

Arricchimento senza causa nel diritto intermedio¹

Eltjo J.H. SCHRAGE

(Università d'Amsterdam)

Il primo problema che si pone quando parliamo dell'arricchimento ingiustificato o arricchimento senza causa nel diritto del medio evo è il seguente: non esisteva nel diritto romano un'azione di arricchimento, almeno non ancora un'azione di arricchimento comparabile a quelle moderne². La regola di diritto naturale del Digesto secondo cui nessuno dovrebbe arricchirsi ingiustamente a spese di un altro (D.50.17.206) non è stata mai classificata come fonte di obbligazione a sé dai giuristi medievali. Ancora di più: il diritto romano non conosce né una parola, né una espressione che indica il complesso concetto che oggi chiamiamo l'arricchimento senza causa o l'arricchimento ingiustificato.

Nondimeno troviamo nei testi del secolo XII alcuni punti di riferimento. Ce ne sono infatti nel Corpus iuris civilis almeno

¹ Alla memoria dell'amico Domenico Maffei. Il testo è stato pronunziato durante un colloquio, organizzato dalla Prof.ssa Laura Moscati e tenuto a Roma, il 16 aprile 2010 (sotto il titolo: In materia di obbligazioni: l'apporto medievale). Una versione abbreviata è stata pronunziata al congresso della SIHDA a Barcellona (2010). Ringrazio gli amici Paola Maffei, Carlo Bersani ed Oscar Korte per le loro osservazioni utilissime.

² P.es. Art. 2041 Codice civile Italiano (Azione generale di arricchimento) Chi, senza una giusta causa, si è arricchito a danno di un'altra persona è tenuto, nei limiti dell'arricchimento, a indennizzare quest'ultima della correlativa diminuzione patrimoniale. Qualora l'arricchimento abbia per oggetto una cosa determinata, colui che l'ha ricevuta è tenuto a restituirla in natura, se sussiste al tempo della domanda. Art. 2042 (Carattere sussidiario dell'azione) L'azione di arricchimento non è proponibile quando il danneggiato può esercitare un'altra azione per farsi indennizzare del pregiudizio subito (1185, 1188, 1190, 1443, 1502, 1769).

quattro³: (a) D.3.5.5.5⁴, un testo di Ulpiano nel quale si legge una ampia applicazione della *actio negotiorum gestorum utilis*. Simili sono D.12.1.32 e D.5.3.20.6c. Apparentemente questi testi non hanno provocato un'ampia discussione fra i glossatori perché mancano nelle *Dissensiones Dominorum*; (b) C.4.26.7.3⁵, un rescritto dell'anno 293 degli Imperatori Diocleziano e Massimiano in cui la rappresentanza di un libero obbliga la persona principale quando si è arricchita. Questo testo ha portato ad una importantissima discussione fra i glossatori, come mostrano le *Dissensiones Dominorum*⁶, che si riferiscono (fra gli altri) ad Azone, Roffredo ed ai *Casus Codicis* di Guglielmo da Cabriano⁷. Deve essere letto in connessione con C.2.18.34 in cui gli imperatori decidono una vecchia disputa e approvano la scelta di Salvio Giuliano per cui un *negotiorum gestor*, che interferisce negli affari di un altro nonostante l'esplicito divieto non ha un'azione per recuperare le sue spese⁸; (c) Kantorowicz-Buckland (p. 133) hanno fissato l'attenzione su una *Summula* di C.4.8 *Condictio furtiva in qua*

³ J.J.HALLEBEEK, 1995 *Developments in Mediaeval Roman Law*, in E.J.H. Schrage (Ed.), *Unjust Enrichment, The comparative legal history of the law of restitution* [Comparative Studies in Continental and Anglo-American Legal History, 15], Berlin 1995, pp.59-120; J.J.HALLEBEEK, *The condictio as enrichment action in twelfth and thirteenth century legal scholarship*. Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis 1996, p.263-272; J.J.HALLEBEEK, *Unjust enrichment as a source of obligation; the genesis of a legal concept in the European ius commune*. Restitution Law Review, 10 (2002), p.92-99.

⁴ D.3.5.5.5 (Ulpianus 10 ad ed.): *Sed et si quis negotia mea gessit non mei contemplatione, sed sui lucri causa, Labeo scripsit suum eum potius quam meum negotium gessisse (qui enim depredandi causa accedit, suo lucro, non meo commodo studet): sed nihilo minus, immo magis et is tenebitur negotiorum gestorum actione. ipse tamen si circa res meas aliquid impenderit, non in id quod ei abest, quia improbe ad negotia mea accessit, sed in quod ego locupletior factus sum habet contra me actionem.*

⁵ C.4.26.7.3, Imperatores Diocletianus e Maximianus: *Alioquin si cum libero rem agente eius, cuius precibus meministi, contractum habuisti et eius personam elegisti, pervides contra dominum nullam te habuisse actionem, nisi vel in rem eius pecunia processit vel hunc contractum ratum habuit.* <a 293 d. non. april. byzantii aa. cons.>

⁶ G.F.HANEL, *Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur: insunt Anonymi Vetus collectio, Rogerii Dissensiones dominorum, Codicis Chisiani collectio, Hugolini Diversitates sive Dissensiones dominorum super toto Corpore iuris civilis*, Leipzig 1834, p.197.

⁷ T.WALLINGA, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* [Studien zur Europäischen Rechtsgeschichte Bd. 182], Frankfurt am Main 2005, p.271.

⁸ R.ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town [etc.] 1990, p.880 ss.

*turpitudō*⁹, la quale sembra dover essere attribuita a Rogerio¹⁰; e finalmente i famosi testi di Pomponio, trasmessi in D.50.17.206 e D.12.6.14, dove si dice che *iure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletioem*, un testo che alla fine Bonifacio VIII ha raccolto nel *Liber Sextus*.

Ma anche fuori del Corpus iuris civilis troviamo punti di partenza per una dottrina dell'arricchimento senza causa. Weinzierl ha già nel 1930 fissato l'attenzione sull'insegnamento della Chiesa nel quale il Decalogo, più specialmente l'ottavo comandamento attira l'attenzione, nella formulazione di Esodo 15: *furtum non facies*. Secondo lui la dottrina della restituzione comincia già nelle opere di Agostino. Agostino abbina la virtù della giustizia alla carità. Nella sua lettera 155 (di 414) *iustitia* implica la donazione delle elemosine ai poveri: *nec iuste subveniatur ope indigentibus*¹¹, ed ancora più chiaramente nel suo trattato De Trinitate: *Nunc autem agit iustitia in subveniendo miseris*¹². Questo concetto è trasmesso da moltissimi autori, fra gli altri da Pietro Lombardo, il *Magister Sententiarum*, morto prima del 1164, che ha citato questo concetto nelle sue *Sententiae*¹³, dandone una interpretazione importantissima, *iustitia est in subveniendo pauperibus*. Alexander Halensis (c. 1186–1245) si esprime ancora più chiaramente: *Subtractio beneficij, in quantum non communicantur bona pauperi tempore necessitatis, est contra hoc praeceptum: non furtum facies*. In una collezione di *quaestiones quodlibetales* del XIII secolo nel Ms Vat.Lat. 782 si trova fra l'altro

⁹ H.U.KANTOROWICZ, W.W.BUCKLAND, *Studies in the glossators of the Roman law: newly discovered writings of the twelfth century*, Repr. of the ed. Cambridge 1938 with add. et corr. by Peter Weimer, Aalen 1969, p.133.

¹⁰ Città del Vaticano, BAV, Stamp.Barb.B.B.IV.33, pars I, pp.1-454, pars II, pp.1-187; pp.186-187: *Summula*, "Condictio furtiva (zu Cod.4.8) (Rogerius?)". Sembra identica alla *Summula* ad C.4.8, attribuita a Rogerio da Kantorowicz-Buckland, p.133.

¹¹ Augustinus, *Epistula* 155, 12, CSEL 28-1, 419.

¹² Augustinus, *De Trinitate* 14,9, CCSL 50°, 439. J.BOVENDEERT, *Kardinale deugden gekerstend. De vier kardinale deugden vanaf Ambrosius tot het jaar 1000*. Proefschrift Nijmegen 2007, p.109.

¹³ Vedi Petrus Lombardus, *Sententiae in IV libris distinctae*, III, dist. 37: *Non mæchaberis. Non furtum facies. Non loqueris contra proximum tuum falsum. Petrus Lombardus, Lib. IV. sent., 13, dist. 33, c.1: iustitia est in subveniendo pauperibus. Alexander Halensis, Summae theologiae pars tertia, Venetiis, 1575, q. 36, m. 5,1, f. 148 (ra): Subtractio beneficij, in quantum non communicantur bona pauperi tempore necessitatis, est contra hoc praeceptum: non furtum facies; in quantum vero ex defectu pauper perit est contra illud: non accides.*

anche una *quaestio* di un Anonymus J *de superfluo* che cita fra altri Guillaume d'Auxerre ed Alberto Magno nel suo commentario alle *Sententiae*: *item, retinere superfluum est non communicare alteri quod necessarium est sibi; hoc est contra hoc quod est omnia esse communia; ergo repugnat iuri naturali*¹⁴.

Si pone la questione, se abbiamo qui il contesto in cui si sviluppò il concetto di arricchimento ingiustificato, o arricchimento senza causa. L'ottavo comandamento (*furtum non facies*) potrebbe essere considerato come punto di partenza; un'ampia interpretazione di questo concetto di *furtum* (*retinere quod est necessarium alteri repugnat iuri naturali*) è qui lo sfondo su cui la nascita del concetto di arricchimento senza causa si è svolta? La risposta non è tanto semplice.

Brian Tierney in un saggio importante del 1959 ha riportato alla luce una controversia alla fine del XIX secolo fra Albert Emminghaus da una parte e Franz Ehrle dall'altra, con riguardo a questi e altri testi¹⁵. Emminghaus aveva sviluppato la proposizione, che né la Chiesa né la società nel Medio Evo contrastavano veramente la povertà, ma anzi piuttosto la incoraggiavano ed aveva collezionato tantissimi testi a questo riguardo. Ehrle gli aveva risposto con una collezione impressionante di testi di natura contraria. Tierney ha dimostrato che questa controversia si rispecchia nel Decreto di Graziano. Nonostante il titolo del suo lavoro, *Concordia discordantium canonum*, cita testi che sono lontani dall'essere concordati. In un luogo (D.42 *post c.1*) scrive: *In hospitalitate autem non est habendus delectus personarum, sed indifferenter*

¹⁴ Ms Vat.Lat. 782 f. 17v-19v, la *quaestio* è edita da Francisco de Asís Chavero Blanco, La *quaestio De doctrina theologiae* del manuscrito Vat. Lat. 782: introducción y edición, in *Carthaginensia: Revista de estudios e investigación*, ISSN 0213-4381, Vol. 15, N° 27, 1999, pp.31-72: El manuscrito de la biblioteca apostólica vaticana Vat. Lat. 782 es una miscelánea de textos, un laboratorio de trabajo de un *studium* medieval de los franciscanos. Los textos provienen casi todos ellos de la primera escuela franciscana de París. El código ha sido copiado por dos manos diferentes. Entre las cuestiones en él contenidas, está una cuestión anónima de doctrina theologiae, que ha sido atribuida a Alejandro de Hales y también a Juan de la Rochela. Son hipótesis de trabajo y como tales pueden ser mantenidas. El manuscrito Vat. Lat. 782 ha sido analizado por diversos estudiosos, cuyas investigaciones se examinan en estas páginas, en las que se transcribe también el texto manuscrito, cuyas "auctoritates" han sido también verificadas. Se señalan además los paralelismos del texto con el "tractatus introductorius" de la *summa halensis*.

¹⁵ B.TIERNEY, *Poor Law. A Sketch on Canonical Theory and its Application in England*, California University Press 1959, p.47ss.

quibuscumque sufficimus hospitales nos exhibere debemus e, con riferimento ad un passaggio di Giovanni Crisostomo, insegna che uno straniero presentando se stesso al prete dovrebbe essere esaminato, ma al contrario un membro della comunità pregando per il pane dovrebbe essere aiutato senza questioni. Non tanto i desideri del pregante, quanto piuttosto la generosità del donatore conta agli occhi di Dio. In un altro luogo invece (D.86 post c. 6), trattando della virtù della generosità di un vescovo, insegna con riferimento ad Ambrosio che *In ipsa autem liberalitate modus adhibendus est rerum et personarum*.

Weinzierl ha già nel 1930 fissato l'attenzione sul fatto che l'insegnamento della Chiesa rispetto alla dottrina della restituzione non era ristretto ad un solo problema. Weinzierl ha discusso il concetto che *nullum dimittitur peccatum, nisi restitatur*, come insegna Tommaso d'Aquino con riferimento a Sant'Agostino¹⁶. Continua:

Respondeo dicendum quod restitutio, sicut dictum est, est actus iustitiae commutativae, quae in quadam aequalitate consistit. Et ideo restituere importat redditionem illius rei quae iniuste ablata est, sic enim per iteratam eius exhibitionem aequalitas reparatur. Si vero iuste ablatum sit, inaequalitas erit ut ei restituatur, quia iustitia in aequalitate consistit. Cum igitur servare iustitiam sit de necessitate salutis, consequens est quod restituere id quod iniuste ablatum est alicui, sit de necessitate salutis.

Graziano ha ripetuto questo principio, scrivendo: *Peccati venia non datur nisi correcto* (C.14 q.6 c.1). È vero che questa applicazione della dottrina della restituzione si può mettere in una certa relazione con il concetto moderno dell'arricchimento senza causa, ma non si può dire lo stesso per gli altri contesti in cui la dottrina della restituzione svolge un ruolo.

Nel contesto dell'insegnamento ecclesiastico si trovano altri esempi di questa dottrina: *Spoliatus ante omnia restituendus*, il possessore che ha subito lo spoglio, occorre innanzitutto che sia reintegrato nel possesso. Adesso questa norma è la regola fondamentale delle azioni possessorie. L'origine proviene dal diritto canonico a favore di un vescovo "spogliato" dei beni della sua diocesi

¹⁶ Thomas de Aquino, *Summa Theologiae*, II^a-IIae q. 61-782 s. c.

e si trova nel *Decretum*, C.3 q.1 c.3¹⁷. Poi è diventata una norma comune del diritto. Mario Ascheri mette in questo contesto dell'arricchimento senza causa anche la simonia, la compravendita di cariche ecclesiastiche, come l'assoluzione di peccati e indulgenze, o più in generale, l'acquisizione di beni spirituali in cambio di denaro¹⁸. La simonia deriva il suo nome di Simon Mago, taumaturgo samaritano convertito al cristianesimo, il quale, volendo aumentare i suoi poteri, offrì a san Pietro apostolo del denaro, chiedendo di ricevere in cambio le facoltà taumaturgiche concesse dallo Spirito Santo (*Atti degli apostoli*, 8, 18-24). Secondo il diritto canonico al venditore che non fosse intitolato ad avere denaro (C.1 q.3 c.2) il compratore non poteva richiedere il prezzo pagato: *nemo turpitudinem suam allegans auditur*¹⁹. Lo stesso problema torna nella prima e nella seconda parte del Decreto (D.46-47; specialmente D.46 c. 8-10 e D.47 c.1, 4-5; Causa XIV) quando Graziano tratta il divieto dell'interesse, dell'*usura*, pronunciato nel Concilio di Nicea. Anche gli interessi devono essere restituiti.

Furtum non facies. Certamente l'ottavo comandamento svolge un ruolo importante nella vita dei fedeli, nella vita della Chiesa, nella società medievale. Ma nelle glosse ai testi delle varie parti del *Corpus iuris civilis* non troviamo rinvii a questo testo della Santa Bibbia. Neanche Martino Gosia, conoscitore per eccellenza del diritto canonico del suo tempo, rinvia a tali testi quando tratta problemi, che oggi consideriamo come esempi di arricchimento senza causa.

Famosa è la sua posizione relativa alla edificazione sopra un fondo altrui. La *sedes materiae* forse è Inst.2.1.30 in collegamento con D.19.2.19.4²⁰:

¹⁷ Lett. secondo Pennington: De fallentiis ad regulam 'Spoliatus ante omnia' (*Decretum*, C.3 q.1 c.3), Stampati: Venezia 1499; Volumen tractatum ex variis iuris interpretibus collectorum (Lione 1549) XII, fol. 407r-408r; Regulae iuris tam civilis quam canonici (Lione 1566) 547-50; Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum caesarei iuris facultate iurisconsultorum (Venezia 1584) III.2, fol. 324r-25r.

¹⁸ M.ASCHERI, *Fonti di base sull'indebito per l'età del diritto comune*, in *L'enrichissement sans cause. La classification des sources des obligations* [Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers], Poitiers 2007, p.44.

¹⁹ R.ZIMMERMANN, *The Roman Law of Obligations*, p.865-6, nt. 196.

²⁰ E.J.H.SCHRAGE, *Qui in fundo alieno aedificavit. Die actio negotiorum gestorum als Vorstufe einer allgemeinen Bereicherungsklage*, in *Revue Internationale des Droits de l'Antiquité*, 3e Série, XXXVI (1989), p.401-420.

Inst. 2.1.30

Ex diverso si quis in alieno solo sua materia domum aedificaverit, illius fit domus, cuius et solum est. Sed hoc casu materiae dominus proprietatem eius amittit, quia voluntate eius alienata intellegitur, utique si non ignorabat in alieno solo se aedificare: et ideo, licet diruta sit domus, vindicare materiam non possit, certe illud constat, si in possessione constituto aedificatore soli dominus petat domum suam esse nec solvat pretium materiae et mercedes fabrorum, posse eum per exceptionem doli mali repelli, utique si bonae fidei possessor fuit qui aedificasset: nam scienti alienum esse solum potest culpa obici, quod temere aedificaverit²¹ in eo solo, quod intellegeret alienum esse.

D.19.2.19.4 (Ulp. 32 ad ed.)

Si inquilinus ostium vel quaedam alia aedificio adiecerit, quae actio locum habeat? Et est verius quod Labeo scripsit competere ex conducto actionem, ut ei tollere liceat, sic tamen, ut damni infecti caveat, ne in aliquo dum aufert deteriore causam aedium faciat, sed ut pristinam faciem aedibus reddat.

Il locatario o l'affittuario di una casa ha un *ius tollendi*, cioè lasciando la casa ha il diritto di togliere i miglioramenti che ha apportato. Non è certo, se aveva l'*actio conducti*. Ancora Theo Mayer Maly era dell'opinione che vari autori nel secolo passato consideravano interpolato il passo che si riferisce a Labeone, perché mostra una assimilazione alle regole con riguardo alla compensazione per le spese incontrate nel caso della *revindicatio* o la *hereditatis petitio*. Per conseguenza l'affittuario poteva intavolare l'*exceptio doli* contro la *revindicatio* prematura del proprietario (D.19.2.62pr. e D.44.4.14), ma non aveva un'azione per il compenso delle spese²¹. Questo comporta gravi conseguenze, quando, per esempio a ragione di un errore, il locatario ha rimesso la casa senza avere domandato la compensazione; in questo caso non ha più un rimedio. La regolazione è in conformità con l'interpretazione dei nostri testi nel diritto comune e svolge ancora il suo ruolo in alcune legislazioni moderne. La nuova codificazione olandese, invece, ha seguito altre vie. Ha posto la regolazione nel quadro dell'azione generale per arricchimento senza

²¹ Th.MAYER MALY, *Locatio Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht* [Wiener Rechtsgeschichtliche Arbeiten IV], Wien-München 1956, p.170.

causa. La codificazione del 1838, che aveva come modello il Codice civile dei Francesi, seguiva ancora la regolazione del diritto comune, ma adesso l'azione generale per l'arricchimento senza causa fa sentire il suo influsso anche qui. Esiste già un notevole predecessore, Martino Gosia, come si evince dalla glossa.

GL. AEDIFICAVERIT AD INST. 2.1.30

(... de novo faciend) Primo casu in bona fide, habeo exceptionem, non actionem, secundum Joan., ut *supra proximi* § [Inst. 2.1.29] et ff. de *condict. indeb.* 1. Si in area [D.12.6.33] et ff. de doli mali except. 1. Paulus [D.44.4.14]. Sed Martinus etiam actionem dabat et est pro eo ff. de *pet. haer.* 1. *Haereditas* § 1 [D.5.3.50.11] et: ff. si *pars haer. pet.* 1. fi. [D.5.4.101] et: C. de *rei vindi.* 1. ij et 1. *Domum* [C.3.32.3 & 51..

... Si vero mala fide, tunc nec excipiendo, nec agendo conservo, ut hic, nam neminem mihi potui obligare, ut ff. *communi div.* 1. In hoc *iudicium* [D.10.3.14] secundum Ioannem. Sed Martinus etiam dabat negotiorum gestorum actionem, ut ff. de *negot. gest.* 1. Si *pupilli* § Sed et si *quis* [D.3.5.6.3].

Giovanni Bassiano è apparentemente dell'avviso che il locatario non ha più di un *ius tollendi*; non può intentare una azione per recuperare le sue spese. Martino Gosia, invece, è di un'altra opinione. Si vede nelle *Dissensiones Dominorum* e nella glossa di Accursio, che Martino ha posto la migliororia della casa da parte del locatario sullo sfondo della *negotiorum gestio*. Migliorando la casa il locatario ha non solo servito il suo proprio interesse ma anche gli interessi del proprietario, il quale è arricchito in conseguenza degli atti del locatario. Ed il *negotiorum gestor* può intavolare un'azione a compensazione delle spese. Martino è forse il primo, che ha messo al centro della regolazione il moderno concetto dell'arricchimento senza causa, contro l'opinione della maggioranza dei contemporanei: Rogerio, Piacentino, Alberico, Iacopo, Bulgaro, Ugo²²:

Ubi autem quis de sua materia aedificat in alieno solo, sed mala fide, dicunt *Quidam*: si animo donandi, nihil repetit; si autem non donandi animo, per exceptionem sibi conservat expensas. Martinus utilem dat ei negotiorum gestorum actionem, ut. D. de *Doli except.*, 1. Paulus [D.44.4.14] et D. de *negotiis gest.*, 1. fi. et 1. Si *pupilli* [D.3.5.6]..... Respondent: si vero mala fide aedificet, omni modo videtur

²² Dissensiones Dominorum, Cod. Chis. § 73; Ed. Hänel (supra, nota 4) p.173.

donasse expensas, idest, irrevocabiliter dedisse. Rogerius, Placentinus, Albericus, Iacobus, Bulgarus, Ugo.

Inde lacrimae:. Così la glossa di Accursio, come i *Dissensiones Minorum* indicano la stessa direzione: Martino Gosia era da solo nella sua battaglia per l'equità Gosiana. Secondo le *Distinctiones* edite da Seckel e Palmieri non era solo, c'erano anche *alii*²³.

Si vero bone fidei edificator possidere desierit et possessio ad dominum pervenerit, dicunt quidam, ut Ugo, eum nullam habere actionem directam vel utilem, quoniam nullo alio modo quam per retentionem impensas servare poterit, quia neminem sibi obligare proposuit, ut D. de conditione indebiti, l. Si in area [D.12.6.33] et D. de doli exceptione, l. Paulus [D.44.4.14] et D. de communi dividundo, l. In hoc iudicium et l. Si quis cum esestimaverit [D.10.3.14 & 29] et D. de re vendicatione l. Sin autem § In rem et l. Sumptus [D.6.1.27.5 & D.6.1.48]. Alii vero ex equitate dant ei, ut Martinus, utilem negotiorum gestorum, licet non possideat, ut D. de negotiis gestis, l. ult. [D.3.5.49]...

Colpisce, nondimeno, che ci siano altri testi, che non sono menzionati in questo contesto, che servono a mostrare che Martino anche in altri casi decide di fare il passo della ritenzione, dello *ius retentionis*, all'*actio utilis*. Voglio portare l'attenzione sul problema della dote, specialmente sullo sfondo dell'adagio per cui *impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*. Martino si è occupato del problema, che nasce dopo la composizione della dote, specialmente dopo il divorzio. Con le fonti (D.25.1.1pr; D.50.16.79; C.5.13.1.5e-f) anche Martino fa una distinzione fra *impensae necessariae*, *impensae utiles* ed *impensae voluntariae*, o, nel diritto comune anche, *impensae voluptuariae*. Un esempio semplice lo fornisce il testo di Inst. 4,6,37, forse il testo il più semplice a questo riguardo. Si tratta del fatto che, quanto alla dote, al marito è concesso un *ius retentionis* quando, dopo il divorzio, la moglie rifiuta di compensarlo per le spese, che aveva fatto il marito per la dote:

²³ E. Seckel, *Distinctiones Glossatorum*, in *Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911*. - Berlin 1911, edizione separata inalterata Graz 1956, p.295, 305; Palmieri, *Scripta Anecdota Glossatorum [BIMAE] II*, p.167-168 (edizione basata sul Ms Siena, Bibl. Comunale degli Intronati, I H.13).

Inst.4.6.37

Propter retentionem quoque dotis repetitio minuitur, nam ob impensas in res dotales factas marito retentio concessa est, quia ipso iure necessariis sumptibus dos minuitur...

Nei manoscritti Berlin 406 (fo. 31va), Klosterneuburg 643° (fo. 86ra, interl.) München 3509 (fo. 39rb, interl.) e Wien 2142 (fo. 42v supra) troviamo glosse di Martino²⁴. Scrive:

Impensas: Sc. Necessarias, que si facte non forent res aut peritura aut deterior sit; utiles sunt que rem meliorem faciunt deteriorem esse non sinunt, voluptarie, que speciem dumtaxat exornant, non etiam fructum augment, ut ff. de sig. ver. Impensae [D.50.16.79] (M(artinus)).

Non è il solo luogo. Martino ha dedicato un completo trattato alla dote, pubblicato da Kantorwicz e Buckland negli *Studies in the Glossators of Roman Law*. Nel § 29 descrive questa distinzione:

Necessariae impensae dicuntur, que, si facte non essent, res peritura aut deteriora futura foret, veluti moles in mare vel flumen proiecte, pistrinum vel horreum necessario factum, vel edificium ruens mulieri utile reffectum, vel oliveta reiecta restaurata. Utiles sunt que rem deteriorem fieri non sinunt et meliorem faciunt, veluti ad novelletum in fundo fecerit vel in domo pistrinum vel tabernam fecerit, vel si servos artem docuerit. Voluptarie sunt, que speciem dumtaxat exornant, non etiam fructum augment, veluti balnea, viridaria, aque salientes, incrustationes, loricationes, picture.

Notevole è che questa distinzione occorre anche quando Martino tratta della *hereditatis petitio*. Vedi la *distinctio: possessorum alii bona fide, alii mala fide*²⁵.

La distinzione fra *impensae necessariae*, *impensae utiles* ed *impensae voluntariae*, o, anche nel diritto comune, *impensae voluptuariae* è particolarmente importante, perché la natura delle spese è decisiva per la compensazione che il padre della moglie (o

²⁴ Il mio allievo Oscar Korte ha gentilmente portato questo testo alla mia attenzione, come il testo seguente, che si legge nei manoscritti München 22, Padua 688 e Vat. lat 1427.

²⁵ Nel Ms Paris BN 4517, pubbl. da Savigny IV, p.488-489; vedi anche G. Pescatore, Die Glossen des Irnerius [Festschrift zur Feier des achthundertjährigen Bestehens der Universität Bologna überreicht im Namen und im Auftrage der Universität Greifswald] Greifswald 1888, p.67-68; Seckel, *Distinct. gloss.* p.348; altre tradizioni in Pescatore, *Verzeichnis legistischer Distinkt.*, p.500.

generalmente: il donatore della dote) riceverà dopo un divorzio. *Impensae necessariae ipso iure dotem minuunt*: Durante il matrimonio la dote è amministrata dal marito. Dopo il divorzio la dote deve essere restituita. La quantità e la qualità della dote dipende delle spese che il marito ha fatto. È già la regola del tempo classico.

Nel Codice giustiniano troviamo tracce di alcuni cambiamenti rispetto al diritto classico. Questi cambiamenti sono collegati nel titolo 5.12: *De iure dotium* e nel titolo 5.13: *de rei uxoriae actione in ex stipulate actionem transfusa et de natura dotibus praestita*.

Interessante è specialmente il testo di C.5.13.1.5f:

C.5.13.1.5f: Imperator Justinianus

Quod si voluptariae sunt, licet voluntate eius expensae, deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, marito relinquatur, ut sit omnium retentionum expeditus tractatus et ex stipulatu actio merito secundum sui naturam nullam accipiat retentionem. <a 530 d.K.Nov.Lampadio et Oreste cons.>

Per le *expensae voluptariae* si parla nel testo di un *ius deductionis* per il marito. Qui troviamo un problema analogo a quello del locatario e dell'affittuario di una casa o di un fondo, il quale ha un *ius deductionis*. In entrambi casi Martino pone la questione se questo *ius deductionis* in combinazione con il *ius retentionis* offre l'unico modo di difesa del suo interesse, o se questi *iura* comprendono non solo una difesa contro l'azione del proprietario, ma anche un *ius agendi*. Se nel caso del locatario (affittuario) Martino ha dato una risposta affermativa (come abbiamo veduto), nel caso della dote egli si esprime meno chiaramente. Secondo alcuni manoscritti, però, Martino ha posto questa questione, se o no la *deductio operis* offre l'unico modo di compensazione per il marito. In alcuni manoscritti si trova una glossa *deductio operis* attribuita a lui (fra altri München 22 (fo. 101 ra), Padua 688 (fo. 87 rb, interl.), Vat. lat 1427 (fo. 142 ra, interl.)):

Tantum, et non actio, nisi promercales fuerint vel tolli mulier non patiatur, ut in D. de inpensis in res dotales factis Pro vo. Quod si [D.25.1.9-10], M(artinus).

Principalmente, come regola, il marito non ha più di un *ius retentionis*, ma ci sono alcune eccezioni, come nei casi commerciali o in casi nei quali la donna rifiuta al marito l'esercizio dei suoi diritti. In questi casi il marito ha anche un'azione a sua disposizione. Guglielmo

da Cabriano ha notato l'insegnamento del suo maestro, Bulgaro de Bulgarinis. L'edizione dei Casus Codicis di Tammo Wallinga offre un ampio commentario ad C.5.13²⁶. Con riguardo al nostro testo (C.5.13.1.5f) si legge (r. 111):

Item ob impensas in dotales res factas dos non retinetur, nam si necessarie sunt dotem ipso iure minuunt; utiles autem si mandato mulieris facte sunt mandati actione repetuntur; mandato cessante negotiorum gestorum actio intenditur. In voluptariis voluntas mulieris non distinguitur: quocumque enim modo facte sint, non tamen aliter eas servabit nisi quatenus deducere poterit sine lesione rei. Ceterum in necessariis distinguitur ...

Accursio non ha ripetuto tale interpretazione nella sua Glossa Magna. Non si trova una glossa sulle parole *deductio operis*. Azone dedica alcune parole al testo del Codice, ma non dà più di una ripetizione del testo stesso:

Azo, Summa Codicis ad C.5.13.1.5f: In voluptariis autem expensis, licet fiant voluntate mulieris, nulla actio datur ei, sed permittitur deductio operis quod fecit, sine laesione tamen prioris speciei, ut infra ea. l. Sed nec ob impensas [C.5.13.1.5e].

Di conseguenza a questo punto possiamo ritornare al punto di partenza di questa breve comunicazione. Nel passato si è detto che Martino per alcuni aspetti si differenziava dagli altri glossatori, perché manteneva più il punto di vista del diritto canonico. Alcuni esempi svolgono un ruolo importante in questa dottrina. Martinus insegnava che i *puberes*, che avevano meno di 25 anni, potevano aggiungere un giuramento ai loro contratti e per conseguenza sancire la validità delle loro obbligazioni. Questa opinione di Martino è divenuta *ius cogens* grazie a Federico Barbarossa, che ha incluso la Costituzione *Sacramenta Puberum* nel Codice (aut. post. C.2.27(28).1 = LF 2.53.10). Un secondo esempio si trova nella Decretale *Pastoralis* (3 Comp. 2.5.3; X 2.12.5) di Innocenzo III del 1202, ove il Papa ha codificato il principio, che lo stesso *libellus* può contenere un'azione petitoria insieme con un'azione possessoria. Un terzo esempio lo forniscono i contratti *in favorem tertii*, dei quali Martino insegnava che erano validi, una opinione che è trasmessa in alcuni Statuti delle

²⁶ T.WALLINGA, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano* (supra, nt.5) p.380-386.

città dell'Italia del Nord, fra gli altri gli statuti di Pisa. Ci sono altri esempi minori, come la questione se il venditore *cogitur praecise ad rem venditam transferre* (Vetus Coll. 60), o il colono che può trasferire la proprietà del fondo affittato (Vetus Coll. 4), il *fiscus* che deve esser *bona fide* per trasferire la proprietà della cosa venduta (Vetus Coll. 71) e la limitazione della pena contrattuale al doppio del valore del contratto (Vetus Collectio 85). L'ultimo esempio è forse il più importante, l'arricchimento senza causa. Forse è troppo facile pensare ad un influsso della dottrina canonistica della restituzione per spiegare l'interpretazione di D.3.5.5.5 fornita da Martino. Colui che ha edificato sul fondo di altrui non ha solamente un *ius retentionis*, ma ha anche una *actio utilis* per recuperare le sue spese. Il marito, invece, che ha fatto *impense voluptariae* ha soltanto la *deductio operis* e non ha un'azione. In un articolo di alcuni anni fa ho ampiamente citato il lavoro di Ennio Cortese. Credo che egli abbia ragione, quando invoca l'autorità dell'Ostiense e considera Martino come un *uomo spiritualis*²⁷. La connessione fra il diritto canonico e l'interpretazione data da Martino dei testi che dal punto di vista moderno, non medievale, offrono vari rimedi che per le generazioni ulteriori potevano servire come punti di riferimento, resta ancora un mistero che non possiamo spiegare con una relazione monocausale con il diritto canonico.

²⁷ E.CORTESE, *Le Grandi Linee della Storia Giuridica Medievale*, Roma 2000, p.262, ove cita Hostiensis, *Lecturai Decretalium*, in X 1.43.9, de arbitris, Per tuas, gl. Indistincte: *Martinus enim spiritualis homo fuit et, secundum tempus quod tunc currebat, semper divinae legi adhaerebat contra rigorem iuris civilis. Iob [Ioannes Bassianus] vero non sapiebat quae sunt spiritus, sed tanquam animalis multiplicationi temporalium et rigori iuris civilis quasi per omnia intendebat. Unde et ipse et sequaces sui, qui hodie Multi sunt, spiritualies opiniones reprehendunt et dicunt: 'haec est aequitas capitanea, aequitas bursalis Martiniana'. Sent velint nolint hanc aequitatem de iure necesse habent sequi ubicunque agitur de periculo animarum.*