

Maria Derudas

IL CONCETTO DI DIRITTO COMUNE IN GIROLAMO OLIVES

SOMMARIO: Premessa - 1. Funzione del diritto comune in Girolamo Olives - 2. Identificazione del diritto comune in Girolamo Olives - 3. Contenuto del diritto comune in Girolamo Olives

Premessa

Gli studi storici del diritto sono sempre stati percorsi ed animati da nuovi e possenti fremiti di vita. Si parte da vecchie posizioni, già in passato ritenute definitivamente pacifiche, per ritornarvi con un nuovo bagaglio di esperienze ed ipotesi che si danno per vere e che, in un futuro, potrebbero essere ancora abbandonate a fronte di altri risultati, con la stessa facilità con cui le stesse sono state accettate. Ma questo è il ritmo della scienza giuridica.

Tutto è, però, indice di grande vitalità, di energia, di entusiasmo ed anche, talvolta, di passione e di fede, il ché denota una fatica ed un'operosità che non potranno non essere che feconde. Nuovi indirizzi si sostituiscono ai vecchi, e non importa se per costruire si distrugge qualcosa di particolarmente caro. Il Besta insegna che anche le demolizioni sono necessarie, quando il nuo-

vo edificio debba assodare la resistenza dei suoi appoggi¹.

Gli studi sulla formazione e sulla natura del diritto comune, specie nello scorso secolo, hanno dato vita ad accesi dibattiti tra i maggiori storici del diritto alle cui opere magistrali rimandiamo per un maggiore approfondimento sul tema².

Il vastissimo campo ove questo sistema, se di sistema si può parlare, ha operato la sua eccezionale e straordinaria longevità,

¹ E. Besta, *Avviamento allo studio della storia del diritto italiano*, Padova 1926, p. 156.

² E. Besta, *Introduzione al diritto comune*, Milano 1938; *La Carta de logu quale monumento storico-giuridico*, in E. Besta-P.E. Guarnerio, *Carta de Logu de Arborea. Testo con prefazione illustrative*, in *Studi sassaresi*, III (1905). F. Brandileone, *I "due diritti" e il loro odierno insegnamento in Italia*, in *Nuova Antologia*, fasc. 1352 (1928). E. Bussi, *Intorno al concetto di diritto comune*, Milano 1935. F. Calasso, *L'insegnamento del diritto comune*, in *Archivio giuridico*, CX (1933); *Il concetto di diritto comune*, in *Archivio giuridico*, CXI (1934); *Storia e sistema delle fonti del diritto comune: I. Le origini*, Milano 1938; *Il problema storico del diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II, Milano 1939; *La cost. "Puritatem" del Liber Augustalis e il diritto comune nel Regnum Siciliae*, in *Studi di storia e di diritto in onore di C. Calisse*, vol. I, Milano 1940. C. Calisse, *Intorno al diritto comune pontificio*, in *Atti del I congresso di studi romani*, IV, Roma 1931; *Il diritto comune con speciale riguardo agli Stati della Chiesa*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II, Milano 1939; *Intorno alle relazioni tra statuti e diritto comune*, in *Studi di storia e diritto in memoria di G. Bonolis*, vol. I, Milano 1942. E. Cortese, *Diritto romano e diritto comune in Sardegna*, in *Appunti di storia giuridica sarda*, Milano 1964; *Il diritto nella storia medievale, II, Il basso medioevo*, Roma 1995. G. Ermini, *Guida bibliografica per lo studio del diritto comune pontificio*, Bologna 1934; *Jus comune e utrumque ius*, in *Acta congressus iurid. internal.*, Romae 12-17 nov. 1934, vol. II, Romae 1935; *La giurisprudenza della Rota romana come fattore costitutivo dello "Jus comune"*, in *Studi in onore di Francesco Scaduto*, Firenze 1936; *Corso di diritto comune*, Milano 1943. G. M. Monti, *Il diritto comune nella concezione sveva ed angioina*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. II, Milano 1939. A. Rota, *La realtà storica del diritto comune*, in *Studia et documenta historiae et iuris*, III (1937); *L'universalità del diritto comune nel pensiero di maestro Boncompagno da Signa*, in *Studi di storia e diritto in onore di C. Calisse*, vol. III, Milano 1940; *Il diritto comune*, Roma 1946. F. Sini, *Comente comandat sa lege. Diritto romano nella Carta de Logu d'Arborea*, Torino 1997. A. Solmi, *Contributi alla storia del diritto comune*, Roma 1937; *Corso di diritto comune*, a cura dei dott. Ojetti, Sciolla e Vittorio Solmi, Roma 1940.

che dall'alto Medioevo lo fa sopravvivere fino agli albori delle codificazioni, rende la risoluzione di tale problema più difficile e complicata che mai.

Tutte le energie, malgrado qualche tenace resistenza, sono state rivolte soprattutto alla ricerca di un concetto di diritto comune che ben ha definito, nella nostra storia del diritto, così come altri infiniti concetti, un contenuto ed una sostanza ben individuati.

Ma qui, mi pare, sta proprio il problema: nel non avere, cioè, ancora bene delimitato i confini di questo diritto comune. Questa indagine deve necessariamente procedere e determinare l'altra, conclusiva, sul concetto.

Bisogna poi riconoscere che, se tale concetto si ricerca nelle opere di coloro che avrebbero chiaramente dovuto formularlo, o non lo si trova affatto, o ancora, se talvolta lo si trova, esso non coincide con quello che la critica e l'esegesi più empirica ci presentano nelle stesse opere e negli stessi autori.

Esporrò la ragione di questo contrasto più innanzi, quando anche io sarò costretta a prenderla in debita considerazione.

E', infatti, proprio un'indagine sul concetto di diritto comune quella che intraprendo in questo lavoro, circoscrivendola ad un solo autore e ad una sola opera, peraltro relativa alla Sardegna, terra che alcuni, per ragioni storiche e politiche, hanno ritenuto estranea allo sviluppo ed alla applicazione di questo ordinamento giuridico al quale molti ne hanno riconosciuto l'universalità.

La sopravvivenza del diritto romano in Sardegna ha sempre interessato gli storici del diritto nelle loro ricerche sulle origini del diritto sardo stante la permanenza dell'Isola dell'orbita dell'influenza di Roma e Bisanzio³.

³ F. Ciccaglione, *L'Italia bizantina*, Sassari 1897, pp. 145 ss.; E. Besta, *Il diritto sardo nel medioevo*, Bari 1898, dove sono accentuate le origini romane del diritto romano.

L'opera in esame è il Commento alla Carta de Logu di Arborea⁴, del giureconsulto sassarese Girolamo Olives⁵.

Abbastanza oscure sono le notizie sulla vita di questo nostro giurista, oscurità che ha fatto perfino dubitare sul suo luogo di nascita, sebbene ormai sia pacifico nel ritenerlo nato a Sassari; e la prova più chiara di ciò sta nella circostanza che anche il sassarese Vico⁶ lo definisce ripetutamente *concivis noster* in vari passi del suo commento alle Regie Prammatiche.

Intendo fare soltanto alcune considerazioni sull'attività scientifica dell'Olives, in base, soprattutto, alle affermazioni del Mor⁷.

⁴ Hieronymi Olives Sardi, *Commentaria et glossa in Cartam de Logu*, Sassari MDCXVII e Calari MDCCXXV.

⁵ Giureconsulto e magistrato di fama nazionale vissuto nel secolo XVI. Nato a Sassari nel 1505 Girolamo Olives, dopo aver conseguito in Spagna gli studi di diritto civile e canonico conseguendo la laurea dottorale, intraprese la carriera forense nella sua città natale, raccogliendo le sue numerose e dotte consultazioni (*Consilia*) più volte menzionate nel suo commento alla Carta de Logu. Il Tola ritiene che i suoi *Consilia* (almeno in numero di 110) siano stati pubblicati in quanto i numerosi richiami nella sua opera maggiore presuppongono una loro naturale divulgazione a mezzo stampa. Per la sua fama, per le sue indubbie doti di giurista e per la sua integrità, la corte spagnola gli aprì la strada della magistratura facendogli ricoprire prima l'incarico di avvocato fiscale della Reale Udienza di Cagliari (1545) ed in seguito quello di avvocato del fisco nel supremo Consiglio di Aragona (1555). In entrambe le cariche rifuse per dottrina e fermezza ed equanimità del giudizio, anche allora tanto rara nei magistrati. E' in questo periodo che iniziò ad ordinare le sue chiose sopra il rinomato codice di Eleonora d'Arborea. La sua opera "*Commentaria et glosa in cartam de logu*", il primo commento della Carta de Logu, iniziata dopo il 1555 sotto il regno di Filippo II (ciò lo si desume dallo stesso commento al cap. 1, dove appunto si parla di Filippo II come sovrano regnante), vide la sua prima edizione a Madrid nel 1567 e ben presto fu adottata in Sardegna da tutti i tribunali come norma di riferimento nell'applicazione delle leggi contenute nell'antico codice nazionale. Seguirono altre tre edizioni dei *Commentaria* dell'Olives: Sassari 1617, Cagliari 1708, Cagliari 1725.

⁶ Francesco Angelo de Vico, *Leyes y Pragmaticas reales del reyno de Sardenña*, Napoli 1640. Le note biografiche sull'Olives sono precisamente e conformemente date da P. Martini, *Biografia sarda*, Cagliari 1837-38, II p. 339, e da P. Tola, *Dizionario biografico degli uomini illustri di Sardegna*, Torino 1838, III, p. 29.

⁷ C. G. Mor, *Sul commento di Girolamo Olives giureconsulto sardo del sec. XVI alla Carta de logu di Eleonora d'Arborea*, in *Testi e documenti per la storia del diritto agrario in Sardegna*, Sassari 1938, p. 57 e ss.

E' senza dubbio singolare la cultura giuridica del nostro commentatore, per i suoi tempi arretrata, che denota una deficienza dell'ambiente e della scuola. Anche se, contrariamente a quanto afferma il Mor, ritroviamo una citazione dell'Alciato (1492-1550) nel paragrafo 2 del commento al capitolo 15⁸, bisogna tuttavia convenire che in linea di massima le conoscenze scientifiche dell'Olives non vanno al di là del secolo XV.

Per quanto concerne poi la semplicità del suo stile e della costruzione dottrina ed il modo di procedere nel commento, "non completamente ligio alla tradizione scolastica italiana", così come notato dallo stesso Mor⁹, è una prova chiara ed evidente delle intenzioni dell'Autore nel dare alla stampa la sua opera.

L'Olives, infatti, teniamolo ben presente, non è un maestro, un insegnante di diritto, e neppure un dottore, inteso nel significato più scolastico della parola; egli è invece un pratico, un avvocato, divenuto più tardi, per le sue doti eccelse, un alto magistrato. La sua attività scientifica è legata a questa sua reale posizione. Come tale egli, venendo incontro ad una necessità sentita nella sua patria, scrive l'unica sua opera di qualche proporzione¹⁰ indubbiamente con intendimenti pratici ed al solo scopo di dare un po' di luce alla sempre valida, ma a quei tempi forse già male in-

⁸ "*Licea capere malefactorem, num. 59 et sequitur Alciatus in suo tractato praesump. In regula 3 et in praesump. 33*".

⁹ C. G. Mor, *Sul commento di Girolamo Olives*, cit., p. 58. L'autore sottolinea come l'Olives, dopo una breve parafrasi del testo, spesso diviso in *particulae*, spiega i termini volgari, ricordando usi caratteristici della Sardegna, passando poi alle vere teorie giuridiche costruite su pochi elementi essenziali, senza attardarsi su opinioni contrastanti. Solo in presenza delle *auctoritates* dei dottori e dei testi romani da loro adottati, l'Olives, forte del testo arborense e degli usi locali, a volte esprime una sua difforme conclusione, avvalorandola con citazioni di altri testi romani contrari a quelli già adottati. Ciò sta a conferma di quanto più sopra esposto, cioè lo spirito della sua opera confezionata al solo scopo di fornire una interpretazione pratica del diritto vigente in Sardegna ad uso della magistratura sarda e degli operatori del diritto ai quali l'Olives rimproverava di "*male praticare*".

¹⁰ I "*Consilia*" sono di un'epoca precedente e nulla dicono di eccezionale.

terpretata, legislazione arborese. Ecco perché le “*Quaestiones*” di Olives non sono e non possono essere ricomprese tra le note dispute scolastiche su casi immaginari del diritto.

Da quanto detto non può assolutamente derivarne che il Commento alla Carta de Logu, sia stato indirizzato, così come sostenuto dal Mor¹¹, più agli spagnoli che ai sardi.

Il fatto che esso fu scritto e pubblicato per la prima volta a Madrid, nel 1567, non è sufficiente per affermare tale tesi, considerata anche la limitata e scarsa utilità che gli spagnoli stessi ne avrebbero potuto trarre, dovendosi invece sottolineare l’indubbia necessità di una simile compilazione, non soltanto per gli studiosi ma ancor di più per la giurisprudenza e per il foro sardo. A questa conclusione, con felice intuito, era giunto lo stesso Schupfer¹² affermando che in Sardegna le glosse dell’Olives “ebbero vigore di legge”.

L’impegno maggiore nell’affrontare il presente lavoro è stato quello di costruire, con una certa organicità dottrinaia (affatto inesistente nell’opera dell’Olives), sulla scorta di riferimenti sparsi qui e là nel commento alla Carta, una funzione del diritto comune che mi ha indirizzata poi ad identificarne il contenuto e la sostanza nell’intimo concetto dell’autore, liberandoli da tutte le possibili supposizioni ed ipotesi suscitate da considerazioni generali che, per maggiore completezza, ho ritenuto di non dover trascurare.

¹¹ C. G. Mor, *Sul commento di Girolamo Olives*, cit., p. 68.

¹² F. Schupfer, *Manuale di storia del diritto italiano. Le fonti*, 1908, p. 380, nota bibliografica.

1. *Funzione del diritto comune in Girolamo Olives*

Il problema sostanziale nella concezione dell'Olives sembra essere proprio quello che pone in contrasto l'unitario organismo dello *ius commune* (unitario, intendiamoci, nel suo significato ideale e storico) e la vasta congerie dei diritti concorrenti, in Sardegna peraltro non ancora ben individuata.

Tale problema domina un'epoca tormentata della storia giuridica, e non soltanto italiana: l'epoca denominata "del diritto comune".

E' l'eterna lotta fra l'antico ed il nuovo; è il logico contrasto fra tutto un organico sistema, quello del *Corpus Iuris Civilis Romanorum*, impostosi quale unica grande forza della stirpe latina rispetto ai barbari invasori, affermatosi nella venerazione studiosa della Glossa, e quello del vario fluttuare di norme che contengono una non indifferente rigidità, norme dettate da nuove esigenze di vita e dal rigoglioso fiorire di una comunità che risorge.

L'epilogo meraviglioso della lotta segna in ogni campo una marcata evoluzione.

Da un lato la scienza giuridica di quel tempo si sente ancora intimamente legata all'antico diritto; dall'altro i Comuni impongono il nuovo diritto con tutto il peso delle loro vitali esigenze. Inoltre la scienza giuridica ci da una chiara dimostrazione di aver capito appieno il compito che le è stato assegnato dalla storia.

Essa, infatti, diventa il fattore più importante della evoluzione giuridica succitata.

E' il periodo dei commentatori, nel quale occorre tener comunque presente il divario che esiste, sia nel metodo di studio

che in quello di produzione scientifica, fra glossatori e commentatori.

Questi, come dice il Calasso¹³, “guardano ai testi romani con l’antico rispetto, ma non più con l’antico entusiasmo commosso: alla esposizione semplice, calda, ingenua, sostituiscono la fredda dialettica, con questa innestando, tra le fibre del tronco antico, elementi di vita tolti dalla realtà quotidiana. Siamo nei secoli XIV e XV”. E’ ciò che il Calasso dice limitatamente ai testi romani.

Il Besta¹⁴ osserva in un più vasto orizzonte: “I postglossatori adottarono verso le norme estranee al *Corpus Iuris* una tattica nuova: le distrussero come sistema ed accolsero gli elementi isolati dentro il sistema proprio. Non temevano più come i glossatori (perciò ligi ai testi) la contaminazione dei testi romani; sentivano, dice bene il Calasso, il bisogno di aderire alla realtà della vita; più che ai testi in sé e per sé guardarono al loro spirito”.

All’interno di questa linea di pensiero, riconosciuta ormai dall’unanimità degli studiosi, i commentatori affrontarono, e questa fu la loro più grande battaglia scientifica, il problema dei diritti concorrenti.

Lo affrontarono, costretti da vitali esigenze, con una disposizione d’animo del tutto diversa da quella che nel periodo della Glossa aveva accolto al suo nascere, tra indifferenza e disprezzo, il diritto asinesco degli statuti (come veniva definito da Odofredo). I commentatori arrivarono alla risoluzione di tale problema attraverso un’intensa attività che non poté passare inosservata.

Alla fine del XV secolo le posizioni che assunsero i due sistemi di diritto, quello che determina lo “*ius proprium*” e quello che agisce da “*ius commune*”, erano nettamente marcate e diver-

¹³ F. Calasso, *Il problema storico del diritto comune*, cit., p. 43 dell’estratto.

¹⁴ E. Besta, *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 44.

se, nonostante una terminologia talvolta ambigua le abbia spesso travisate.

E' questa l'epoca in cui il diritto comune, inteso come ordinamento universale di fronte all'affermarsi sempre più incalzante di ordinamenti particolari, perse gran parte della sua originaria absolutezza, lasciando comunque una grande impronta in tutta la produzione, non solo scientifica ma anche politica dei secoli XII e XIII: si parla quindi di diritto comune sussidiario¹⁵.

Girolamo Olives, sebbene vissuto nel secolo XVI, visse immerso completamente, quale commentatore, nel secolo precedente. La sua cultura giuridica, fundamentalmente basata sui dottori dei secoli XIV e XV, partecipa attivamente alle dispute e alle lotte da questi vivacemente sostenute, e non soltanto in campo teorico, ma soprattutto in quello pratico. Pertanto nei suoi commenti alla Carta de Logu, che mira appunto ad effetti prevalentemente pratici, gli echi di tale lotta sono frequenti in vari punti. L'Olives, *more solito*, non si sofferma più del necessario a prendere in esame le singole e contrastanti opinioni che adduce nella sua argomentazione; anzi, di solito, espone la propria convinzione, avvalorata dall'autorità d'insigni dottori quali Bartolo, Baldo, Luca da Penne ed altri. Credo a questo proposito opportuno e molto espressivo far notare la profonda conoscenza e la calda ammirazione dell'Olives verso due commentatori particolarmente impegnati in materia di statuti, Alberto da Gandino e Alberico da Rosate.

¹⁵ Troviamo in Besta, *Introduzione*, cit., p. 9, la seguente affermazione: "Né si può adeguare il diritto comune a quello che il Savigny chiamava il diritto sussidiario: può essere stato primario".

Credo che l'osservazione del grande Maestro, davvero acutissima, debba intendersi limitata ai secoli XII° e XIII°, nei quali si potrebbe parlare, secondo la nuova espressione del Besta, di diritto comune primario. Nei secoli successivi, che sono proprio quelli che ci interessano, la funzione sussidiaria del diritto comune è ormai pacificamente riconosciuta e confermata. Cfr., F. Calasso, *Il problema storico del diritto comune*, cit., p. 47.

Del primo l'Olives cita soltanto il trattato di diritto criminale "De Maleficiis", ove già il Gandino in più parti coglie l'occasione per trattare questioni che si riferiscono agli statuti¹⁶, senza fare però menzione alcuna alle "Quaestiones statutorum"¹⁷.

Per quanto concerne il secondo, l'influenza che egli abbia esercitato sull'Olives è dimostrata sia dai frequenti richiami che si ritrovano nel commento alla Carta de Logu, sia dall'integrale riproposizione delle dottrine di Alberico da Rosate ogni qual volta che se ne presenta l'occasione.

Così inquadrata nella storia e nella scienza, la figura del nostro giurista sardo, sono estremamente interessanti e degne di particolare attenzione le sue deduzioni sulla concezione di diritto comune.

Intendo ora procedere ad una breve rassegna di brani del commento alla Carta de Logu che si ricollegano in maniera significativa alla vessata materia delle relazioni fra *ius commune* e *ius proprium*.

Questione centrale, intorno alla quale immancabilmente tutti i commentatori discussero considerandola il fulcro di ogni trattazione in materia di statuti, questione che tutt'oggi è oggetto, in relazione al diritto comune, di più ampie e precise ricerche, è quella che riguarda l'interpretazione delle norme contenute nella Glossa Magna al Digesto "Omnes populi"¹⁸, ove è detto che tutti i

¹⁶ v. C. Calisse, *Storia del diritto italiano. Le fonti*, Firenze 1930, p. 385.

¹⁷ v. A. Solmi, *Bibliografia giuridica m. aevi*, vol. III, p. 157.

¹⁸ D. 1, 1, 9 (Gaius 1 *inst.*): *Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur. Nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius proprium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur.*

Cfr. anche I. 1, 2, 1: *Ius autem civile vel gentium ita dividitur: omnes populi, qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur: nam quod quisque populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium civitatis est vocaturque ius civile, quasi ius pro-*

popoli hanno, accanto ad un diritto comune, un diritto proprio che ciascun popolo forma da sé e per se stesso e che è il diritto della loro città.

I commentatori, al fine di difendere l'efficacia del diritto statutario, proprio di ogni città ed imposto dalle reali condizioni di vita di ogni giorno, si arroccarono tenacemente intorno a questo principio, peraltro già affermato nel diritto giustiniano, senza tuttavia venir meno al tradizionale rispetto per l'ordinamento giuridico, al quale tuttavia riconoscevano un valore superiore ed universale.

Nella frase di Gaio, divenuta per Alberico da Rosate¹⁹ “*fundamentum ad istam materiam statutorum*”, si individuò la più valida giustificazione ad ogni atto esplicito della volontà popolare, purché fosse compiuto nei modi legittimi o, meglio ancora, nei limiti che la legge comune dichiarava sufficienti.

Per stabilire i rapporti tra *ius proprium* e *ius commune* gli interpreti d'allora si attennero all'esatta dizione della legge romana.

Sulla base di essi l'Olives, nel suo commento alla Carta de Logu, si pose la questione, risolvendola secondo la comune interpretazione suaccennata²⁰.

Egli dice:

“*Et licet talia statuta sint contra ius commune, tamen communis opinio*²¹ *est, quod tenent, ut concludit Alberico da Rosa-*

prium ipsius civitatis: quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Et populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utitur, quae singula qualia sunt, suis locis proponemus.

¹⁹ *Tractatus de statutis*, lib. 1, *quaestio* 1^a.

²⁰ Commento al Cap. 54 della C. de L., paragr. 3, *De Corona*.

²¹ Si veda con attenzione la netta indipendenza fra il diritto comune e la *opinio communis*.

*te*²². *Et insuper ego dico quod talia statuta non videntur simpliciter contra ius commune, cum iure permittente siant; nam de iure quilibet populus potest statuere ius sibi conveniens secundum tempora et loca, et alias, quia non videtur irreprehensibile reputari secundum exigentiam necessitatum. Si ergo hoc est de iure permissum, ergo non videtur simpliciter hoc statutum esse contra ius commune*".

Trovato dunque un fondamento giuridico al potere legislativo statutario, giustificato dal bisogno che ogni popolo aveva di un proprio statuto per la propria esistenza, si riconobbe, però la necessità di venire incontro, quanto prima, ad ogni sfrenata e libera interpretazione del principio giuridico contenuto nel Digesto²³.

L'opera fattiva e creatrice dei commentatori assunse anche questo non lieve compito. In tutta la produzione scientifica dei secoli XIV e XV scorre il fremito della nuova vita che vivificava la gloriosa Italia e la porta, con passi giganteschi ed ad una rapidità che a molti storici è sfuggita, specie a quelli digiuni di ogni elemento giuridico, verso l'insuperato Rinascimento.

E la ragione di tale rapidità, soprattutto nel campo del diritto, è proprio da ricercarsi nei rapporti tra il diritto comune ed i singoli diritti particolari; infatti, questi ultimi nacquero e s'irrobustirono sotto la paterna tutela del primo.

Se vi fu una dottrina che si adoperò con alto spirito di comprensione a solidificare le basi del nuovo diritto, essa fu la stessa dottrina che, convinta della reale necessità di mantenere in vita il vecchio eppur così florido ordinamento giuridico, forgiò quel sistema di norme che ebbe il generico nome di diritto comune, il

²² *Tractatus de statutis*, lib. 1, questione 7^a, paragr. 1 del Commento.

²³ Non è questa la sola teoria avanzata dai giuristi dell'epoca per riconoscere agli statuti l'efficacia di legge. Sul punto v. C. Calisse, *Storia del diritto italiano*, cit. p. 217 e ss.

cui preciso concetto sfugge ancora oggi all'esame critico degli studiosi, come forse sfuggì ai contemporanei, sebbene fosse così vivo e chiaro nella sua realtà storica.

Alla sfrenata e naturale attività dello *ius proprium*, dunque, fu opposta la classica compostezza e la severità dell'antico diritto romano nella nuova interpretazione dottorale, ma sempre nella sua riconfermata superiorità.

L'evoluzione degli ordinamenti statutari fu così una evoluzione disciplinata, controllata e per questo particolare motivo raggiunse in breve tempo grandi risultati.

Anche perciò il diritto comune appare, nella storia del diritto italiano, come qualcosa di più di un semplice elemento formativo; è invece, per dirla con una frase del Brandileone, un *quid* che dà l'individualità, la personalità alla storia del suo diritto, l'alito che vivifica.

Quanto detto circa l'interpretazione degli statuti è ben chiaro nel Commento alla Carta de Logu²⁴ ove l'Olives, dopo aver affermato che:

“... etsi in maleficiis puniendis ius commune trahitur ad similes casus²⁵, tamen ius municipale, quanto iuri communi contrariatur, non trahitur ad similia”²⁶

²⁴ Commento al Cap. 6 della C. de L., paragr. 1 e 2, *De tener su malefatore*.

²⁵ C. 6, 2, 1-22, *De furtis et de servo corrupto*. E' la rubrica che contiene molte costituzioni alle quali il nostro commentatore fa riferimento.

²⁶ D. 49, 16, 13 (Mac. 2 *de re milit.*): *Milites agrum comparare prohibentur in ea provincia, in qua bellica opera peragunt, scilicet ne studio culturae militia sua avocentur. et ideo domum comparare non prohibentur. Sed et agros in alia provincia comparare possunt. ceterum in ea provincia, in quam propter proelii causam venerunt, ne sub alieno quidem nomine eis agrum comparare licet: alioquin fisco vindicabitur. 1. Is autem, qui contra disciplinam agrum comparaverit, si nulla de ea re quaestione mota missionem acceperit, inquietari prohibetur. 2. Illud constat huius praescriptionis commodum ad eos, qui ignominiae causa missi sunt, non pertinere, quod praemii loco*

conclude dicendo che:

“quia statuta sunt stricti iuris, et tantum disponunt, quantum esprimunt”²⁷.

Ed ancora dice nel commento allo stesso capitolo 6:

“Nemo enim presumitur velle quod non dixit”²⁸; et sic in eo

veteranis concessum intellegitur: et ideo et ad eum, qui causaria missus est, potest dici pertinere, cum huic quoque praemium praestatur. 3. Missionum generales causae sunt tres: honesta causaria ignominiosa. honesta est, quae tempore militiae impleto datur: causaria, cum quis vitio animi vel corporis minus idoneus militiae renuntiatur: ignominiosa causa est, cum quis propter delictum sacramento solvitur. et is, qui ignominia missus est, neque Romae neque in sacro comitatu agere potest. et si sine ignominiae mentione missi sunt, nihilo minus ignominia missi intelleguntur. 4. Inreverens miles non tantum a tribuno vel centurione, sed etiam a principali coercendus est. nam eum, qui centurioni castigare se volenti restiterit, veteres notaverunt: si vitem tenuit, militiam mutat: si ex industria fregit vel manum centurioni intulit, capite punitur. 5. Eius fugam, qui, cum sub custodia vel in carcere esset, discesserit, in numero desertorum non computandam Menander scripsit, quia custodiae refuga, non militiae desertor est. eum tamen, qui carcere effracto fugerit, etiamsi ante non deseruerit, capite puniendum Paulus scripsit.

Rinveniamo quasi identiche espressioni in Alberico, *Tractatus de statutis*, lib. 1, q. 9: Commento al Cap. 6 della C. de L., paragr. 22, “*aut statutum est contra ius commune, et tunc non extenditur*”; *id.* paragr. 23, “*si vero non est contra ius commune, tunc trahitur ad similia*”.

²⁷ D. 45, 1, 99 (Cels. 38 dig.): *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. nec rursus promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum. 1. Si stipulatus hoc modo fuero: ‘si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?’ , non nisi praeterito biennio recte petam: nam etsi ambigua verba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter verum fuit te Capitolium non ascendisse.*

²⁸ D. 33, 10, 7 (Cels. 19 dig.): *Labeo ait originem fuisse supellectilis, quod olim his, qui in legationem proficiscerentur, locari solerent, quae sub pelliibus usui forent. 1. Tubero hoc modo demonstrare supellectilem temptat: instrumentum quoddam patris familiae rerum ad cottidianum usum paratarum, quod in aliam speciem non caderet, ut verbi gratia penum argentum vestem ornamenta instrumenta agri aut domus. nec mirum est moribus civitatis et usu rerum appellationem eius mutatam esse: nam fictili aut lignea aut vitrea*

(statuto), *quod non espressi, remanet in dispositione iuris communis*²⁹.

Oltre all'interpretazione che ricava dai due frammenti del Digesto e da quello del Codice, per confermare il principio esposto, l'Olives cita, anche in questo punto, Alberico da Rosate³⁰ nel

aut aerea denique suppellectili utebantur, nunc ex ebore atque testudine et argento, iam ex auro etiam atque gemmis suppellectili utuntur. quare speciem potius rerum, quam materiam intueri oportet, suppellectilis potius an argenti, an vestis sint. 2. Servius fatetur sententiam eius qui legaverit aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre: verum si ea, de quibus non ambigetur, quin in alieno genere essent, ut puta escarium argentum aut paenulas et togas, suppellectili quis adscribere solitus sit, non idcirco existimari oportere suppellectili legata ea quoque contineri: non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere. id Tubero parum sibi liquere ait: nam quorsum nomina, inquit, nisi ut demonstrarent voluntatem dicentis? equidem non arbitror quemquam dicere, quod non sentiret, ut maxime nomine usus sit, quo id appellari solet: nam vocis ministerio utimur: ceterum nemo existimandus est dixisse, quod non mente agitaverit. sed etsi magnopere me Tuberonis et ratio et auctoritas movet, non tamen a Servio dissentio non videri quemquam dixisse, cuius non suo nomine usus sit. nam etsi prior atque potentior est quam vox mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur: nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam ka^ tî çn£rqrJ fwní dicere existimamus.

²⁹ D. 24, 3, 22 (Ulp. 33 ad edict.). Ricordiamo per tutte: *Si, cum dotem daret pater vel extraneus pro muliere, in unum casum pepigit, vel in divortium vel in mortem, dicendum est eum in casum, in quem non pepigit, esse mulieri actionem.*

Cfr. inoltre, D. 12, 4, 6 (Paul. 26 ad edict.): *Si extraneus pro muliere dotem dedisset et pactus esset, ut, quoquo modo finitum esset matrimonium, dos ei redderetur, nec fuerint nuptiae secutae, quia de his casibus solummodo fuit conventum qui matrimonium sequuntur, nuptiae autem secutae non sint, quaerendum erit, utrum mulieri conditio an ei qui dotem dedit competat. et verisimile est in hunc quoque casum eum qui dat sibi prospicere: nam quasi causa non secuta habere potest conditionem, qui ob matrimonium dedit, matrimonio non copulato, nisi forte evidentissimis probationibus mulier ostenderit hoc eum ideo fecisse, ut ipsi magis mulieri quam sibi prospiceret. sed et si pater pro filia det et ita convenit, nisi evidenter aliud actum sit, conditionem patri competere Marcellus ait.*

Ed ancora, C. 6, 25, 3: Ant. A. Maxentio et aliis. *Si mater vos sub conditione emancipationis heredes instituit et, priusquam voluntati defunctae pareretur, sententiam pater meruit vel aliter defunctus est, morte eius vel alio modo patria potestate liberati ius adeundae hereditatis cum sua causa quaesistis.*

³⁰ *Tractatus de statutis*, lib. 1, q. 9, paragr. 19 del Commento alla C. de L.

quale troviamo, e ciò è sintomatico, le stesse citazioni romanistiche e la seguente espressione:

“casus non decisis a statuto remanet decisioni iuris communis”.

Pertanto la funzione limitatrice del diritto comune nei confronti dello *ius proprium* è chiaramente posta in rilievo nella prima parte di questo passo, così come appare inequivocabile la sua posizione di legge generale e superiore.

Nella seconda parte dello stesso passo, invece, il diritto comune ci si presenta, nella concezione dell’Olives, nella sua classica funzione di ordinamento giuridico sussidiario, cui si deve ricorrere per supplire ad ogni necessità non contemplata nello statuto che, tra l’altro, è di stretto diritto.

Sono affermazioni queste, che il giurista sardo, nel suo commento, non si stanca di ripetere. Le ritroviamo ancora nel commento al capitolo 14³¹ quando l’autore riporta, oltre che le già citate citazioni romanistiche del commento al capitolo 6, quelle di Alberico più sopra riportate.

E nel commento al capitolo 38³² si legge ancora:

*“Istud statutum ... exorbitat a iure communi; ergo est stricte intelligendum secundum Alberico da Rosate”*³³.

L’Olives in altre parti del suo Commento³⁴ ritorna ancora sul-

³¹ Commento al Cap. 14 della C. de L., paragr. 8, *De inquisitione*.

³² Id., *De proare sos caddos*, paragr. 2 del Commento.

³³ *Tractatus de statutis*, lib. 1, q. 2, paragr. 3: *“Illa statuta sunt stricti iuris, quae sunt contra dispositionem iuris communis”*.

³⁴ Commento al Cap. 99 della C. de L., paragr. 5, 6, 10, *De coyuanca et heredamentu*.

lo stesso argomento enunciando il principio “*casus omissis a statuto remanet in disposizione iuris communis*”.

Dice in seguito³⁵:

“*Cum ista dispositio capituli nostri ... sit conformis iuri communi, regolabitur per omnia secundum ius commune; ut late habes per Alberico da Rosate*”³⁶.

Con quanto detto finora non si è tuttavia esaurita, in Olives, la teorica delle relazioni fra diritto comune e diritti particolari; pertanto potrei astenermi da una più lunga elencazione dei casi che nulla di eccezionale aggiungerebbero a quanto già esposto. Tuttavia, per dare maggior completezza e maggior consistenza alla materia trattata e per trarne così più fondate convinzioni, farò un esame di altre parti significative del Commento che presentano qualche nuova caratteristica.

Nel capitolo 15 del commento alla Carta de Logu, *De delinquentes*³⁷, è contenuto il seguente principio:

“*Argumentum a contrario sensu non est secundum in statutis, quando resultat absonus intellectus et contra mentem et dispositionem iuris communis*”.

Esponendo il contenuto di tale capitolo, ove tra l’altro si dice che gli uomini della contrada, ove è stato commesso il delitto, se cattureranno il delinquente in alcun luogo non franco, non pagheranno la multa, l’Olives nota che, *a contrario sensu*, si potrebbe argomentare che, se cattureranno il delinquente in luogo invece

³⁵ Id., paragr. 18 del Commento.

³⁶ *Tractatus de statutis*, lib. 1, q. 9, paragr. 23 del Commento: “*Si vero non est contra ius commune, tunc trahitur ad similia*”.

³⁷ Commento al Cap. 15 della C. de L., paragr. 1.

franco, pagheranno la multa. Ma ciò, egli conclude, è contro il diritto comune, così come risulta dal testo romano succitato, e pertanto non deve prendersi in considerazione.

Lo stesso principio è confermato nel capitolo del commento *De femina cojuada*³⁸.

La Carta de Logu³⁹, infatti, commina la pena (il pagamento di £ 100 e, in caso di mora, il taglio d'un orecchio per l'adulterio, la fustigazione per l'adultera), per chi commise adulterio con donna maritata, palesemente e contro la volontà del marito. Non che la volontà cosciente, anzi il lenocinio, del marito scusi dalla pena dell'adulterio, si affretta a precisare l'Olivis citando un passo del Digesto⁴⁰ ove si dice che:

³⁸ Commento al Cap. 23 della C. de L., paragr. 2.

³⁹ Cap. 22 della C. de L., *De chie intraret in domo*.

⁴⁰ D. 48, 5, 2 (Papin. 1 *de adult.*): *Ex lege Iulia servatur, ut, cui necesse est ab adultero incipere, quia mulier ante denuntiationem nupsit, non alias ad mulierem possit pervenire, nisi reum peregerit. peregissem autem non alias quis videtur, nisi et condemnaverit. 1. Marito iure mariti accusanti illa praescriptio obicitur, si legem prodidisse dicatur ob hoc, quod adgressus accusationem adulterii destitit. 2. Lenocinii quidem crimen lege Iulia de adulteris praescriptum est, cum sit in eum maritum poena statuta, qui de adulterio uxoris suae quid ceperit, item in eum, qui in adulterio deprehensam retinuerit. 3. Ceterum qui patitur uxorem suam delinquere matrimoniumque suum contemnit quique contaminationi non indignatur, poena adulterum non infligitur. 4. Qui hoc dicit lenocinio mariti se fecisse, relevare quidem vult crimen suum, sed non est huiusmodi compensatio admissa. ideo si maritum velit reus adulterii lenocinii reum facere, semel delatus non audietur. 5. Si publico iudicio maritus uxorem ream faciat, an lenocinii allegatio repellat maritum ab accusatione? et putem non repellere: lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat. 6. Unde quaeri potest, an is, qui de adulterio cognoscit, statuere in maritum ob lenocinium possit? et puto posse. nam Claudius Gorgus vir clarissimus uxorem accusans cum detectus est uxorem in adulterio deprehensam retinuisse, et sine accusatore lenocinio damnatus est a divo Severo. 7. Extraneus autem nequaquam lenocinium obiciens, posteaquam reus factus est, se relevabit, nec maritum poenae subiciet. 8. Si simul ad accusationem veniant maritus et pater mulieris, quem praeferrere oporteat, quaeritur. et magis est, ut maritus praeferratur: nam et propensiore ira et maiore dolore executurum eum accusationem credendum est, in tantum, ut et si pater praevenerit et libellos inscriptionum deposuerit, marito non neglegente nec retardante, sed accusationem parante et probationibus instituyente atque muniante, ut facilius iudicantibus de adulterio probetur, idem erit dicendum. 9.*

“lenocinium igitur mariti ipsum onerat, non mulierem excusat”

perché tale argomentazione, *a contrario sensu*, sarebbe contro il diritto comune e

“non est sumendum argumentum a contrario sensu, in statutis, quando esset contra ius commune, ut per Doctores ...”.

Questo principio è pacifico nell’*Olives* ed è contenuto nella *Glossa Magna*, sempre particolarmente cara al nostro commentatore⁴¹.

In altro capitolo del *Commento alla Carta de Logu*, *De chiehat advocare*⁴², dov’esso è ancora riportato, troviamo un preciso rimprovero diretto alla magistratura e alla giurisprudenza sarda,

Sed et quotiens alii, qui post maritum et patrem accusare possunt, ad accusandum prosiliunt, lege expressum est, ut is, cuius de ea re notio est, de iusto accusatore constituat.

⁴¹ *Glossa magna in D. 1, 21, 1, De officio eius cui mandata est iurisdictio; glossa in verbo: fortissimum: (Pap. 1 de quaest.): Quaecumque specialiter lege vel senatus consulto vel constitutione principum tribuuntur, mandata iurisdictione non transferuntur: quae vero iure magistratus competunt, mandari possunt. et ideo videntur errare magistratus, qui cum publici iudicii habeant exercitationem lege vel senatus consulto delegatam, veluti legis Iuliae de adulteriis et si quae sunt aliae similes, iurisdictionem suam mandant. huius rei fortissimum argumentum, quod lege Iulia de vi nominatim cavetur, ut is, qui optigerit exercitio, possit eam si proficiscatur mandare: non aliter itaque mandare poterit, quam si abesse coeperit, cum alias iurisdictione etiam a praesente mandetur. et si a familia dominus occisus esse dicitur, cognitionem praetor, quam ex senatus consulto habet, mandare non poterit. 1. Qui mandatam iurisdictionem suscepit, proprium nihil habet, sed eius qui mandavit, iurisdictione utitur. verius est enim more maiorum iurisdictionem quidem transferri, sed merum imperium quod lege datur non posse transire: quare nemo dicit animadversionem legatum proconsulis habere mandata iurisdictione. Paulus notat: et imperium, quod iurisdictioni cohaeret, mandata iurisdictione transire verius est.*

⁴² *Commento al Cap. 73 della C. de L., paragr. 1.*

le quali dice l'Olives:

“Nam iudex in causa appellationis potest defendere suam sententiam, quam tulit in prima instantiam coram Iudice appellationis et procurando, et patrocinando, ... Ibi quaero si est appellatum ubi vide, quod intelligo finito officio, nam duranta officio non possunt patrocinari in suo nec in alieno Tribunali; ... videatur a contrario sensu esse permissum in altro Tribunali, de iure communi est secus, et non esset secundum argumentum a contrario sensu contra ius comune in statuto ... et ego video in Regno hoc male praticare”.

Nel capitolo *De sos pregontos*⁴³ invece, non è più l'argomentazione *a contrario sensu* che preoccupa il giurista sardo, quanto l'ingiusta ed assurda interpretazione dello statuto:

“Quando statutum aliter intellectum induceret absurditatem et iniquitatem, debet tali casu intelligi secundum ius commune”.

Al capitolo *De Corona*⁴⁴ è detto che:

*“Statuta sunt intelligenda ut minus, quam possint, derogent iuri communi”*⁴⁵

⁴³ Id., Cap. 20. paragr. 4 del Commento.

⁴⁴ Id., Cap. 52. paragr. 17 e 18 del Commento.

⁴⁵ Baldo nel comm. al C. 4, 21, 17, *De fide instrumentorum*: Iust. A. Menae PP. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu*

perché, e l'espressione utilizzata è quella bartoliana,

“Statuta, quibus possint adaptari iuris regulae, sunt intelligentia secundum regulas et argumenta iuris”

vel transacione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. 1. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. 2. Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.

Confronta inoltre, C. 6, 55, 9, *De suis et legitimis liberis: Si defunctus cuiuscumque sexus aut numeri reliquerit filios et ex filia diem functa cuiuscumque sexus aut numeri nepotes, eius partis, quam defuncta filia superstes patri inter fratres suos fuisset habitura, duas partes consequantur nepotes ex eadem filia, tertia pars fratribus sororibusve eius quae defuncta est, id est filiis filiabusque eius, de cuius bonis agitur, avunculis scilicet sive materteris eorum, quorum commodo legem sancimus, ad crescat. 1. Haec eadem, quae de avi materni bonis constituimus, de aviae maternae sive etiam paternae simili aequitate sancimus: nisi forte avi ad elogia inurenda impiis nepotibus iusta se motos ratione dixerint et hoc fuerit legibus approbatum. 2. Non solum autem si intestatus avus aviave defecerit, haec nepotibus quae sancimus iura servamus, sed et si avus vel avia, quibus huiusmodi nepotes erunt, testati obierint et praeterierint nepotes aut exheredaverint, easdem et de iniusto avorum testamento et si quae filiae poterant vel de re vel de lite competere actiones nepotibus deferimus secundum iustum nostrae legis modum, quae de parentum inofficiosi testamentis competunt filiis.*

Ed ancora, Bartolo nel comm. al D. 45, 1, 99 (Celsus 38 dig.): *De verborum obligationibus: Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere. nec rursus promissor ferendus est, si eius intererit de certis potius vasis forte aut hominibus actum. 1. Si stipulatus hoc modo fuero: ‘si intra biennium Capitolium non ascenderis, dari?’, non nisi praeterito biennio recte petam: nam etsi ambigua verba sunt, sic tamen exaudiuntur, si immutabiliter verum fuit te Capitolium non ascendisse.*

a queste chiare parole l'Olives aggiunge, quasi per concludere:

*“Quando statutum vel consuetudo, vel privilegium concurrunt cum iure communi videntur fortius reddere ius commune”*⁴⁶.

Le questioni trattate, la dottrina in essa contenuta, le opinioni seguite e la partecipazione dell'Olives a tutta quell'attività scientifica, nel campo del diritto, propria di un periodo glorioso e tormentato della nostra storia giuridica, ci hanno condotto a logiche conclusioni.

Quale poteva essere il diritto comune, se quasi a togliere ogni dubbio, nelle suddette questioni l'autorità dei maggiori esponenti di quel periodo è continuamente richiamata?

Talvolta l'Olives non fa altro che riportare integralmente le opinioni di Baldo, di Bartolo, di Alberico da Rosate e, quel che più conta, le citazioni che essi, a loro volta hanno riportato. Ciò non farebbe molto onore alla sua personalità di giurista e di studioso, se non si pensasse ad una diffusa abitudine di quel tempo, in relazione con l'autorità acquistata dai grandi commentatori dei secoli precedenti. Appunto per queste ragioni la risposta non dovrebbe essere problematica.

Se tale è la funzione attribuita dall'Olives al diritto comune, se egli chiarisce tale funzione, nei diversi punti del suo commento, con la stessa tecnica espositiva anzi con gli stessi argomenti e documenti adottati dai dottori dei secoli XIV e XV, allora nasce come logica conseguenza che, come per loro, così anche per l'Olives, il contenuto del diritto comune è da identificarsi, senza reticenze, con il diritto romano comune, inteso nella sua espres-

⁴⁶ Commento al Cap. 97 della C. de L., paragr. 6, *De desheredari, idest exheredatione liberorum*.

sione tradizionale.

Ma tale identificazione, che potremmo chiamare logica e consequenziale, ha bisogno, specie nei riguardi del nostro commentatore, di una particolare indagine, che varrà soprattutto a cancellare ogni probabile dubbio sorto in proposito.

2. Identificazione del diritto comune in Girolamo Olives

Definita quale è stata la funzione del diritto comune nel concetto dell'Olives, e la sua posizione di diritto superiore e sussidiario, è opportuno notare che generalmente, la conoscenza della nostra storia del diritto, attraverso i manuali più noti, ci ha insegnato che sotto la nozione di diritto comune non era da intendersi solo ed esclusivamente il diritto romano.

Questo, affermatosi senza dubbio come unica legge, nell'elaborazione disciplinata dalla Glossa sarebbe andato poi, via via, perdendo la sua originaria preminenza fin dal periodo dei commentatori, i quali, meno ligi ai testi romanistici e più aderenti alle esigenze della rigogliosa fioritura municipale, avrebbero lentamente aperto il concetto di diritto comune, oltre che ai testi giustiniani, che tuttavia rimasero sempre alla base, anche alle infiltrazioni più o meno feconde dei vari diritti succedutisi in Italia con diversa fortuna⁴⁷.

Ora, se è vero che l'elaborazione scientifica condusse il diritto comune fuori dei suoi primi termini, aprendone il concetto alle altre fonti del diritto, accadde anche che la designazione di diritto comune si estese, specie in determinate regioni, proprio ad alcune di queste fonti⁴⁸.

Persino gli statuti delle città dominanti furono *ius commune* per quelli delle città dominate. E' proprio negli statuti che, oltre

⁴⁷ Anche il Besta, *Introduzione*, cit, p. 44, riconosce che "intorno al diritto romano già s'erano sovrapposte molteplici incrostazioni".

⁴⁸ Ancora il Besta, *Introduzione*, cit., p. 42, afferma che ciò accadde "nei Regni soprattutto, ma non solo nei Regni". Questa affermazione, poiché la mia ricerca è proprio limitata ad un Regno, quello di Sardegna, ha avuto il suo non lieve peso nelle mie indagini.

al termine singolare “*ius commune*”, si trova al plurale “*iura communia*”.

Dati questi precedenti storici, e conosciute le condizioni peculiari della Sardegna del XVI secolo, cioè di regione soggetta al dominio ed all’influsso straniero, ritroviamo nell’Olives una terminologia costante ed uniforme, che indica come diritto comune sempre ed inequivocabilmente un unico diritto, avente la pretesa di servire, come dice il Besta, “*ad directionem humanitatis*”.

Particolarmente complessa è la questione relativa a comprendere se il concetto di diritto comune implichi in Olives la presenza o addirittura la prevalenza di un altro diritto diverso dal romano; essa va esaminata e risolta con un particolare procedimento, imposto, più che altro, da esigenze storiche e biografiche.

Infatti, tutte le notizie pervenuteci circa l’Olives danno per certo che egli compì i suoi studi di diritto in Spagna, e non in Sardegna, dove aveva già studiato lettere e filosofia⁴⁹. Tali notizie, dal Tola fondate sul Bologna e sul Sisco, si dimostrano storicamente esatte, in quanto nel XVI secolo in Sardegna non esistevano ancora Scuole di diritto, e pertanto gli studenti sardi erano costretti a recarsi a compiere gli studi superiori nelle università del continente o della Spagna⁵⁰.

Inoltre il Mor⁵¹ ha precisato la regione ove l’Olives aveva seguito i suoi corsi di diritto, e cioè la Catalogna, senza però “svelare” il fondamento di tale precisazione.

Posto dunque che il nostro commentatore abbia studiato in

⁴⁹ Il Tola, nel *Dizionario biografico degli uomini illustri di Sardegna*, Torino 1857, vol. III, p. 29 e ss., scrive che “I primi rudimenti delle lettere latine e la filosofia aristotelica apparò nella sua terra natale; ma la ragione civile e canonica studiò in Ispana, siccome affermano il Bologna ed il Sisco”.

⁵⁰ v. A. Era, *Le c.d. questioni giuridiche esplicative della C. de L.*, in *Studi di storia e diritto in onore di E. Besta*, vol. IV, p. 28 dell’estratto. Vedi pure la completa nota bibliografica n. 58, ivi allegata.

⁵¹ C. G. Mor, *Sul commento di Girolamo Olives*, cit., p. 57.

Spagna, e su ciò non vi è alcun dubbio, s'impone una ricerca storica e scientifica di non lieve peso che, legata all'altra ricerca, sia basata sull'esame esegetico del testo del commento.

Tale ricerca sarebbe diretta ad accertare quale fosse in Spagna, nel XVI secolo, il diritto comune.

La risposta non è facile né pacifica, come a prima vista potrebbe apparire. La condizione della Spagna, come pure della Francia e di Venezia, con riguardo al diritto comune è del tutto *sui generis*, dal momento che questa regione, così come le altre citate, rimase estranea all'influsso del secondo Medioevo.

Un giurista spagnolo del XVI secolo, Antonio Burgos, non riesce a spiegarsi perché l'appellativo di *ius commune* venga da alcuni attribuito al diritto municipale (e fin qui nulla di strano rispetto a quello che altrove si è detto); ma alla fine afferma che possa dirsi comune il diritto municipale di colui "*qui non recognoscit superiorem*", come ad esempio dei re di Spagna e di Francia; egli giustamente osserva che in questi paesi non soggetti all'Impero il diritto municipale è anche diritto comune⁵².

Per quanto riguarda la Spagna, il De Luca⁵³ scrive:

"In Hispania ius commune non est illud Romanorum iuxta compilatione Justitiani, sed est illud partitarum et recompilationum iuxta ordinationes regias, et consequenter cum ista sit lex regia etiam dicitur ius commune".

Ancora il Calasso⁵⁴ dice: "E lungamente discussero i giuristi

⁵² A. Burgos, *Repetitio in c. canonum statuta, De constitutionibus*, in *Repetitione in univ. iur. can. partes*, II, n. 26.

⁵³ Io. B. De Luca, *Theatrum veritatis et justitiae. Sive decisivi discursus per materias, seu titulos distincti, et ad veritatem editi in forensibus controversiis canonicis et civilibus, in quibus in urbe advocatus, pro una partium scripsit, vel consultus respondit*, Venetiis, ex typographia Balleoniana, 1734, X, disc. XIIIa, n. 30.

se *ius commune* in Ispagna fosse il diritto giustiniano o lo *ius regium*.

Vero è che la legislazione alfonsina, felicemente fondendo costumanze nazionali e diritto romano, aveva già, precocemente, raggiunto un ideale al quale altre genti si accostarono più tardi e più faticosamente”. Dunque in Spagna il diritto regio avrebbe avuto la funzione di diritto comune?

Ritroviamo però in un altro giurista spagnolo, Giovanni Gutierrez⁵⁵, quest’altra opinione:

“Ut caveau multum in dicendo quod leges Partitarum corrigant ius commune; nam cum hoc lex illa voluit, id espressi. Idem ergo est generaliter dicendum in quocumque iure regio”.

Com’è evidente dal testo dei vari giudizi sopra riportati, i pareri sono discordi e tutt’altro che in armonia nel ritenere il diritto regio in funzione di legge generale.

Alle precise affermazioni del Burgos e del De Luca si oppone più decisamente l’altra del giurista Gutierrez.

Grande deve essere stata la disputa fin da quei tempi, forse limitata a determinate regioni, e le conseguenze di essa sono sintetizzate chiaramente nel breve giudizio del Calasso.

Ad ogni modo, qualunque possa essere stata la soluzione, è però certo e positivo che in Olives non si trova traccia o sospetto di tale diritto comune, come si vedrà meglio in seguito, esaminando più attentamente il commento alla Carta de Logu.

Dopo queste ricerche, è opportuno rivolgere la nostra atten-

⁵⁴ F. Calasso, voce *Diritto romano-comune*, in *Enciclopedia Treccani*, vol. XXIX, p. 693 e ss.

⁵⁵ G. Gutierrez, *Practicarum quaestionum civilium*, Venezia 1609, lib. 3° e 4°. *Quaestio XXIX*, n. 6.

zione, per maggior sicurezza, non più a tutta la Spagna, ma soltanto alla Catalogna, dove, secondo il Mor, l'Olives avrebbe precisamente compiuto i suoi studi di diritto.

Ed è proprio in queste ricerche che affiora l'ipotesi di un diritto comune canonico; infatti, a ciò condurrebbero gli studi dello Hinojosa e del De Brocà.

E. De Hinojosa, in una completa sintesi pubblicata nel 1908 in "*Mélanges Fitting*"⁵⁶, dopo averci detto che la penetrazione del diritto romano in Catalogna fu stimolata, tra l'altro, dalla pratica dei tribunali ecclesiastici, afferma che ivi i canonisti ed i civilisti attribuirono ai due diritti, in ciò imitando i loro maestri italiani, il carattere di diritto sussidiario, dello *ius commune*, che essi opposero ai costumi ed agli statuti nazionali, allo *ius municipale*.

Ancora, egli continua⁵⁷ "In caso di conflitto fra il diritto romano ed il canonico, Mieres dava la preferenza a quest'ultimo, considerandolo più giusto e più equo, e la sua opinione prevalse finalmente in Catalogna".

Tale giudizio dell'Hinojosa, fondato su Mieres, è avvalorato da quanto dice poi Guillermo Maria de Brocà nella sua opera⁵⁸. Nell'analizzare l'epoca III^a (da Jaime I, anno 1213, alla costituzione del 1599, determinativa del diritto vigente) afferma che in quel tempo in Catalogna il diritto comune, o equità o buona ragione, risulta costituito dal canonico e dal romano insieme, e cita il Mieres nel suo "*Apparatus*". Anzi aggiunge, sempre secondo Mieres, che il diritto canonico è correttorio del diritto romano.

Ora, le due competenti ed autorevoli opinioni sopra riportate, hanno senza dubbio il loro peso ed impongono pertanto serie ri-

⁵⁶ *La réception du droit romain en Catalogne*, Montpellier, tomo II, p. 391 e ss.

⁵⁷ Id., p. 406.

⁵⁸ G. M. de Brocà, *Historia del derecho de Cataluña especialmente del Civil*, Barcellona 1918.

flessioni, specie nei riguardi dell'Olives, sul complicato problema del diritto canonico nella sua concorrenza col diritto romano nel concetto di legge generale e superiore.

Infatti, fin dal primo risorgimento della letteratura romanistica, il diritto canonico s'impone a poco a poco, nelle materie di sua giurisdizione, all'indifferenza pregiudiziale della Glossa, che mal sopporta chi attinge dalla stessa scienza giuridica romana non poco alimento, per diventarne forse un acerrimo nemico.

Come tale esso ci si presenta, infatti, nel periodo successivo nella sua mania di affermarsi, ad ogni ordinamento temporale e, com'era logico, in particolare al diritto romano, erede diretto di quella tradizione imperiale, già per se stessa vacillante.

Affermatosi poi nel concetto scolastico e dottrinario di "*utrumque ius*", esso mantenne tuttavia un suo particolare contenuto e carattere che lo distinse ancora dall'altro diritto. Affermatosi invece nel concetto di diritto comune⁵⁹, esso porta con sé una dubbia determinazione di limiti, in seno al concetto stesso che ancora oggi, dopo tante ricerche, lascia nella più grande incertezza e perplessità⁶⁰.

Orbene, se in base a queste brevissime e generali considerazioni, volgiamo la nostra attenzione al caso particolare dell'Olives, dopo una minuziosa lettura del Commento alla Carta de Logu possiamo trarne le seguenti conclusioni.

Il nostro giurista dimostra una discreta conoscenza, oltre che delle fonti romane, anche di quelle canoniche medioevali. Tuttavia l'influenza nelle questioni, di queste ultime, mi appare molto limitata, così come limitate sono le citazioni di diritto canonico, fatte solo quando la Carta lo richiede per essersi ad esso unifor-

⁵⁹ ... e si badi bene che tale affermazione è peculiare soltanto di determinate regioni, come la Catalogna.

⁶⁰ Sempre riguardo alla Catalogna, cfr. lo Hinojosa, *op. cit.*, p. 405.

mata nel dettare alcune norme.

Insomma, possiamo dire con certezza che in Olives non abbiamo ancora una piena affermazione del diritto canonico nella sua funzione di diritto concorrente col romano in “*utroque foro*”. Ciò risulta invece evidente, più tardi, in un altro commentatore sassarese, F. de Vico, vissuto nel secolo XVII, raccoglitore e commentatore delle “*Leyes y Pragmaticas Reales del Reyno de Sardeña*”⁶¹.

Ma esclusa, o per lo meno limitata, la concorrenza del diritto canonico col romano, nel concetto di *utrumque ius* resta da risolvere l’altro lato del problema, e cioè vedere se tale concorrenza, in misura più o meno grande, possa invece trovarsi in Olives nel suo concetto di diritto comune.

Siccome questo punto, per la sua importanza e difficoltà, ha bisogno di molta considerazione rimando all’esame esegetico contenuto nelle pagine seguenti.

Tuttavia, e lo anticipo fin d’ora, il commento alla Carta dimostrerà ampiamente la piena esclusione, nel concetto dell’Olives, di un diritto comune canonico, così come affermerà l’unitaria concezione di diritto comune escludente, nel suo contenuto sostanziale, la partecipazione di ogni altro diritto diverso dal romano.

Ma allora, se tutto ciò è vero, al lume della storia ci dovrebbe apparire strana la posizione dell’Olives. Come si spiegherebbe il fatto che, pur avendo egli studiato in Spagna, non ne avesse minimamente sentito l’influenza? Dovrei proprio dire, per sostenere la mia tesi, che non è poi vero che in Spagna siano stati riconosciuti come diritto comune soltanto il diritto regio od il canonico, o il romano e canonico insieme? Questa seconda supposizione, a

⁶¹ Secondo il Vico, “I giuristi catalani del XIV e XV secolo confondono costantemente i due diritti nelle loro opere”.

mio giudizio, appare più logica e più fondata e perciò più facile a dimostrarsi.

Ciò è poi confortato da uno scritto, degno di particolare nota in quanto basato su più vaste e positive ricerche, di Arcadio Larraona e Arturo Tabera⁶² intitolato “*El derecho justiniano en España*” e pubblicato dall’Istituto di Studi Romani, negli Atti del Congresso Internazionale di diritto romano dell’Aprile 1933.

I due autori ci dicono infatti che⁶³: “Per il contatto dottrinale e frequentissimo e molto intenso con Bologna e, in minor tono, con Pavia, Padova in Italia, con Montpellier e Tolosa in Francia, il diritto romano si impadronisce della parte più colta della classe giuridica che fornisce gl’insegnanti di diritto alle scuole ed alle Università; e dei più elevati professionisti del diritto (consiglieri, giudici); propagandandosi poi a tutta la classe giuridica (avvocati, procuratori, notai) e dominandola completamente ... Il carattere prevalente del diritto romano è quello di diritto suppletorio”.

Ciò basta a suffragare la mia tesi, anche astraendomi da ogni ricerca esegetica.

Gli stessi autori così continuano⁶⁴: “L’insegnamento del diritto romano si dava, al principio di questo secolo XVI, quello oggetto della nostra analisi, in 10 cattedre; materia d’insegnamento erano il Codice, il Volumen, il Digesto Vecchio, il Nuovo etc. Quanto all’insegnamento, esso si svolgeva, seguendo la corrente dei tempi, secondo il metodo dei post-glossatori, soprattutto di Bartolo (metodo bartolino)”.

E’ appunto da una di queste cattedre che il nostro Olives ha, senza dubbio, attinto la sua cultura giuridica perfezionandola poi, senza mutamento d’indirizzo alcuno, con la sua diretta partecipa-

⁶² A. Larraona e A. Tabera, *El derecho justiniano en España*, in *Atti del Congresso Internazionale di diritto romano*, aprile 1933, vol. II, Pavia 1935.

⁶³ Id., p. 126.

⁶⁴ Id., p. 177.

zione a quelle classi giuridiche di magistrati e di liberi professionisti che, secondo il Larraona e il Tabera, nel diritto romano riconoscevano la legge comune e generale, nella sua funzione di legge sussidiaria.

Dal contenuto di questo diritto comune si deve escludere, senza sospetto alcuno, la partecipazione di ogni altro diritto diverso dal romano, e soprattutto del diritto canonico.

Infatti l'Olives⁶⁵ si pone il quesito attorno al noto brocardo: "*agentes et consentientes pari pena puniuntur*", contenuto nel testo della Carta de Logu, e che ad alcuni è apparso un diretto richiamo alle fonti romane, specie perché sostenuto dall'inciso "*pro chi narant sas leges*"⁶⁶.

Com'è noto il problema è di basilare importanza nella storia giuridica della Sardegna. Si tratterebbe infatti di stabilire se, nelle fonti sarde, il termine legge coincida con legge romana. Ciò è stato posto in dubbio, con ampia documentazione, dall'Era nelle già citate "Questioni giuridiche esplicative della Carta de Logu"⁶⁷.

Anzi l'autore, con fondate dimostrazioni basate appunto sul citato brocardo, ha potuto stabilire che in Sardegna con il termine legge, non si designava soltanto la legge romana, perché se pure il principio giuridico "*agentes et consentientes etc.*" è contenuto nelle fonti romane, esso è invece testuale in quelle canoniche medioevali, così come è stato riportato nel capitolo della Carta de Logu.

Anche l'Olives nel chiarire tale brocardo, nel paragr. 29 del Commento al cap. 3, cita sia i testi romani che canonici. Ma se-

⁶⁵ Commento al Cap. 3 della C. de L., paragr. 6, *Chie bochiret nomine*.

⁶⁶ Il Calasso, *Il problema storico*, cit., p. 34, n. 14, scrive a proposito: "La mutilazione può ancora spiegarsi come una sopravvivenza inerte del linguaggio dei nostri avi, nel quale il diritto romano fu, senz'altro, la *lex scripta*, anzi il *ius per excellentiam, sas leges*, come dicono i documenti sardi".

⁶⁷ *op. cit.*, p. 24 e 25 dell'estratto con note allegate.

guiamolo nella sua argomentazione.

Egli ci dice intanto che le leggi sul reato in esame, cioè quello di partecipazione al delitto, sono diverse: alcune prevedono l'applicazione della stessa pena per i rei e per coloro che vi concorrono.

E fra le prime cita le fonti romane in cui è detto:

*“Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit”*⁶⁸; *“Nihil interest, occidat qui an causam mortis praebeat”*⁶⁹. *“Proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt”*⁷⁰.

Questo secondo il diritto comune, dice l'Olives, e così continua:

*“De iure canonico est textus”*⁷¹.

Non vi è dubbio quindi che il nostro commentatore distingua nettamente fra *ius commune*, che è quello contenuto esplicitamente nei testi romanistici succitati, e *ius canonicum*.

Nel commento al capitolo 21 della Carta de Logu⁷², abbiamo

⁶⁸ D. 48, 8, 1, 1 (Marc. 14 *inst.*): *Praeterea tenetur, qui hominis necandi causa venenum confecerit dederit: quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico iudicio rei capitalis damnaretur: quive magistratus iudexve quaestionis ob capitalem causam pecuniam acceperit ut publica lege reus fieret*; par. 1 del Commento al cap. 3.

⁶⁹ D. 48, 8, 15 (Ulp. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Nihil interest, occidat quis an causam mortis praebeat*.

⁷⁰ D. 48, 9, 6 (Ulp. 8 *de off. proc.*): *Utrum qui occiderunt parentes an etiam conscii poena parricidii adfiantur, quaeri potest. et ait Maecianus etiam conscios eadem poena adficiendos, non solum parricidas. proinde conscii etiam extranei eadem poena adficiendi sunt*.

⁷¹ *Decretale Gregori IX*: lib. 1, tit. 29, cap. 1, *De officio et protestate iudici delegati*; lib. V, tit. 39, cap. 47, *De sententia excommunicationis*. Nei due testi canonici il broccardo è testuale.

⁷² *De chie learet et furare mugere*, paragr. 2 del Commento.

un'altra convincente prova di quanto è stato detto. L'Olives osserva che in tale capitolo, la disposizione della Carta de Logu differisce dal diritto comune secondo il quale i rapitori, anche quando il reato comprendeva la volontà consenziente della donna, sono puniti con la pena di morte⁷³. Differisce poi perché, sempre

⁷³ C. 9, 13, *De raptu virginum seu viduarum nec non sanctimonialium*. E più compiutamente vedi C. 9, 13, 1, Iust. A. Hermogeni mag. off.: *Raptores virginum honestarum vel ingenuarum, sive iam desponsatae fuerint sive non, vel quarumlibet viduarum feminarum, licet libertinae vel servae alienae sint, pessima criminum peccantes capitis supplicio plectendos decernimus, et maxime si deo fuerint virgines vel viduae dedicatae (quod non solum ad iniuriam hominum, sed ad ipsius omnipotentis dei irreverentiam committitur, maxime cum virginitas vel castitas corrupta restitui non potest): et merito mortis damnantur supplicio, cum nec ab homicidii crimine huiusmodi raptores sint vacui. I. Ne igitur sine vindicta talis crescat insania, sancimus per hanc generalem constitutionem, ut hi, qui huiusmodi crimen commiserint et qui eis auxilium tempore invasionis praebuerint, ubi inventi fuerint in ipsa rapina et adhuc flagrante crimine comprehensi a parentibus virginum vel viduarum vel ingenuarum vel quarumlibet feminarum aut earum consanguineis aut tutoribus vel curatoribus vel patronis vel dominis, convicti interficiantur. IA. Quae multo magis contra eos obtinere sancimus, qui nuptas mulieres ausi sunt rapere, quia duplici crimine tenentur tam adulterii quam rapinae et oportet acerbius adulterii crimen ex hac adiectione puniri. IB. Quibus connumerabimus etiam eum, qui saltem sponsam suam per vim rapere ausus fuerit. IC. Sin autem post commissum tam detestabile crimen aut potentatu raptor se defendere aut fuga evadere potuerit, in hac quidem regia urbe tam viri excelsi praefecti praetorio quam vir gloriosissimus praefectus urbis, in provinciis autem tam viri eminentissimi praefecti praetorio per Illyricum et Africam quam magistri militum per diversas nostri orbis regiones nec non viri spectabiles praefectus Aegypti vel comes Orientis et vicarii et proconsules et nihilo minus omnes viri spectabiles duces et viri clarissimi rectores provinciarum nec non alii cuiuslibet ordinis iudices, qui in locis inventi fuerint, simile studium cum magna sollicitudine adhibeant, ut eos possint comprehendere et comprehensos in tali crimine post legitimas et iuri cognitatas probationes sine fori praescriptione durissimis poenis adficiant et mortis condemnent supplicio. ID. Quibus et, si appellare voluerint, nullam damus licentiam secundum antiquae constantiniana legis definitionem. IE. Et si quidem ancillae vel libertinae sint quae rapinam passae sunt, raptores tantummodo supra dicta poena plectentur, substantiis eorum nullam deminutionem passuris. IF. Sin autem in ingenuam personam tale facinus perpetretur, etiam omnes res mobiles seu immobiles et se moventes tam raptorum quam etiam eorum, qui eis auxilium praebuerint, ad dominium raptarum mulierum liberarum transferantur providentia iudicum et cura parentum earum vel maritorum vel tutorum seu curatorum. IG. Et si non nuptae mulieres alii cuiuslibet praeter raptorem legitime coniungentur, in dotem liberarum mulierum*

secondo il diritto comune, il rapitore non può contrarre matrimonio con la rapita, mentre ciò avviene, continua l'Olives, per il nostro capitolo, il quale concorda con il diritto canonico⁷⁴.

Anche qui la differenza tra il diritto comune ed il diritto canonico è chiaramente posta in evidenza.

Nel passo relativo al capitolo 51 della C. de L.⁷⁵, l'Olives ci parla del testamento “*ad pias causas*” e, dopo aver detto che secondo il diritto comune è permesso testare dinnanzi a cinque te-

easdem res vel quantas ex his voluerint procedere, sive maritum nolentes accipere in sua pudicitia remanere voluerint, pleno dominio eis sancimus applicari, nemine iudice vel alia quacumque persona haec audente contemnere. 2. Nec sit facultas raptae virgini vel viduae vel cuilibet mulieri raptorem suum sibi maritum exposcere, sed cui parentes voluerint excepto raptore, eam legitimo copulent matrimonio, quoniam nullo modo nullo tempore datur a nostra serenitate licentia eis consentire, qui hostili more in nostra re publica matrimonium student sibi coniungere. oportet etenim, ut, quicumque uxorem ducere voluerit sive ingenuam sive libertinam, secundum nostras leges et antiquam consuetudinem parentes vel alios quos decet petat et cum eorum voluntate fiat legitimum coniugium. 3. Poenas autem quas praediximus, id est mortis et bonorum amissionis, non tantum adversus raptores, sed etiam contra eos qui hos comitati in ipsa invasione et rapina fuerint constituimus. 3A. Ceteros autem omnes, qui conscii et ministri huiusmodi criminis reperti et convicti fuerint vel eos susceperint vel quacumque opem eis intulerint, sive masculi sive feminae sunt, cuiuscumque condicionis vel gradus vel dignitatis, poenae tantummodo capitali subicimus, ut huic poenae omnes subiaceant, sive volentibus sive nolentibus virginibus seu aliis mulieribus tale facinus fuerit perpetratum. 3B. Si enim ipsi raptores metu atrocitatis poenae ab huiusmodi facinore temptaverint se, nulli mulieri sive volenti sive nolenti peccandi locus relinquatur, quia hoc ipsum velle mulieri ab insidiis nequissimi hominis qui meditatur rapinam inducitur. nisi etenim eam sollicitaverit, nisi odiosis artibus circumvenerit, non facit eam velle in tantum dedecus sese prodere. 3C. Parentibus, quorum maxime vindicta intererat, si patientiam praebuerint ac dolorem remiserint, deportatione plectendis. 4. Et si quis inter haec ministeria servilis condicionis fuerit deprehensus, citra sexus discretionem eum concremari iubemus, cum hoc etiam constantiniana lege recte fuerat prospectum. 5. Omnibus legis Iuliae capitulis, quae de raptu virginum vel viduarum seu sanctimonialium sive antiquis legum libris sive in sacris constitutionibus posita sunt, de cetero abolitis, ut haec tantummodo lex in hoc capite pro omnibus sufficiat. 6. Quae de sanctimonialibus etiam virginibus et viduis locum habere sancimus.

⁷⁴ Decreto, parte 2a, causa 36, q. 2a, cap. 9, *Cum voluntatem parentum raptus in coniugium habere permittitur*; Id., cap. 10, *Post poenitentiam raptori vel raptae licita coniugia concedantur*.

⁷⁵ *De testamentis*, paragr. n. 4 e 5 del Commento.

stimoni, anche senza alcun notaio, in

*“locis rusticis et simili bus ubi non sunt literati et literas sciente set notarii”*⁷⁶,

afferma che il testamento *“ad pias causas”* ha, al di fuori del diritto comune, *“plura alia specialia iura”*⁷⁷, e cita il diritto canonico⁷⁸.

Infatti continua Olives, tale testamento non è soggetto alle regole del diritto comune, e cita Bartolo e i *Doctores in “lege prima”*⁷⁹.

⁷⁶ C. 6, 23, 31, *De testamentis: Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est litterarum peritia quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad dei humanitatem respicientes necessarium duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. 1. Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et litterarum viget scientia, omnia, quae etiam libris nostrorum digestorum seu institutionum et imperialibus sanctionibus nostrisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari nullamque ex praesenti lege fieri innovationem. 2. In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur homines litterati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes litteras inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeantur et unusquisque pro sua persona subscribat: ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes et sine scriptura testimonium adhibentes admitti. 3. Si autem in illo loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus: minus autem nullo modo concedimus. 4. Si vero unus aut duo vel plures scierint litteras, liceat his pro ignorantibus litteras, praesentibus tamen, subscriptionem suam imponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem testatoris iurati deponant. 5. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omnimodo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.*

⁷⁷ Nel caso in esame gli iura.

⁷⁸ *Decretales: lib. III, tit. 26, cap. 10, Valet testamentum, quod parochianus facit coram praesbytero parochiali et duobus testibus: id., cap. 11, Valet ultima voluntas ad pias causas coram duobus testibus.*

⁷⁹ C. 1, 2, 1-23, *De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum.*

Nel commento al capitolo 71⁸⁰, prendendo in considerazione il fatto che la Carta, in questo capitolo, limita a dieci il numero dei testimoni, l'Olives dice che ciò avviene

“quia textus voluit effrenatam multitudinem testium refrenare”,

e cita il diritto comune⁸¹, ove si trovano le stesse parole, ed il diritto canonico⁸², ove il limite per il numero dei testimoni è portato a 40⁸³.

Credo che la dimostrazione sia esauriente e basti a determinare un netto distacco, nel concetto dell'Olives, fra il diritto comune ed il diritto canonico. I brani citati mi sembrano infatti chiari e probanti.

Pertanto, vista la vera essenza ed il contenuto del diritto comune, per quel che in proposito ho detto e per le citazioni fatte nei luoghi opportuni si può pervenire alla seguente conclusione: per l'Olives il diritto comune deve identificarsi con il diritto romano-comune.

Tale conclusione, ai fini della completezza della nostra ricerca, che tende non solo ad identificare ma anche a definire il diritto

Ed ancora le *Decretales*, lib. 3, tit. 26, cap. 13 *“Tenet testamentum, si quis extremam voluntatem suam alterius dispositioni committit, et dicitur testatus ad pias causas”*.

⁸⁰ *De forma de corona, idest de forma et de ordine iudicii*, paragr. 1 del Commento.

⁸¹ D. 22, 5, 1, 2 (Arc. et Char. l. s. *de test.*): *Quamquam quibusdam legibus amplissimus numerus testium definitus sit, tamen ex constitutionibus principum haec licentia ad sufficientem numerum testium coartatur, ut iudices moderentur et eum solum numerum testium, quem necessarium esse putaverint, evocari patiantur, ne effrenata potestate ad vexandos homines superflua multitudo testium protrahatur*. Paragrafo 2 del Commento.

⁸² *Decretales*, lib. 2, tit. 20, capp. 36 e 37, *De testibus et attestationibus*.

⁸³ Id., 2, 20, cap. 37, *“Volentes autem effrenatam multitudinem testium refrenari, volumus, ut hinc inde quadragenarium numerum testium excedere non permittas”*.

to comune, necessita di qualche ulteriore precisazione.

3. Contenuto del diritto comune in Girolamo Olives

Nella prima parte di questo lavoro ho messo in evidenza la funzione del diritto comune in Olives. Seguendo poi una via aperta da esigenze storiche, biografiche ed anche logiche, che non potevano essere trascurate, ne ho approfittato per giungere ad una identificazione, o meglio ad una individuazione del diritto comune nell'opera del nostro giurista sardo.

E ad essa sono pervenuta superando tutte le possibili convinzioni che al riguardo mi si sono prospettate nel corso dell'indagine stessa. Convinzioni che, nel caso dell'Olives, potevano anche escludersi a priori, soffermando immediatamente ogni attenzione sul solo contenuto dell'opera in esame, ma che ho ritenuto comunque utili, sia per aumentare e completare l'orizzonte, davvero limitato, della ricerca, sia infine per cancellare ogni dubbio in proposito.

L'aver identificato, nel concetto di Olives, il diritto comune con il diritto romano-comune, se in passato avrebbe soddisfatto ogni ricerca, oggi purtroppo non basta a giustificare il risultato ottenuto ed impone considerazioni e precisazioni che ora, via via, esporrò.

Esse sono necessarie soprattutto a determinare una differenza, in relazione al problema trattato, alla base di ogni ricerca scientifica e dottrina e che spinge, malgrado ogni reticenza ed incredulità in proposito, ad affrontare nella nostra storia del diritto, posizioni nuove, che i nostri "avi" recenti avevano forse intuito, ed alcuni anche auspicato.

La differenza che si determina è tra il concetto che noi abbiamo di diritto comune e quello che ne hanno avuto le generazioni

passate, quelle cioè che hanno vissuto l'epoca del diritto comune.

Contro questa differenza son stata posta in guardia fin dall'inizio del presente studio e non peccerei di presunzione se dicessi di averla, fin d'allora, notata nell'opera dell'Olives. Essa divenne ancor più evidente in seguito quando, esaurita l'indagine sulla funzione del diritto comune, mi apprestai ad identificarne il contenuto. Anzi, la differenza di cui si tratta riguarda proprio tale contenuto. Infatti oggi, seguendo la corrente così detta tradizionale, intendiamo sì per diritto comune quello romano-comune, compreso nella codificazione giustiniana, ma non soltanto quello.

Più che il diritto romano ufficiale, e mi esprimo con una frase di Era⁸⁴, “intendiamo per diritto comune quel complesso di amplificazioni e restrizioni delle norme tratte dal diritto giustiniano, che presentano, per ciò, una maggior aderenza ai casi concreti. Questa nostra concezione è ormai esaurientemente provata e giustificata, e dunque non è necessario soffermarvisi a lungo”.

Bisogna tuttavia vedere se essa corrisponde, e qui sta proprio la nota differenza, alla stessa concezione che le generazioni passate hanno avuto.

Studi lontani e recenti dicono il contrario, quando dimostrano che fino al Casaregis (1737) per il diritto comune, nella letteratura giuridica italiana, si intese senza dubbio il diritto civile dei romani. Malgrado ciò, si badi bene, il contenuto sostanziale di questo diritto non muta; la differenza è dunque soltanto nell'espressione terminologica, nella denominazione ma, finché non si dimostra il contrario, essa è anche nel concetto.

Da un lato, col Casaregis, diciamo che:

⁸⁴ A. Era, *Questioni giuridiche esplicative*, cit., p. 40.

“sub appellatione iuris communis non solum venit ius Romanorum, sive leges existentes in corpore iuris civilis; sed omnes limitationes, ampliaciones, declarationes quas recepit ius commune in eadem materia”,

e magnificamente cogliamo la differenza fra il diritto giustiniano ed il diritto comune.

Dall'altro, i giureconsulti dei secoli anche immediatamente antecedenti al XVIII⁸⁵, salvo qualche rara eccezione, non dimostrano di essersi accorti del grande apporto della scienza giuridica, cui del resto essi hanno partecipato, con particolare riferimento alla trasformazione ed all'adattamento del diritto civile romano, prima di tutto e soprattutto rivoluzionato nella sua antica organicità.

Dunque una concettuale differenza di contenuto esiste, senza dubbio, tra noi e le generazioni passate; e in essa sta proprio tutto un problema che dovrebbe essere, e non soltanto per ragioni semplicemente cronologiche, al centro della nostra storia del diritto.

Ritengo pertanto opportuno affrontare tale problema, sia pure in modo marginale, in quanto esso serve indubbiamente a giustificare una situazione che parrebbe, per se stessa, impossibile.

Infatti, ci si può domandare come mai i giuristi italiani non percepirono, prima del Casaregis, il processo storico e l'evoluzione del diritto comune.

La risposta acutissima, penetrante e sotto ogni punto di vista soddisfacente, la ritroviamo nel Calasso⁸⁶. Egli infatti dice: “Di questo fatto non potevano essere né giudici né storici i contempo-

⁸⁵ E. Besta, *Introduzione al diritto comune*, cit., p. 50: “Al principio del sec. XVII, il diritto comune era ancora il civile romano”.

⁸⁶ F. Calasso, *Il problema storico del diritto comune*, cit., p. 9.

ranei, appunto come inconsapevoli forze operanti di esso, non diversamente da come noi oggi siamo incapaci di discernere le forze storiche che giocano nella vita che viviamo, per il semplice motivo che quelle forze hanno dentro di noi stessi e ci fanno partecipi di quella vita, e non solo è possibile a pochi spiriti veggenti di intravedere più lucidamente della moltitudine il giuoco di quelle forze e la meta cui tendono”.

Pertanto, se si ammette come giusta tale considerazione, si deve dire che i giureconsulti italiani, i quali fondandosi sul diritto civile romano avevano elaborato un sistema diverso da quello, sono stati i veri preparatori di una nuova fase e di un nuovo orientamento scientifico.

E questo sistema, da loro elaborato, perché non ci dovrebbe apparire in questa fase ove domina e s'impone, come qualcosa di più di un semplice elemento formativo della nostra storia del diritto?

Chiusa questa breve parentesi, ritorniamo piuttosto alla nostra Sardegna e limitiamo a questa la nostra indagine.

Ci poniamo ora il quesito onde analizzare se la differenza di concezione, notata più sopra in un campo più vasto, si trova anche nei giuristi sardi. Credo sia il caso di rispondere affermativamente e senza indugi.

Infatti, se essa non appare esplicitamente in Olives, ove una definizione, o qualcosa di simile, di diritto comune non esiste; se non appare con una certa determinatezza nell'opera del Vico, ove però i due termini, diritto civile (romano) e diritto comune, quasi a togliere ogni dubbio, sono spesso e certo coscientemente scambiati, è senz'altro chiara ed evidente in Dexart, ove in un famoso paragrafo del suo commento ai *Capitula sive acta curiarum Regni Sardiniae*, troviamo decisamente espresso il seguente concetto:

*“Iuris communis appellatione venit ius civile romanorum”*⁸⁷.

Dunque, possiamo proprio dire, a conclusione, che anche nei giuristi sardi, il contenuto del diritto comune, nel concetto che essi ne hanno, coincide, sebbene in realtà sia tutt'altra cosa, con il diritto civile dei romani, ossia con il diritto della compilazione giustiniana, dei Digesta, del Codice, delle Istituzioni, delle Novelle e delle costituzioni dei nuovi imperatori.

La situazione in Olives è pertanto quella ora prospettata. Era, infatti, logico e normale che anche il nostro commentatore, seguendo le norme della tradizione, della dottrina e della pratica forense, concepisse per diritto comune solo ed esclusivamente il sistema giuridico giustiniano, pur presentandocelo poi, nel suo sostanziale contenuto, e senza di ciò rendersi probabilmente conto, nello stesso modo in cui noi oggi lo abbiamo definito, attraverso un esame più sereno ed una ricerca più minuziosa.

Ed ora, dopo aver chiarito le posizioni, senza più generare contrasti ed equivoci inspiegabili, provvederò a documentare quanto in precedenza esposto.

Ai fini di tale documentazione non credo sia più necessaria una lunga casistica; perciò elencherò alcuni brani scelti del commento, che mi paiono maggiormente significativi e dimostrativi.

Un evidente richiamo al diritto romano comune lo ritroviamo già, per esempio, nel commento al proemio della Carta ove l'Olives si pone un'interessante questione di diritto pubblico⁸⁸ che riguarda la successione delle donne come regnanti, ammessa in Spagna ed in tutti i Regni ad essa assoggettati, così come è ammessa la successione per linea femminile.

⁸⁷ Lib. 1, tit. 4, cap. 3, n. 2.

⁸⁸ Paragr. 13 e 14 del Commento.

Il commentatore rileva che invece avviene il contrario nel Regno di Francia, anche quando manchi del tutto il successore maschio, secondo quanto affermato nella nota Legge dei Salii, e cita a tal proposito un tale Iohannis Feraldi, autore del trattato *De iuribus et privilegiis regni Francorum*.

Il Feraldi, osserva l'Olives, vuol dimostrare che tale consuetudine della Francia si fonda sul diritto comune, mentre è certo che essa è negli usi dei feudi e nel diritto consuetudinario⁸⁹, come dice Petrus de Ancharano⁹⁰. Anzi, aggiunge l'Olives, secondo il diritto comune la successione delle donne è valida, tolta via ogni differenza tra i maschi e le donne, com'era già prima nelle leggi delle XII Tavole, poiché tale differenza fu introdotta "*per mediam iurisprudentiam*"⁹¹.

⁸⁹ *Libri feudorum*, lib. 1, tit. 1, ove, tra l'altro, è detto: "*quod in masculis descendantibus hodie novo iure usque in infinitum extendit*". Quanto alla consuetudine, non v'è dubbio che si tratti di quella feudale, e non di quella popolare popolare, e ciò per l'oggetto e per l'intrinseco carattere giuridico.

⁹⁰ *Consilio* 339.

⁹¹ C. 6, 28, 4: Iust. A. Iohanni pp. *Maximum vitium antiquae subtilitatis praesenti lege corrigimus, quae putavit alia esse iura observanda in successione parentum, si ex testamento veniant, in masculis et in feminis, cum ab intestato simile ius utrique sexui servaverunt, et aliis verbis exheredari debere filium sanxerunt, aliis filiam, et inter nepotes exheredandos alia iura civilia, alia praetoris introduxerunt.*

Ed ancora, I. 3, 2, *De legitima adgnatorum successione: Si nemo suus heres vel eorum, quos inter suos heredes praetor vel constitutiones vocant, extat et successionem quoquo modo amplectatur: tunc ex lege duodecim tabularum ad adgnatum proximum hereditas pertinet.*

Cfr. anche C. 6, 58, 14: Iust. A. Iohanni pp. *Lege duodecim tabularum bene romano generi prospectum est, quae unam consonantiam tam in maribus quam in feminis legitimis et in eorum successione nec non libertis observandam esse existimavit, nullo discrimine in successione habito, cum natura utrumque corpus edidit, ut maneat suis vicibus immortale et alterum alterius auxilio egeat, ut uno semoto et alterum corrumpatur.*

Vedi inoltre, C. 6, 58, 15: Iust. A. Iohanni pp. *Memimus antea divinam promulgasse constitutionem, per quam ad vestigia legis duodecim tabularum totam progeniem ex legitima subole descendantem sive masculinam sive femininam legitimo iure hereditatem adipisci sanximus, ut, quemadmodum ipsis a legitimis succeditur, ita et ipsae legitimarum personarum amplectantur successionem.*

Dunque non vi è dubbio che, il principio che l’Olives ci dice essere di diritto comune, per le citazioni suindicate è contenuto proprio nei testi romani.

Quanto detto è riportato anche nel commento al proemio della C. de L.⁹², dove è detto che:

*“de iure communi, in provisionibus Principis est necessaria subscriptio Questoris, quem interpretatur Cancellarium, vel Vice-Cancellarium”*⁹³.

Nel commento al capitolo intitolato *Chie bochiret homine*⁹⁴, l’Olives ci dice chiaramente che, secondo il diritto comune, non si presume la consumazione del reato contro colui che, pur presente al delitto con l’omicida, non abbia aiutato la vittima pur potendola aiutare, se non si provi che egli si era fermato per facilitare l’autore del delitto.

Qui il testo romano citato è il Digesto ove è contenuto il seguente principio:

*“Et magis est, ne puniatur ob hoc quod sub eodem tecto fuit, nisi particeps sceleris fuerit”*⁹⁵.

⁹² Paragr. 25 e 26 del Commento.

⁹³ C. 1, 14, 8, Theodos. et Valentin. AA. ad senatum. *Humanum esse probamus, si quid de cetero in publica vel in privata causa emerit necessarium, quod formam generalem et antiquis legibus non insertam exposcat, id ab omnibus antea tam proceribus nostri palatii quam gloriosissimo coetu vestro, patres conscripti, tractari et, si universis tam iudicibus quam vobis placuerit, tunc allegata dictari et sic ea denuo collectis omnibus recenseri et, cum omnes consenserint, tunc demum in sacro nostri numinis consistorio recitari, ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur.*

⁹⁴ Capitolo 3 C. de L., paragr. 26 del Commento.

⁹⁵ D. 29, 5, 1, 5 (Ulp. 50 ad edict.): *Sed in eo, cui fideicommissa libertas pure debetur, exstat rescriptum divi Pii ad Iuventium Sabinum, quo ostenditur non esse festinandum ad tormenta eius, cui fideicommissa libertas debetur: et magis est, ne puniatur ob hoc quod sub eodem tecto fuit, nisi particeps sceleris fuerit.* Capitolo 3 C. de L., paragr. 5 del Commento.

Ancora nel commento al capitolo *De feridas*⁹⁶ è detto che per il diritto comune, in nessun caso ci si attiene semplicemente alla confessione dell'offeso.

Il testo citato è anche qui il Digesto che dice semplicemente:

*“Si quis moriens dixisset a servo vim mortis allatam esse sibi, si dicendum est non esse credendum domino, si moriens hoc dixit, nisi potuerit et probari”*⁹⁷.

Facciamo ora un breve cenno al commento già menzionato nel capitolo *De chie learet et furaret mugere*⁹⁸, ove è detto che, per il diritto comune, il ratto, anche quando avvenga con il consenso della donna, è punito con la pena di morte e che il rapitore non può contrarre matrimonio con la rapita⁹⁹, per poi constatare nel commento al capitolo *De chie andaret a festa*¹⁰⁰, ove l'Olives ci dice che è illecito il portare le armi, tranne in determinate occasioni, e cita in proposito il Codice¹⁰¹ e l'Autentico¹⁰².

Ancora nel commento al capitolo *De cartas bulladas*¹⁰³, il commentatore osserva che nel reato di falso incorre non solo chi usa scientemente della scrittura falsa, ma anche chi falsifica la detta scrittura:

⁹⁶ Capitolo 10 C. de L., paragr. 1 del Commento.

⁹⁷ D. 29, 5, 3, 1 (Ulp. 50 *ad edict.*): *Si quis moriens dixisset a servo vim mortis allatam esse sibi, dicendum est non esse credendum domino, si moriens hoc dixit, nisi potuerit et probari.* Cit. al paragr. 1 del Commento.

⁹⁸ Capitolo 21 C. de L.

⁹⁹ Cfr. ancora C. 9, 13, *De raptu virginum seu viduarum*; paragr. 1 e 2 del Commento.

¹⁰⁰ Capitolo 24 C. de L., paragr. 1 del Commento.

¹⁰¹ C. 11, 47, *Ut armorum usus inscio Principe interdictus sit: Valentin. et Valens Aa. ad Bulephorum consularem Campaniae. Nulli prorsus nobis insciis atque inconsultis quorumlibet armorum movendorum copia tribuatur.*

¹⁰² Authen., *collatio* 4, tit. 13, *De armis.*

¹⁰³ Capitolo 25 C. de L., paragr. 13 del Commento.

*“Ita etiam est de iure communi”*¹⁰⁴.

Nel commento al capitolo *De chie ponneret fogu in domo*¹⁰⁵, l’Olives, notando che la Carta de Logu applica la stessa pena sia che l’incendio produca effetto dannoso, sia che non ne produca alcuno, cita al contrario il diritto comune in cui, egli dice, si distinguono i due casi. Infatti, il frammento del Digesto *De incendio ruina naufragio*¹⁰⁶ ci dice che:

“Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. Si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur”.

Effettivamente questo frammento del Digesto contiene una chiara distinzione, che non riguarda però gli effetti dell’incendio ma piuttosto l’intenzione che spinge l’incendiario. Perciò questa volta, l’interpretazione che l’Olives fa del testo romano deve a ragione giudicarsi straordinariamente estensiva.

¹⁰⁴ C. 9, 22, 8, *Ad legem Corneliam de falsis*. Valer. et Gallien. AA. et C. Marino. *Si falsos codicillos ab his contra quos supplicas factos esse contendis, non ideo accusationem evadere possunt, quod se illis negent uti. nam illis prodest instrumenti usu abstinere, qui non ipsi machinatores falsi esse dicuntur et quos periculo solus usus adstrinxerit. qui autem compositis per scelus codicillis in severitatem legis Corneliae inciderunt, non possunt defensiones eius recusando crimen evitare.*

¹⁰⁵ Capitolo 46 C. de L., paragr. 2 del Commento.

¹⁰⁶ D. 47, 9, 9, (Gai. 4 *ad legem duod. tab.*): *Qui aedes acervumve frumenti iuxta domum positum combusserit, vinctus verberatus igni necari iubetur, si modo sciens prudensque id commiserit. si vero casu, id est negligentia, aut noxiam sarcire iubetur aut, si minus idoneus sit, levius castigatur. Appellatione autem aedium omnes species aedificii continentur.*

Nel commento al capitolo *De testamentos*¹⁰⁷, nel termine diritto romano, vi è un chiaro richiamo alle fonti romane, per il numero dei testimoni¹⁰⁸.

L'Olives riporta quasi integralmente¹⁰⁹ il testo romano che dice:

“In illis vero locis, in quibus raro inveniuntur nomine litterati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes litteras inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium vocari necesse est, adhibeatur ut unusquisque pro sua persona subscribat: ubi autem non inveniuntur litterati, septem testes, et sine scriptura testimonium adhibentes amitti¹¹⁰ ... Si autem in illo loco minime inventi fuerint septes minus autem nullo modo concedimus”¹¹¹.

Nel commento al capitolo sulla prescrizione acquisitiva, *De prescriptiones*,¹¹² l'Olives, prendendo in considerazione il fatto che la Carta ammette la prescrizione dei beni del Regno, con il possesso di 50 anni, osserva che accade altrimenti per il diritto comune, e cita in proposito quella parte del Digesto¹¹³ ove è detto:

¹⁰⁷ Capitolo 51 C. de L., paragr. 4 del Commento.

¹⁰⁸ Cfr. ancora C. 6, 23, 31, *De testamentis, quemadmodum testamentaria ordinantur*, paragr. 2 e 3 del Commento.

¹⁰⁹ Capitolo 51 C. de L., paragr. 2 del Commento.

¹¹⁰ paragr. 2 del Commento.

¹¹¹ paragr. 3 del Commento.

¹¹² Capitolo 67 C. de L.

¹¹³ D. 41, 3, 18 (Mod. 5 reg.): *Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat, tamen ex bonis vacantibus, nondum tamen nuntiatis, emptor praedii ex isdem bonis exstiterit, recte diutina possessione capiet: idque constitutum est.*

“Quamvis adversus fiscum usucapio non procedat”,

e la parte delle Istituzioni¹¹⁴ ove è contenuto il principio

“Res fisci nostri usucapi non potest”.

Sempre nel medesimo capitolo, relativo alla prescrizione acquisitiva, nella parte in cui si tratta della prescrizione dei beni dei privati¹¹⁵, il nostro commentatore ci fa notare la differenza nei termini per usucapire gli immobili: 30 anni in ogni caso per la Carta; 10 anni (fra presenti), 20 anni (tra assenti) per il diritto comune¹¹⁶.

“Quod res immobili corporalis cuiusvis privati praescribitur per triginta annos, et sic per istam cartam plus tempus requiritur, quam de iure communi.

Nam de iure communi sufficiunt decem anni inter praesentes, et viginti inter absentes.”

Nel commento al capitolo *De chertos*¹¹⁷, è detto che secondo il diritto comune, il convenuto, pendente la lite, non può convenire (riconvenire, diremmo noi oggi) lo stesso attore in altro giudizio, dinnanzi ad altro giudice; deve invece, in caso di necessità, riconvenire l'attore dinnanzi allo stesso giudice che giudica della lite già pendente. Il principio è tratto con fedeltà dalle fonti ro-

¹¹⁴ I. 2, 6, 9: *Res fisci nostri usucapi non potest. Sed Papinianus scribit bonis vacantibus fisco nondum nuntiatis bona fide emptorem sibi traditam rem ex his bonis usucapere posse: et ita divus Pius et divus Severus et Antoninus rescripserunt.* Pagr. 9 del Commento.

¹¹⁵ Capitolo 67 C. de L., paragr. 2 del Commento.

¹¹⁶ Cfr. ancora I. 2, 6, 9; Capitolo 67 C. de L., paragr. 9 del Commento.

¹¹⁷ Capitolo 70 C. de L.

mane¹¹⁸.

Ed ancora l'Olives si richiama alle fonti romane nel capitolo *De forma de Corona*¹¹⁹, quando dice che per il diritto comune la donna raggiunge la pubertà al 12° anno, l'uomo al 14° (mentre nella Carta locale è indicato, senza distinzione di sesso, il 18° anno), e cita poi le Istituzioni¹²⁰. A tale età, continua l'Olives, essi, sempre per il diritto comune, possono testimoniare, come risulta dal Digesto:

*“Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parenteve eius liberaverit, quive impubes erunt”*¹²¹.

¹¹⁸ Authen., *Et consequenter*; C. 7, 45, *De sententiis et interlocutionibus omnium iudicum*. In particolare : C. 7, 45, 1: Sev. et Ant. AA. Quintiliano. *Non videtur nobis rationem habere sententia decessoris tui, qui cum cognovisset inter petitem et procuratorem, non procuratorem, sed ipsam dominam litis condemnavit, cuius persona in iudicio non fuit. potes igitur ut re integra de causa cognoscere*; C. 7, 45, 3: Alex. A. Vettio. *Praeses provinciae non ignorat definitivam sententiam, quae condemnationem vel absolutionem non continet, pro iusta non haberi*; C. 7, 45, 11: Diocl. et Maxim. AA. et cc. Titiano. *Cum iudex in definitiva sententia iusiurandum solummodo praestari praecipiat, non tamen addat, quid ex recusatione vel praestatione sacramenti fieri oportet, huiusmodi sententiam nullam vim obtinere palam est*; C. 7, 45, 14: Iust. A. Demostheni pp. *Cum Papinianus summi ingenii vir in quaestionibus suis rite disposuit non solum iudicem de absolutione rei iudicare, sed ipsum actorem, si e contrario obnoxius fuerit inventus, condemnare, huiusmodi sententiam non solum roborandam, sed etiam augendam esse sancimus, ut liceat iudici vel contra actorem ferre sententiam et aliquid eum daturum vel facturum pronuntiare, nulla ei opponenda exceptione, quod non competens iudex agentis esse cognoscitur. cuius enim in agendo observavit arbitrium, eum habere et contra se iudicem in eodem negotio non dedignetur.*

¹¹⁹ Capitolo 71 C. de L., paragr. 2 del Commento.

¹²⁰ I. 1, 22, 1, *Quibus modis tutela finitur: Pupilli pupillaeque cum puberes esse coeperint, tutela liberantur. Pubertatem autem veteres quidem non solum ex annis, sed etiam ex habitu corporis in masculis aestimari volebant. Nostra autem maiestas dignum esse castitate temporum nostrorum bene putavit, quod in feminis et antiquis impudicum esse visum est, id est inspectionem habitudinis corporis, hoc etiam in masculos extendere: et ideo sancta constitutione promulgata pubertatem in masculis post quartum decimum annum completum ilico initium accipere disposuimus, antiquitatis normam in femininis personis bene positam suo ordine relinquentes, ut post duodecimum annum completum viripotentes esse credantur.*

¹²¹ D. 22, 5, 3, 5 (Call. 4 de cogn.): *Lege Iulia de vi cavetur, ne hac lege in*

Nel capitolo *De faghero Procuradore*¹²² è detto che il procuratore, nelle cause criminali, non può difendere né il reo né l'attore. Così dice anche il diritto comune¹²³:

“Ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum”.

Nel capitolo *De coyuanca et heredamentu*¹²⁴, troviamo che l'età di 18 anni, per la Carta limite della pubertà, indica invece, nel diritto comune, la piena pubertà, così come dicono il Digesto¹²⁵ e le Istituzioni¹²⁶.

Nel commento al capitolo *De non biastemare a Deu*¹²⁷, ancora l'Olives nota la differenza tra la pena comminata dalla Carta

reum testimonium dicere liceret, qui se ab eo parente eius liberaverit, qui ve impubes erunt, quique iudicio publico damnatus erit qui eorum in integrum restitutus non erit, quive in vinculis custodiave publica erit, quive ad bestias ut depugnaret se locaverit, quave palam quaestum faciet feceritve, quive ob testimonium dicendum vel non dicendum pecuniam accepisse iudicatus vel convictus erit. Nam quidam propter reverentiam personarum, quidam propter lubricum consilii sui, alii vero propter notam et infamiam vitae suae admittendi non sunt ad testimonii fidem. Paragr. 5 del Commento.

¹²² Capitolo 75 C. de L., paragr. 1 del Commento.

¹²³ D. 48, 1, 13, 1 (Pap. 15 resp.): *Ad crimen iudicii publici persequendum frustra procurator intervenit, multoque magis ad defendendum: sed excusationes absentium ex senatus consulto iudicibus allegantur et, si iustam rationem habeant, sententia differtur.* Paragr. 1 del Commento.

¹²⁴ Capitolo 99 C. de L., paragr. 9 del Commento.

¹²⁵ D. 1, 7, 40 (Mod. 1 diff.): *Adrogato patre familias liberi, qui in eius erant potestate, nepotes apud adrogatorem efficiuntur simulque cum suo patre in eius reccidunt potestatem. Quod non similiter in adoptionem contingit: nam nepotes ex eo in avi naturalis retinentur potestate. 1. Non tantum cum quis adoptat, sed et cum adrogat, maior esse debet eo, quem sibi per adrogationem vel per adoptionem filium facit, et utique plenae pubertatis: id est decem et octo annis eum praecedere debet. 2. Spado adrogando suum heredem sibi adsciscere potest nec ei corporale vitium impedimento est.*

¹²⁶ I. 1, 11, 4: *Minorem natu non posse maiorem adoptare placet: adoptio enim naturam imitatur et pro monstro est, ut maior sit filius quam pater. Debet itaque is, qui sibi per adrogationem vel adoptionem filium facit, plena pubertate, id est decem et octo annis praecedere.* paragr. 4 del Commento.

¹²⁷ Capitolo 128 C. de L.

per la bestemmia, pena pecuniaria, e quella di diritto comune, cioè la pena capitale, come dice l'Autentico citato¹²⁸:

“Luxurians contra naturam, vel iurans per capillos Dei, aut aliquid huiusmodi, ultimum damnatur supplicio”.

L'ultima citazione di diritto comune, che ritroviamo nel commento alla Carta¹²⁹, riproduce fedelmente il principio giuridico contenuto nel seguente frammento del Digesto¹³⁰, dall'Olives citato:

“Nam si splendiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cuius-que patiat aetas, relegari, id est si iuvenior, in longius, si senior, recisius. Si vero alii negotium gesserunt et ministerio functi sunt, castigari et ad opus biennio dari”.

A questo punto non ritengo più necessario dilungarmi nell'esame di una casistica che, in più larghe proporzioni, nulla di nuovo aggiunge, e varrebbe soltanto a confermare quanto è stato in precedenza detto.

¹²⁸ Auth., collatio 6, tit. 5.

¹²⁹ Capitolo 174 C. de L., paragr. 1 del Commento, *De terminis; loquitur de termino moto.*

¹³⁰ D. 47, 21, 2 (Call. 3 *de cogn.*): *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: ‘Quin pessimum factum sit eorum, qui terminos finium causa positos propulerunt, dubitari non potest. de poena tamen modus ex condicione personae et mente facientis magis statui potest: nam si splendiores personae sunt, quae convincuntur, non dubie occupandorum alienorum finium causa id admiserunt, et possunt in tempus, ut cuiusque patiat aetas, relegari, id est si iuvenior, in longius, si senior, recisius. si vero alii negotium gesserunt et ministerio functi sunt, castigari et ad opus biennio dari. Quod si per ignorantiam aut fortuito lapides furati sunt, sufficiet eos verberibus decidere.*

Ormai non vi dovrebbero più essere dubbi in proposito; i brani sopra riportati ci dicono chiaramente quale, nel concetto di Olives sia stato il diritto comune.

La terminologia, come già altrove dissi, è sempre costante e non fallisce una sola volta nell'indicare come contenuto e come sostanza di questo diritto comune sempre ed invariabilmente il diritto civile romano. E' sempre il *Corpus Iuris Civilis Romanorum* che ricorre nelle citazioni.

Per l'Olives dunque, così come per tutti i suoi contemporanei, che non sono usciti dalla stragrande normalità, in ottemperanza ad una tradizione affermatasi, in Italia e fuori, nella Dottrina e nella Giurisprudenza, nella Scuola e nel Foro, l'ordinamento giuridico romano, e soltanto quello, poteva assurgere a funzione di legge generale e sussidiaria, regolatrice suprema di tutti i possibili rapporti e di tutti i negozi temporali.

Questo è il concetto di diritto comune, nel pensiero del giureconsulto sardo e nella sua coscienza giuridica.

La differenza tra la vecchia concezione e la nostra, appare evidente dalla stessa casistica più sopra riportata. Noi vediamo sì, alla base del diritto comune, il diritto romano in tutto il complesso della legislazione giustiniana: Digesto, Codice, Istituzioni, Novelle, e delle Costituzioni dei nuovi imperatori (quelle che i commentatori, ed anche lo stesso Olives, con frase espressiva chiamavano "*ius novissimum*" e talvolta "*ius commune novissimum*"), ma non possiamo perdere d'occhio, il lento e pur vigoroso lavoro che conduce il *Corpus Iuris Civilis*, disorganizzandolo e rivoluzionandolo nella sua organicità e nei suoi istituti, ampliandolo e restringendolo, secondo le varie esigenze, nella sua interpretazione, semplicemente a Fonte inestinguibile e precipua del diritto comune; e non come i contemporanei indubbiamente lo intesero, e con essi l'Olives, anche e soprattutto Sistema.