione affermando «contra... publicam utilitatem [consuetudo] non valet»<sup>383</sup>.

Particolare attenzione i canonisti, dedicarono, poi, al rapporto tra consuetudine e legge. «Consuetudo ergo [legem] interpretatur, corrigit, immutat, abrogat», diceva sinteticamente Giovanni d'Andrea<sup>384</sup>. Innanzi tutto, dunque, la consuetudine era considerata «optima legum interpres», come

<sup>378</sup> Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *quae in ecclesiarum*, X, *de constitutionibus* (c. 7. X. I. 2), f. 14b, n. 16.

<sup>379</sup> *Ibid.*, c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 59 va, n. 1.

<sup>380</sup> Nicolai Abbatis Panormitani *Commentaria super Prima Parte Decretalium Libri*, Augustae Taurinorum 1577, ad c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 103 rb.

<sup>381</sup> Iohannis Hieronymi Albani *Lucubrations in Bartolum*, Venetiis 1571, l. *de quibus*, ff. *de legibus* (D. 1. 4. 32), f. 34 v, n. 1: «Bartolus ait... consuetudinem contra ius divinum operari non posse... Adde quod contrarium videtur sentire Abbas c. cum tanto de consuetudine, ubi ait ius divinum mutari posse a consuetudine». Su Giovanni Gerolamo Albani (1509-1591) rinvio alla biografia redatta da Giovanni Cremaschi per il *Dizionario biografico degli Italiani*, I, Roma 1960, pp. 606 s.

<sup>382</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum dilectus*, X, *de consuetudine* (c. 8. X. I. 4), f. 31 ra, n. 5.

<sup>383</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *cum venerabilis*, X, *de consuetudine* (c. 7. X. I. 4), f. 73 ra, n. 21.

<sup>384</sup> Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum dilectus*, X, *de consuetudine* (c. 8. X. I. 4), f. 57 vb, n. 7.

affermava il c. 8. X. I. 4 e come ripetevano costantemente i giuristi<sup>385</sup>. Poi riempiva le lacune della legge: «consuetudo est quoddam ius moribus, id est assiduis actibus hominum, institutum, quod pro lege suscipitur cum deficit lex» dichiarava Goffredo da Trani<sup>386</sup> e Baldo confermava: «ubi deficit lex... valet consuetudo»<sup>387</sup>. Più problematica, invece, era la questione del contrasto tra consuetudine e legge. Un punto era chiaro: la consuetudine non poteva andare contro la legge naturale: «contra ius naturale nulla consuetudo excusat, quia transgressio iuris naturalis inducit periculum salutis... Nota, contra ius naturale nulla consuetudo valet» stabiliva la gl. *cum tanto a c. cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4). Né poteva contrastare con la legge divina: «consuetudo non derogat iuri divino cuius transgressio peccatum inducit» dichiarava Giovanni d'Andrea<sup>388</sup>.

Per quanto, poi, riguardava il contrasto tra la consuetudine e la legge positiva civile il discorso era più complesso. Innanzi tutto i canonisti distinsero all'interno del *genus consuetudo* quattro *species* e per ciascuna di loro analizzarono i rapporti con la legge. «Quatuor sunt species consuetudinis, scilicet generalissima, ut est consuetudo inter omnes catholicos versus Orientem orare... item est consuetudo generalis, quando scilicet nedum civitas, sed tota provincia ita generaliter servat... item specialis scilicet quando in una civitate, vel loco specialiter obtinet... item est specialissima secundum quam in dubiis iudicatur... haec est consuetudo patris familias» dichiarava l'Ostiense<sup>389</sup>. Articolazione che era condivisa, tra gli altri, da Giovanni d'Andrea<sup>390</sup>, mentre il Panormitano ribadiva «dicitur consuetudo generalis, quae servat in una provincia»<sup>391</sup>. Per quanto riguarda le relazioni di ciascuna *species* con la legge positiva era ancora l'Ostiense ad offrire un'ampia disamina del problema. «Quot sunt eius [consuetudinis] effectus. Et quidem sciendum quod

<sup>385</sup> Ad esempio gl. *instanter a c. ab eo qui appellat*, VI, *de appellationibus* (c. 6. VI. II. 15): «consuetudo quae est optima legis interpres»; Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *dudum*, par. *ac deinde*, Cl., *de sepulturis* (c. 2. Cl. III. 7), f. 132 rb, n. 16: «[constitutio] est optima legis interpres»; Nicolai Abbatis Panormitani, *Consilia*, cit., cons. 9, f. 67 rb, n. 3: «consuetudo optima legis interpres».

<sup>386</sup> *Summa Goffredi de Trano*, cit., rubrica *de consuetudine* (X. I. 4), f. 7 vb.

<sup>387</sup> Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., c. *cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 61 ra, n. 44.

<sup>388</sup> Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 59 va, n. 1.

<sup>389</sup> Henrici de Segusio *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum dilectus, X, de consuetudine* (c. 8. X. I. 4), f. 31 ra, nn. 9-12.

<sup>390</sup> Ioannis Andreae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), *additio*, f. 63 rb, n. 19: «Hostiensis... distinguit quatuor speciem generalem, generalissimam, speciale, specialissimam».

<sup>391</sup> Abbatis Panormitani *Super Secunda Parte Libri Primi Decretalium*, Augustae Taurinorum 1577, c. *ex tuarum, X, de auctoritate et usu palei* (c. 5. X. I. 8), f. 9 ra, n. 3.

quintuplex est. Habet nam consuetudo primo virtutem imitandi, imitatur enim legem, idest supplet ubi lex deficit. Secundo habet virtutem interpretandi ius dubium... Tertio habet virtutem abrogandi. Quarto derogandi. Quinto praesumptionem inducendi. Circa quae videndum quot sunt species consuetudinis. Sunt autem quatuor generalissima, generalis, specialis et specialissima... In his in quibus consuetudo generalissima potest abrogare vel derogare, puto quod desuetudo abroget, ergo desuetudo ius naturale, idest divinum, non abrogat, sed tamen positivum... Generalis vero est quando nedum una civitas, sed tota provincia sic observat... specialis quando in una civitate, vel in alio loco specialiter obtinet... Hae duae species derogant iuri in civitate, sive loco, sive provincia in qua generaliter, sive specialiter obtinet, et hoc verum est si consuetudo post legem inducta sit, alioquin alia lege superveniente vincetur... Item est specialissima, secundum quam in dubiis iudicatur, et haec praesumptionem inducit, cui statur, nisi forte contra probatur, haec est consuetudo patrisfamilias»<sup>392</sup>. Più sinteticamente il Panormitano affermava «nota unum effectum seu virtutem consuetudinis, nam succedit loco iuris ubi deficit ius... dic quod consuetudo habet tres effectus. Nam imitatur ius, quia succedit loco iuris urbis ubi ius deficit... item habet effectum interpretatorium quia interpretatur ius dubium unde dicitur quod consuetudo est optima legum interpres... tertius effectus est abrogativus seu derogatorius, nam derogat legi, vincit nam legem ubi est rationabilis»<sup>393</sup>.

Si riconosceva, dunque, alla consuetudine, quanto meno in alcune delle sue *species*<sup>394</sup>, l'autorità di prevalere sulla legge civile. Una prevalenza che era condivisa da tanti. «Consuetudo valet contra ius» dichiarava, ad esempio, Antonio da Butrio<sup>395</sup>; «consuetudo enim magnae auctoritatis a deo quod etiam legem vincit», affermava Domenico da San Geminiano<sup>396</sup>; «consuetudo legi contraria legem tollit» ribadiva Bonifacio Vitalini<sup>397</sup>, «consuetudo est lex et vincit legem» concordava Francesco Zabarella<sup>398</sup>. Ma alcuni subordinavano

<sup>392</sup> Henrici a Segusio *Aurea Summa*, cit., coll. 86 s., n. 11.

<sup>393</sup> Abbatis Panormitani *Commentaria ad Tertium Librum Decretalium*, Augustae Taurinorum, c. *de uxore*, X, *de sepulturis* (c. 7. X. III. 28), ff. 135 vb-136 ar, n. 3.

<sup>394</sup> La prevalenza della consuetudine nella località particolare in cui si era affermata fu ribadita, tra gli altri, da Andrea Barbazza *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *cum tanto*, X, *de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 295 rb, n. 70: «consuetudo potest tollere legem in loco in quo est».

<sup>395</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *ad nostram audientiam*, X, *de consuetudine* (c. 3. X. I. 4), f. 70 va, n. 16.

<sup>396</sup> Dominici Sancti Geminiani, *Consilia*, cit., cons. 139, f. 54 vb, n. 3.

<sup>397</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *generalem*, Cl., *de aetate et qualitate* (c. 3. Cl. I. 6), f. 35 rb, n. 6.

<sup>398</sup> Francisci Zabarellae *Super Secundo Decretalium Subtilissima Commentaria*, Venetiis 1602, c. *cum contingat*, X, *de foro competenti* (c. 13. X. II. 2), f. 11 rb, n. 6.

detta prevalenza ad alcune condizioni. «Consuetudo longeva non est vilis, tamen non valet ut praeiudicet iuri communi sive positivo, nisi illa consuetudo sit rationabilis et praescripta, quia tunc praeiudicat iuri communi in loco ubi consuetudo servatur» dichiarava la gl. *cum tanto a c. cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), indicando nella *rationabilitas* e nella *praescriptio* – cioè nell'osservanza per il periodo richiesto - della consuetudine le condizioni per la prevalenza della medesima sulla legge. Condizioni che erano ripetute da Andrea Barbazza, a detta del quale la consuetudine «non tament praeiudicat iuri positivo nisi fuerit rationabilis et legitime praescripta»<sup>399</sup>. Il requisito della *praescriptio* era sottolineato anche da Innocenzo IV, per il quale «ut praeiudicet [legem] consuetudo oportet quod sit praescripta»<sup>400</sup>, mentre per Goffredo da Trani sulla legge prevaleva la consuetudine *ab immemorabili*<sup>401</sup> e per Bonifacio Vitalini «antiqua consuetudo semper servanda est»<sup>402</sup>.

Il contrasto legge-consuetudine, peraltro, non si aveva soltanto quando si affermava un uso contrario; poteva verificarsi anche quando la legge cadeva in desuetudine. Sul punto l'Ostiense non sembra aver dubbi: a suo parere la desuetudine aveva l'effetto di abrogare la legge. Già nel passo, or ora visto, in cui indicava le varie forme di consuetudine, il giurista affermava che la consuetudine generalissima aveva nei confronti di una legge contraria il medesimo effetto abrogativo della desuetudine, dando così per generalmente condivisa dalla dottrina l'idea di una siffatta conseguenza della desuetudine. E la stessa tesi ribadì in maniera decisa in un altro passo, dove affermò «leges per desuetudine abrogantur»<sup>403</sup>.

Maggiori problemi, invece, poneva il requisito della *rationabilitas*. Giovanni d'Andrea si chiedeva come fosse possibile che una consuetudine potesse prevalere su una legge che per antonomasia era *rationabilis*: «hic dicitur quod consuetudo rationabilis tollit legem, sed lex est quicquid ratione consistit... cum ratio non possit esse contraria rationi ergo consuetudo contraria legi non potest esse rationabilis»<sup>404</sup>, affermava, facendo così crollare l'intera costruzione

<sup>399</sup> Andraeae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), f. 294 ra, n. 46.

<sup>400</sup> Innocentii IIII Pontifici Maximi *In Quinque Libros Decretalium*, rubrica *de consuetudine* (X. I. 4), f. 15 ra, n. 4.

<sup>401</sup> *Summa Goffredi de Trano*, cit., rubrica *de consuetudine* (X. I. 4), f. 8 ra, n. 9: «si tanto tempore fuerit observata consuetudo, ut non sit in memoria hominum quando incepit, vincit legem».

<sup>402</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., c. *quia contigit*, Cl., *de religiosis domibus* (c. 2. Cl. III, 11), f. 159 ra, n. 86.

<sup>403</sup> Henrici a Segusio *In Quintum Decretalium Librum*, cit., c. *si de terra, X, de privilegiis* (c. 6. X. V. 33), f. 80 rb, n. 2.

<sup>404</sup> Ioannis Andraeae *In Primum Decretalium Librum*, cit., c. *cum tanto, X, de consuetudine* (c. 11. X. I. 4), ff. 61 rb-61va, n. 43.

che assegnava alla consuetudine razionale la prevalenza automatica sulla legge. Al riguardo il ragionamento che appare da molti condiviso è quello per cui era compito esclusivo del principe, quale garante della tradizione, valutare la razionalità e l'equità degli usi seguiti nelle comunità che a lui facevano capo. Il principe aveva, pertanto, la potestà di intervenire con le sue leggi da un canto per introdurre nuove norme razionali, giuste ed eque, dall'altro per eliminare consuetudini irrazionali ed inique<sup>405</sup>. Se, allora, il principe era il garante della *rationabilitas* dell'ordinamento vigente, solo una consuetudine da lui approvata, o comunque tollerata, poteva essere considerata razionale e quindi prevalere sulla legge. Lo diceva, ad esempio, Domenico da San Geminiano in un passo in cui rivedeva la tesi che poc'anzi è stata ricordata e condizionava la prevalenza della consuetudine all'assenso del principe. Affermava infatti «*consuetudo contra ius non valeat, nisi Princeps fecerit certificatus*»<sup>406</sup>. E l'assenso del principe era richiesto anche da Giovanni da Imola, il quale così ragionava: «*An autem possit induci consuetudo iuri contraria videtur quod non quia quis inducendo consuetudinem contra ius peccat faciendo contra iura... hic dicit quod ad hoc ut possit induci consuetudo contra ius requiritur quod introducens ex aliqua causa rationabili inducat quod non peccet et inducat illam de conscientia illius qui legem facit contra quam nititur consuetudo et qui haberet potestatem legem condendi contraria illi contra quam inducitur consuetudo*»<sup>407</sup>.

La pluralità di opinioni che si riscontra in merito al rapporto tra consuetudine e legge civile non si ritrova, invece, per quanto riguarda il contrasto tra consuetudine e canone ecclesiastico: in proposito, infatti, sembra essere unanimemente condivisa l'idea della prevalenza del canone. Il c. *consuetudinem*, VI, *de consuetudine* (c. 1. VI. I. 4) eliminava esplicitamente una consuetudine «*cum sacris sit inimica canonibus*» e la gl. *non existit* allo stesso capitolo spiegava che «*cum consuetudo talis corruptela sit, longitudo tanti temporis non prodest*». Andrea Barbazza confermava questa tesi, dichiarando

<sup>405</sup> «*Quod consuetudo vel statutum praecedens legem tollatur a lege, dici potest hoc verum, cum princeps hoc intendit*» affermava la gl. *derogare a c. licet*, VI, *de constitutionibus* (c. 1. VI. I. 2); «*si lex reprobat consuetudinem prateritam, quia contra bonos mores, tunc non valet consuetudo futura*» dichiarava Francesco Accolti, *In Primum, Secundi et Quinti Decretalium Titulos*, cit., c. *sicut consuetudo*, X, *de probationibus* (c. 2, X, II. 19), f. 54 va, n. 38.

<sup>406</sup> Dominici Sancti Geminiani *In Sextum Decretalium Volumen*, c. *gratia quam*, VI, *de rescriptis* (c. 7. VI. I. 3), f. 18 rb, n. 8.

<sup>407</sup> Ioannis de Imola *Commentarij*, cit., c. *quia contingit interdum*, Cl., *de religiosis domibus* (c. 2. Cl. III. 11), f. 114 ra, n. 13. Ma non tutti condividevano tale opinione. Lo stesso Baldo dichiarava «*consuetudo non requirit confirmationes superioris, quia confirmatur legitimis temporis usu*» (Baldi Ubaldi *In Decretalium Volumen*, cit., rubrica *de consuetudine* [X. I. 4], f. 56 ra, n. 14) e il Panormitano (*Super Secunda Parte Libri Primi Decretalium*, cit., c. *ex epistola*, X, *de probationibus* [c. 1. X. II. 19], f. 5 ra, n. 5) aggiungeva: «*statutum et consuetudo valent etiam principe ignorantiae*».

«consuetudo inimica canoni praesumitur irrationabilis»<sup>408</sup>. Questa regola, comunque, presupponeva che il canone avesse carattere generale, altrimenti non avrebbe avuto la forza di prevalere su una antica consuetudine ecclesiastica: lo affermava la gl. *cum omnes ad c. cum omnes, X, de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2) secondo la quale «communiter sic summatur: constitutio canonica quae non est ab omnibus communis et per quam tollitur ecclesiae consuetudo antiqua non valet»; e lo ribadiva Antonio da Butrio che affermava «constitutio capituli, quae non est communis omnibus et per quam tollitur antiqua consuetudo non valet»<sup>409</sup>.

Il rapporto tra consuetudine e legge, comunque, non era esclusivamente dialettico. Si è visto prima come i canonisti sottolineassero il ruolo della consuetudine nell'interpretare la legge e nel colmarne le lacune. Si deve aggiungere che essi sembrano sottolineare anche la necessità che la legge trovasse nei *mores* il suo più autentico e valido fondamento: «dico enim quod si constitutio firmata non fuit moribus utentium fingitur» dichiarava, ad esempio, Pietro d'Ancarano<sup>410</sup>. E l'accordo tra le due fonti era auspicato da molti i quali sottolineavano i casi in cui esse «concurrunt ad unum»<sup>411</sup>, al punto da sostenere che in caso di concordanza tra le due l'abrogazione della legge comportava necessariamente l'eliminazione della consuetudine: lo diceva, ad esempio, il Panormitano, secondo il quale «ubi consuetudo concurrit cum iure communi, si ius commune tollitur per contrariam constitutionem tollitur etiam per consequentiam consuetudo, nisi sit talis consuetudo quae ex omissione generet scandalum»<sup>412</sup>. Questa enfatizzazione del radicamento della legge nel costume sociale sembra avere una conseguenza significativa per quanto riguarda il rapporto tra legge e desuetudine. Si è visto prima come i civilisti distinguessero la desuetudine – il non uso, cioè, di una legge – dalla consuetudine contraria alla legge e avessero opinioni opposte in merito agli effetti della prima sulla legge, ritenendo alcuni che quest'ultima fosse eliminata, mentre altri pensavano che la stessa rimanesse comunque in vigore. Pietro d'Ancarano risulta schierarsi esplicitamente per la prima delle due soluzioni quando affermava «[constitutio] dicitur abrogata per non usum»<sup>413</sup>.

<sup>408</sup> Andreae Barbatiae *In Primam Partem Principali Primi Decretalium*, cit., c. *ad nostram*, X, *de consuetudine* (c. 3. X. I. 4), f. 275 va, n. 25.

<sup>409</sup> Antonii a Butrio *Pars Prima*, cit., c. *cum omnes*, X, *de constitutionibus* (c. 6. X. I. 2), f. 13 rb, n. 1.

<sup>410</sup> Pietro d'Ancarano in *Repetitiones*, cit., f. 18 rb.

<sup>411</sup> Così Andreae Barbatiae *Secunda Prima Partis super Primo Decretalium*, cit., c. *consultit*, X, *de officio delegati* (c. 24. X. I. 29), f. 56 ra, n. 31.

<sup>412</sup> Nicolai Abbatis Panormitani *Commentaria ad Quartum et Quintum Libros Decretalium*, Augustae Taurinorum 1577, c. *utrum autem*, X, *de cognitione spirituali* (c. 1. X. IV. 11), f. 26 rb, n. 2.

<sup>413</sup> Pietro d'Ancarano in *Repetitiones*, cit., f. 18 rb.

Maggiore problematicità può, invece, essere colta nelle parole di Bonifacio Vitalini il quale, commentando il c. *ne in agro dominico*, Cl. *de statu monachorum* (c. 1. Cl. III. 10), diceva che esso faceva tornare in vita una precedente costituzione di Innocenzo IV dalla quale «per dissuetudinem videbatur recessum»<sup>414</sup>. Vitalini sembra dire che la costituzione di Innocenzo IV era stata esclusa dall'applicazione a causa del non uso, ma che la stessa non era stata espulsa dalla tradizione e che poteva essere richiamata in completa vigenza per volontà del legislatore: il non uso, allora, avrebbe non già abrogato la legge, ma si sarebbe soltanto limitato a «velarla».

---

<sup>414</sup> Bonifacii de Vitalinis *Commentarii*, cit., par. *praemissa*, f. 153 vb, n. 3.