

**LA SECONDA SCOLASTICA  
NELLA FORMAZIONE  
DEL DIRITTO PRIVATO MODERNO**

*Incontro di studio*

FIRENZE, 16 - 19 OTTOBRE 1972

**ATTI**

a cura di PAOLO GROSSI



Milano - Giuffrè Editore

## PREMESSA

Organizzato dall'Istituto di storia del diritto della Facoltà giuridica fiorentina e dal Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto si è svolto, presso il Palazzo dei Congressi di Firenze, nei giorni dal 16 al 19 ottobre 1972, un incontro di studio, con partecipazione internazionale, dedicato ad approfondire il problema storicamente vivissimo degli apporti della Seconda Scolastica alla formazione del diritto privato moderno.

Gli scritti — che qui, organicamente raccolti, si pubblicano — costituiscono appunto le relazioni e le comunicazioni lette e ampiamente discusse durante i lavori del Convegno. L'ordine degli scritti è quello previsto dal programma ufficiale e rispetta l'itinerario logico dei lavori, tesi a verificare il problema oggetto del Convegno nei vari settori in cui tradizionalmente si articola e si suol sistemare il cosiddetto diritto privato.

I risultati sono di estremo rilievo e il complesso delle relazioni e delle comunicazioni appare quale significativo contributo a una convincente interpretazione della Seconda Scolastica sotto il profilo storico-giuridico.

PAOLO GROSSI



## INTRODUZIONE

Parole pronunciate, nella mattina del 16 ottobre,  
in occasione dell'apertura dei lavori congressuali

A nome dell'Istituto di storia del diritto dell'Università di Firenze e del Circolo toscano di diritto romano e storia del diritto esprimo un sincero ringraziamento a quanti, con la loro partecipazione, contribuiranno a un proficuo svolgimento dell'Incontro di studio che ora si apre; ringrazio specialmente gli Autori delle relazioni e delle comunicazioni, che hanno voluto affidarci, oggi per i lavori congressuali, domani per il volume collettaneo degli 'Atti', i risultati della loro preziosa fatica.

Nel tentativo di chiarire 'in limine' il senso della tematica che ci proponiamo e le finalità stesse del nostro Incontro, non sarà inopportuno ripetere a noi stessi che cosa si intenda, sul piano della storia dottrinale dell'età moderna, con il termine, apparentemente ambiguo, di Seconda Scolastica: un cospicuo rinnovamento teologico — e non soltanto teologico — che impegna a fondo la cultura cinquecentesca e secentesca. Proprio per la sua netta appartenenza all'emisfero storico moderno, si è preferito, a quello di 'tarda scolastica', il termine 'Seconda Scolastica', corrente nella letteratura filosofica italiana e più puntuale nel separare il filone dottrinale che qui si studia dal complesso insieme della Scolastica medievale anche nelle sue derivazioni più tarde.

È un rinnovamento contenuto, storicamente, entro confini ben individuabili: ha immediatamente alle spalle l'ampio rivolgimento umanistico culminato, a livello di strutture e dottrine religiose, con la profonda lacerazione della Riforma; si conchiude col sorgere dell'involuzione casistica che inghiotte, sempre più ampiamente dal tardo Cinquecento in poi, nella sua spirale atomistica e praticistica, letteratura teologica e scienza giuridica.



Son questi i limiti storicamente naturali della Seconda Scolastica, dai quali emerge la tipizzazione di tutto il movimento: guardandolo dal nostro angolo d'osservazione, nasce come esigenza di ripensamento globale dell'architettura cristiana della società, nel più rigoroso ancoraggio alla tradizione ma anche nella più aperta disponibilità ai problemi e alle soluzioni che l'evoluzione delle strutture economiche e della riflessione teologico-giuridica aveva messo in cruda ma viva evidenza soprattutto nelle trame del provocante discorso umanistico e riformato; nasce come esigenza di riassetto di fondazioni teoretiche, ed ha sul piano teoretico il suo alveo naturale, come denunciano gli ampi trattati 'de justitia et jure', che sono sempre e soltanto la grande cornice entro cui si articola una spregiudicata e culturalmente provvedutissima visione del mondo piuttosto che l'ammucchiarsi di un groviglio di casi pratici sorretti unicamente dal tenue filo d'un esasperato senso pastorale.

Situata nel delicato spartiacque storico del consolidarsi del patrimonio intellettuale dell'età nuova, la Seconda Scolastica si propone dunque come esperienza gremita di istanze e di presentimenti, e proiettata nel futuro; con una voce a carattere sempre altamente speculativo e contraddistinta da una intima modernità di discorso; con una costante attenzione per l'uomo integrale, per la sua storia, per le sue costruzioni all'interno della storia.

È questo il motivo per cui noi giuristi possiamo chiedere a degli scrittori di teologia morale risposte non deludenti sul piano del diritto; per cui possiamo interrogare fittamente questi teologi chiedendo loro segni e direzioni dell'evolversi del pensiero giuridico moderno.

Un siffatto interesse ha percorso fino ad oggi soprattutto la dottrina pubblicistica, ed è ormai un'acquisizione indiscussa il rilevante apporto dei Maestri, che ci accingiamo a studiare, alla edificazione d'una teorica dello Stato e d'una scienza internazionalistica. Noi vogliamo oggi operare questa verifica nel campo del diritto privato, che esamineremo nelle varie partizioni della sua tradizionale sistematica.

Per quanto ne sappiamo, è la prima volta che una simile verifica viene fatta; aggiungiamo che ci sembrava non ulteriormente differibile, giacché, grazie ad essa, il civilista odierno, al di là

delle consolidazioni particolari dei diritti nazionali, potrà forse scoprire un rilevante momento genetico di molte nevrosi riposte della costruzione giuridica moderna, motivando più adeguatamente le sue perplessità o fondando più solidamente le sue consapevolezze.

La Seconda Scolastica, dunque, all'interno del processo di formazione del diritto privato moderno. È stato questo l'oggetto che abbiamo indicato ai relatori, senza ulteriori specificazioni, senza condizionanti delimitazioni di confini, ma lasciando loro la più ampia libertà d'indagine: in generale, si è preferito sottolineare il prevalente carattere spagnolo della Seconda Scolastica (che pure ha diffusione e contraccolpi nell'intera Europa), ed esaminare il sistema offerto nelle opere dei nostri teologi; il collega Wieacker, invece, ha spostato il suo sguardo al ruolo storico del movimento in una prospettiva più ampia, nella sua singolare incidenza sulla formazione di tutto il giusnaturalismo laico anglo-tedesco-olandese. Questo ha scarso rilievo; ciò che conta è il risultato che mi sembra emergere nettissimo, ed è l'alto grado di quell'incidenza, tanto da collocare i nostri scrittori nel nodo centrale del divenire della scienza giuridica dell'età nuova, tanto da farceli sentire al mezzo d'un patrimonio culturale che avvertiamo premere sulla nostra stessa coscienza.

Mentre formulo un augurio vivissimo per i nostri lavori, non vorrei chiudere queste parole d'esordio senza ricordare la attenta collaborazione del Dottor Paolo Silli, Vicesegretario del Circolo toscano, e il prezioso aiuto dei colleghi Ugo Zilletti, Umberto Santarelli, Pietro Costa. Molto a loro si deve per l'efficienza organizzativa di questo Incontro.

PAOLO GROSSI



*Relazioni*



HANS THIEME

## QU'EST CE-QUE NOUS, LES JURISTES, DEVONS À LA SECONDE SCOLASTIQUE ESPAGNOLE?

L'histoire du droit naturel connaît des allées et venues, des hauts et des bas; elle ressemble à un fleuve, qui coule parfois à pleins bords, et qui disparaît: quelquefois presque complètement — pour apparaître plus tard à un autre lieu. On lui donne peut-être même un nom nouveau, on n'en reconnaît pas toujours les rapports et l'identité: mais pourtant c'est le même fleuve.

Cela était spécialement le sort du droit naturel laïc, du droit naturel du siècle des lumières, dont on n'a pas remarqué la filiation par rapport au droit naturel religieux, au droit naturel du moyen âge et à la scolastique. De temps à autre on a même nié volontairement cette filiation. Certes, il y a un long chemin de la *Summa Theologiae* de Saint Thomas jusqu'au *Jus Naturae et Gentium* de Hugo Grotius, et nous ne voulons pas contester les différences entre l'un et l'autre. Mais il y a aussi beaucoup de convergences entre la première scolastique et le droit naturel du rationalisme, et la médiatrice de ces convergences a été la scolastique espagnole. Elle a mis en contact les maîtres du droit naturel du XVIIe et XVIIIe siècle avec les idées des théologiens, des philosophes et des juristes du moyen âge; elle a joué un rôle très important dans l'histoire de la jurisprudence européenne. La signification, la valeur, l'importance de cette école pour la formation du droit privé de notre temps — c'est le grand thème de notre congrès, dont les initiateurs et les organisateurs méritent beaucoup de gratitude, quelques soient ses résultats.

### I.

Laissez-moi commencer par quelques remarques personnelles. Il y a 43 ans, que j'ai commencé à m'occuper de l'histoire du Droit

Naturel. D'abord, c'était seulement le droit naturel laïc, le siècle des codifications qui a retenu mon attention. Mais quand on se penche sur le XVIIe et le XVIIIe, on remarque bientôt, qu'ils ne s'opposent pas si totalement au moyen âge, comme nous a enseigné la philosophie du siècle des lumières. Il y a plutôt des affinités intellectuelles et personnelles qui ont survécu à la réforme et qui se sont manifesté dans les temps modernes. C'est la Seconde Scolastique qui les a rendu possibles.

La mise au jour de ces filiations et affinités, nous la devons dans le domaine de la jurisprudence à un certain nombre de savants dont je veux me borner ici de citer les noms très brièvement parce que leurs oeuvres sont bien connues dans notre cercle: *James Brown Scott, Josef Kohler, Victor Cathrein, Eduardo Hinojosa, Johann Sauter, Heinrich Rommen, Ernst Reibstein*, pour vous rappeler seulement les plus importants et ceux qui ne se trouvent plus parmi nous.

Grâce à leurs publications et aux études qu'ils ont suscitées dans de nombreux pays et sous des formes toutes différentes, surtout naturellement en Espagne, mais aussi en Italie, en France, aux Pays-Bas, en Allemagne et même au Japon, grâce aux réimpressions des oeuvres les plus importantes de la *Seconda Scolastica* pendant les vingt dernières années, des études spécialisées et détaillées se sont multipliés sur la Seconde Scolastique, qui ne sont certainement pas encore exhaustives — autrement nous ne nous serions pas rencontrés ici —, mais qui nous permettent de faire un premier bilan.

## II.

Si vous me permettez donc de dire quelques mots dans cette perspective des mes propres efforts assez modestes, je vous prie de ne voir aucune prétention dans le fait que je vous en parle. J'ai commencé déjà après la guerre à Göttingen à m'intéresser à la Seconde Scolastique, et c'était la très belle étude de *Ernst Reibstein* de 1949 sur les origines du droit naturel et du droit des gens moderne — qui s'occupait surtout avec Fernandus Vasquez de Menchaca —, qui m'a donné la première impulsion. Alors, un des mes élèves, *Otto Wilhelm Krause*, a préparé sous ma direction une thèse sur « Les jusnaturalistes du XVIe siècle. Leur

importance pour l'évolution du droit naturel privé » — une thèse qui s'occupait des idées fondamentales des grands Espagnols. Il en existe seulement cinq exemplaires dactylographiés, mais elle a tout de même été répandue dans le monde entier, puis qu'il y a même des photocopies de cette thèse au Japon! Cela s'explique surtout par le fait que mon collègue très honoré *Hans Welzel*, alors à Göttingen, a bien voulu se référer à cette thèse dans son livre assez important « Le droit naturel et la justice matérielle », qui fut traduit en plusieurs langues.

C'est ainsi que je fus moi-même tenté de publier quelque chose sur l'école néo-scolastique espagnole et son influence sur le droit naturel rationaliste. J'avais fait la connaissance en 1947 de l'oeuvre magistrale de *Johannes Höffner* « Christianisme et dignité humaine »; son auteur est aujourd'hui le Cardinal Archevêque de Cologne, et cette oeuvre est réapparue récemment sous le titre « Colonialisme et Evangile ». Ce livre expose l'éthique coloniale espagnole du « Siglo de Oro », et évoque ces personnalités éminentes, qui se sont vouées à la défense des habitants des pays récemment découverts — surtout naturellement Franciscus de Victoria avec sa « Relectio de Indis noviter inventis », dont nous avons reçu il y a peu de temps une très belle nouvelle édition et traduction par *José Manuel Pérez-Prendes*.

Cela n'a pas été tellement facile, et cela ne s'entendait pas sans dire, de trouver justement dans mon pays, en Allemagne, l'accès à ces grands Espagnols. Pendant des siècles ont les avait diffamés ou aumoins étouffés. La « Scolastique » a été le comble de tout ce qu'on détestait et méprisait. Le grand propagateur des lumières Christian Thomasius, professeur à Halle, parlait des « rusés compères », von den « Schulfüchsen » de l'école espagnole. On niait toute relation entre la scolastique tardive et le droit naturel du XVIIIe, on vénérât le seul Hugo Grotius comme père du droit naturel et du droit des gens moderne. Dans les éditions de ses oeuvres, les citations des théologiens et juristes, bien connus par Grotius déjà grâce à son maître et compatriote de l'université de Louvain Leonardus Lessius, furent formellement supprimés. On sait bien, que Grotius dans son oeuvre « De iure belli ac pacis » très souvent se réfère aux théologiens moralistes espagnols. Vitoria est cité par Grotius 56 fois, Covarruvias 53 fois, Soto et Vasquez



30 fois — autant de fois que Bartole et Balde, les plus fameux représentants de l'école des commentateurs et postglossateurs, des maîtres de la jurisprudence romaniste du haut moyenâge, qui étaient même dans le temps de l'*usus modernus pandectarum* les mieux connus de tous les juristes du monde. Encore bien moindre est le nombre des citations des humanistes: un Alciat, un Cujas sont évoqués seulement 7 fois! Fernandus Vasquez est déclaré par Grotius « decus Hispaniae », ornement de l'Espagne, et il dit que sa sagacité, subtilitas, comme savant et son esprit libéral, libertas, comme maître ne nous déçoivent jamais.

Ces citations, nous l'avons dit déjà, sont alors supprimés, et c'est encore le fait dans la dernière traduction allemande de Grotius de 1950. Et quand le Baron de Kaltenborn en 1848 publia son oeuvre bien connue sur « Les précurseurs de Hugo Grotius », il ne connaissait que des noms presque inconnus comme le Danois Hemmingsen ou l'Allemand Winkler, des protestants, bien entendu!

Tout cela commençait seulement à changer, quand en 1917 *Josef Kohler*, le grand maître de la Faculté de Droit de Berlin, dans un article sur « Les jusnaturalistes espagnols des XVIIe et XVIIIe siècles » se pencha sur la néoscholastique espagnole et « la plénitude de jurisprudence significative » qui se trouve dans leurs oeuvres. « Chez eux » — ainsi dit *Kohler* il y a 55 ans — « le droit naturel est toujours mobile, toujours adapté aux exigences du présent. L'arsenal riche de la scolastique leur livre les armes pour l'emporter sur les esprits de l'inaction; toujours ils trouvent les moyens pour dépasser les maximes qui répriment le progrès. Quand en notre temps, un droit naturel sera élaboré, il devra prendre appui sur ces Espagnols du grand siècle de l'Espagne ».

Voilà les mots de *Josef Kohler*, prononcés au milieu de la première guerre mondiale. Mais malheureusement ils ne furent pas entendus; ce ne furent que les oeuvres de *James Brown Scott*, l'Américain, et de *Ernst Reibstein* qui changèrent la situation et encore nullement pour ce qui concerne le droit naturel privé.

C'est précisément ce domaine dont traitait ma conférence au Deutscher Rechtshistorikertag de Würzburg en 1952 sous le titre « Droit naturel privé et scolastique tardive », qui est paru au tome 70 de la Revue Savigny et en traduction espagnole en 1954 dans

la Revista de Derecho Privado. Dans cette conférence j'ai essayé d'élucider les mérites de Franciscus de Vitoria, Dominicus Soto, Fernandus Vasquez de Menchaca, Ludovicus Molina et Gabriel Vasquez — et cela ne veut pas dire qu'il n'y aurait pas eu beaucoup d'autres représentants de l'école espagnole encore avec d'autant de mérites.

Une retombée de ce travail fut mon intérêt pour la « relectio de matrimonio » de Franciscus de Vitoria, et l'origine de celle-ci: le divorce de Henri VIII<sup>e</sup> d'Angleterre, qui fut la cause de la séparation de l'église anglicane et de l'église catholique. Dans une contribution sur « Le divorce de Henri VIII<sup>e</sup> comme cas litigieux européen » j'ai démontré comment l'attitude du grand Dominicain de Salamanque correspondait à celle de quelques autres éminents esprits de son temps, même avec Martin Luther, qui se refusaient fermement aux demandes et aux offres matériels du roi d'Angleterre, de couvrir son divorce du manteau du droit. « Il y a quelque chose de soulageant » — ai je écrit alors à propos de Vitoria, de Luther et du juriste Bâlois Amerbach — d'examiner comment même aux temps de la réforme et des crises spirituelles du XVI<sup>e</sup> siècle l'idée du droit a été assez prépondérante pour unir les esprits de plusieurs nations et confessions. L'unité des notions juridiques et de la morale faisait ses preuves au dessus de toutes les différences ».

Mais la question la plus importante était pour moi l'influence de la Secunda Scolastica sur l'histoire du Droit Naturel et du Droit Privé. Deux de mes élèves ont contribué jusqu'à présent à cette tâche: *Burckhardt Löber* et *Günther Nufer*. Le premier a fait un travail sur le droit des sociétés espagnoles au XVI<sup>e</sup> siècle, surtout chez Ludovicus Molina. Le second s'est penché sur la doctrine de la restitution dans la scolastique tardive espagnole et ses conséquences sur les siècles ultérieures. Une troisième et très belle étude, de *Gerhard Otte*, sur le droit privé chez Francisco de Vitoria (1964) ne fut pas suscitée par moi, mais par mon collègue *Rudolf Gmür* à Münster, mais pourtant je crois que ma conférence de 1952 en a été la « causa remota ». Enfin il faut rappeler encore la thèse également très approfondie de *Malte Diesselhorst* sur « La doctrine de Hugo Grotius sur la promesse » del 1959, dont le Professeur *Franz Wieacker* a été le promoteur, parce que ce

travail prouvait l'influence de la seconde scolastique sur Grotius dans une partie très importante du droit privé.

Ce sont, chers auditeurs, bien entendu seulement quelques points de départ pour la nouvelle recherche de la scolastique tardive espagnole en Allemagne; il y en a encore d'autres — soit du point de vue de la philosophie du droit comme dans l'école de *Hans Welzel*, soit du point de vue économique comme l'ont fait quelques élèves du *Cardinal Höffner* déjà nommé, en se penchant sur les problèmes de l'usure, du change, du *justum pretium* — en un mot — de la « *Wirtschaftsethik* », éthique économique de la *Secunda Scolastica*.

Enfin il faut évoquer encore le nom de *Winfried Trusen*, historien du droit à Würzburg, et de son livre « *Les origines du droit savant en Allemagne* » de 1962, qui est l'auteur de plusieurs études antérieures ou plus récentes encore, qui concernent l'influence de l'école espagnole et de la scolastique en général. Son collègue *Friedrich Merzbacher* à Würzburg s'est aussi attaché à Azpilcueta et Covarruvias en 1960 par un article dans la *Revue Savigny*. Et toute cette évolution qui s'est déroulée ces vingt dernières années est rendue sensible par le fait que Monsieur *Helmut Coing*, Directeur de l'Institut Max Planck à Francfort pour l'Histoire européenne du Droit, qui organise des recherches sur l'histoire du droit privé du moyen âge et des temps modernes, surtout l'histoire des dogmes — que mon collègue, le professeur Coing a installé à cet institut une branche spéciale pour la *Secunda Scolastica*, dont les premiers fruits mûrissent déjà.

A la fin de ce tour d'horizon sur les recherches concernant la Scolastique tardive en Allemagne, je dois vous rappeler encore l'appréciation impressionnante que notre cher et honoré collègue *Franz Wieacker* de Göttingen a donnée de la *Secunda Scolastica* dans la nouvelle édition de son excellent livre « *Histoire du Droit Privé des temps modernes* » de 1967. Écoutons la citation suivante de Wieacker: « Dans la région de la contre-réforme, les théologiens moralistes et les juristes espagnols préparaient le chemin au droit rationaliste en suivant la tradition thomiste de la première scolastique dans les questions juridiques de leur temps: droit de guerre, droit des gens ... Même les théologiens moralistes parmi eux sont ... en même temps des penseurs juridiques ... Ainsi ils sont devenus

les promoteurs puissants du droit naturel de l'Europe occidentale ». Voilà les mots de Wieacker qui représentent un changement formidable.

### III.

Le résultat que nous avons constaté pour les recherches d'histoire du droit dans mon pays, en Allemagne, est donc l'attention pour cette école de la *Secunda Scolastica*, antérieurement presque oubliée, dans tous les domaines du droit: droit des gens, droit public, philosophie du droit, économie sociale — mais aussi, de plus en plus, droit privé.

La même évolution, d'une façon analogue, s'est effectuée aussi en beaucoup d'autres pays. Je n'ai pas la prétention de vous informer complètement sur les efforts dans tous ces pays. Permettez-moi seulement de vous rappeler les publications et l'anuario de l'Association Francisco de Vitoria en Espagne, les très belles éditions du *Corpus Hispanorum* de Pace, les « *textos juridicopolíticos* » de Covarrubias, édités de *Fraga Iribarne*, les oeuvres de notre très honoré collègue *Giovanni Ambrosetti* qui dans son livre sur le « *Diritto Naturale Cristiano* » de 1970 a éclairci l'importance de la *Secunda Scolastica*, ou les recherches de *Michel Villey* sur les origines du droit subjectif, et de ses élèves. En Suisse aussi *Alfred Dufour* récemment a voué un chapitre de son beau livre, paru cette année, sur le mariage dans le droit naturel et sur ses sources philosophiques, à l'école de Salamanque. Au Pays-Bas ce sont les travaux de *Robert Feenstra*, qui ont jeté de la lumière sur quelques problèmes importants pour la dogmatique du droit privé dans les oeuvres de la *Secunda Scolastica*. En 1959 déjà dans les *Etudes offertes* à Pierre Petot, Feenstra a montré les origines de la doctrine sur l'homicide et la lésion corporelle chez Grotius, et il les a trouvées dans les oeuvres de Soto, de Lessius, du *Doctor Navarrus Martinus* de Azpilcueta. Dans deux excellents articles récemment parus Robert Feenstra a élucidé aussi les influences de la *Secunda Scolastica* sur Grotius dans deux autres domaines: erreur et enrichissement illégitime. Toutes ces recherches contribuent à des jugements beaucoup plus solides et exactes qu'autrefois.

## IV.

Avec ces trois sujets traités par notre éminent Collègue de Leyde, nous avons déjà atteint un chapitre qui est capable mieux que maint autre à nous renseigner sur l'importance de la *Scolastica Secunda*: la théorie de la *restitutio*, la restitution, die Wiedergutmachung oder der Schadensersatz. Elle nous découvre le chemin qui va directement de l'école espagnole au droit naturel moderne, aux codifications et à la dogmatique contemporaine.

Permettez-moi de vous informer sur quelques résultats de la thèse de *Günther Nufer* sur ce sujet! Une définition de la *restitutio* se trouve déjà dans la *Secunda Secundae* de St. Thomas: «*restituere nihil aliud esse videtur quam iterato aliquem statuere in possessionem vel dominium rei suae*». La *restitutio* est une forme de la «*iustitia commutativa*» d'Aristote, elle oblige à accorder à chacun «*le sien*». Par conséquence il existe un devoir de réparation de chaque dommage et un devoir de rétablissement d'une juste répartition des biens. Il y a trois espèces de restitution: la *restitutio ratione acceptionis*, à savoir: la restitution d'une chose qui a été dérobée, par celui qui est accusé; la *restitutio rei acceptae*, à savoir: celle qui incombe au possesseur d'une chose dérobée; et la *restitutio ex contractu*: la restitution comme obligation conforme à un contract. Par conséquence, le voleur, le spoliateur, l'offenseur, l'homme adultère, l'homicide etc. répondent pour une lésion illégale, et de même façon celui qui a causé un dommage en conséquence de l'exécution d'un contract. De l'autre côté, celui qui a emprunté de l'argent et celui qui a gardé quelque chose doivent une restitution parce qu'ils possèdent licitement un bien qui ne leur appartient pas, et de la même façon le *bonae fidei* possessor, le locataire et celui qui a un bail à ferme. Même les obligations provenant des contrats, par exemple le devoir de l'acheteur de payer le prix, sont regardés comme «*restitution*». Nous remarquons donc très bien, que la «*restitutio*» couvre en même temps notre «*dédommagement*» et notre «*exécution*» et que la doctrine scolastique de la *restitutio* embrasse en vérité le droit des obligations moderne — les obligations *ex contractu* et *ex delicto*, les obligations *quasi ex contractu* et *quasi ex delicto*.

Le point de départ pour l'école espagnole — c'est la propriété comme maîtrise réelle d'une chose par un être conscient de soi-même et doué de raison. Même les mineurs, les barbares et les païens peuvent posséder quelque chose comme propriété. Les Espagnols ont ainsi concédé pendant l'ère de leur plus grand pouvoir à la partie la plus faible de l'humanité une protection contre l'abus de pouvoir. Dans cette optique, ils surpassent de beaucoup la *Summa Theologica* de l'Aquinaité; ils complètent la *Secunda Secundae*; ils raffinent leurs solutions; ils les adaptent aux données changeantes. Sans doute, des notions romaines furent-elles reprises, qui faisaient partie — déjà chez Thomas — de l'héritage culturel européen. On peut en dire autant du droit canonique. Mais le point décisif pour la doctrine scolastique a été toujours la correspondance avec le droit divin, le droit de la nature, la justification devant le « forum conscientiae », le « forum internum », la conscience. Et comme moyen de justification la *Secunda Scolastica* se servait de la « ratio naturalis », de la raison naturelle, inscrite par Dieu dans la créature. Chez Franciscus de Vitoria on trouve la phrase magnifique, qui marque une étape dans l'histoire de l'esprit humain: « Quare non multo incertior erit diffinitio, si ex *naturalibus* procedat, quam si ex *sacris literis* argumentemur ». Par ce mot, et par son attitude, Vitoria a ouvert la porte à la « ratio naturalis » vis-à-vis de la révélation et de la Sainte Écriture, qui avaient constitué jusque là la médiation de toute connaissance et dominé toutes les sciences, et il a préparé le chemin au droit naturel moderne!

La « restitutio » concerne en premier lieu le possesseur délinquant envers le propriétaire légitime. Elle couvre aussi les fruits, mais il est contesté, si on peut demander seulement les « fructus rei » ou si les « fructus industriae » aussi sont dues, qui sont seulement le résultat de l'application du possesseur. Même les « fructus neglecti » sont à restituer; cela veut dire: ce qu'un propriétaire appliqué aurait gagné, tandis que le propriétaire paresseux ne les a pas remportés. Même le « *lucrum cessans* » fait partie de la restitution, et celui, qui doit restituer, peut soustraire ce qui était nécessaire et utile pour l'entretien de la chose — mais pas les « *expensae voluntariae seu voluptuariae* »: une solution pareille à celle du droit romain, du « *diritto comune* ». On remarque tou-

jours, que la *Secunda Scolastica* s'occupe même des questions spéciales, qu'elle subit les influences du droit contemporain, mais qu'elle n'en emprunte rien sans le mettre à l'épreuve, et qu'elle n'a pas peur de s'en abstenir et de propager une autre solution.

Quant à la restitution de quelque chose par un « *malae fidei possessor* », on se pose la question, quelle valeur serait déterminant: la plus haute, qui aurait été atteinte par le propriétaire? Celle, que la chose aurait encore acquise après sa destruction? Covarruvias, Molina, Azpilcueta parlent de ce problème; un exemple, qui concerne du blé volé, sert à une démonstration minutieuse. On voit qu'on a pu apprendre par là l'art de la distinction juridique, du « *distinguishing* », utile pour un étudiant de Salamanca aussi pour d'autres recherches que celles de la théologie morale.

Même le problème tout moderne de la « *causalité dépassante* », « *das Problem der überholenden Kausalität* » fut déjà remarqué par les théoriciens de la restitution: une chose que le « *malae fidei possessor* » doit restituer, aurait été détruite aussi chez le propriétaire, par exemple par un incendie. Covarruvias et Molina citent pour cette question les glossateurs et les commentateurs, donc encore une fois le *diritto comune*, le droit romain, mais ce qui vaut le plus dans leurs réflexions, c'est le jugement « *in foro conscientiae* », devant la conscience. Il est incontestable que c'est spécialement la discussion des faits singuliers, des choses, de l'état de cause — comme dans la dogmatique de nos jours dans le droit civil — dans laquelle ces théologiens brillent.

Avec la plus grande subtilité naturellement on traite de l'usure, *usura*, vom *Wucher* — cela veut dire: le profit qu'on tire, ou qu'on veut tirer — du prêt d'argent, aus dem *Darlehen*. L'argent, selon la doctrine de l'église, ne produit pas de fruits; celui qui redemande plus qu'il n'a prêté, fait de l'usure. Cette opinion, fermement enracinée dans la dogmatique chrétienne, a des raisons d'économie et de politique. La *Secunda Scolastica* tenta de modifier cette doctrine par la théorie des titres d'intérêts: il y a des cas où il est permis de demander plus qu'on a prêté, par exemple en cas de « *lucrum cessans* », retard, achat d'une rente, société, « *commenda* ». Ainsi, on a respecté les nécessités économiques. Par exemple dans une société, *societas*, la part du gain réalisé par un membre n'est pas de l'usure, mais elle est un dédommagement

permis pour son risque. « En somme » — dit *Günther Nufer* — « il faut constater que l'interdépendance entre les données de l'économie et de la sociologie d'un côté et le droit de l'autre devient rarement mieux visible que dans la doctrine de l'usure. Les changements profonds de la structure économique et sociale depuis le moyen âge confrontaient la Seconde Scolastique avec le problème de révision des dogmes traditionnelles en respectant une révision des dogmes traditionnelles en respectant une évolution qu'on ne pouvait plus arrêter. Il fallait donc adapter le droit à l'économie du temps. On remarque très bien une suite des générations. L'esprit de Vitoria, d'Azpilcueta, de Covarruvias et de Soto est conservateur, celui de Molina et de Lessius, qui observent toujours les usages des marchands, est progressiste ».

La restitution en cas de lésion corporelle et de dommage moral nous paraît spécialement moderne. Un « *pretium doloris* » est accordé en cas d'un dommage perpétuel, par exemple par une déformation. Mais tout de même — selon Molina par exemple — une offense par un soufflet, un coup de bâton, de pied etc., exigent une restitution. La « *restitutio famae ac honoris* » est un autre objet de ce chapitre, un objet très actuel. Mais il nous paraît très caractéristique que l'argent comme compensation du dommage morale sente la pauvreté. Un « *nobilis ac ingenuus* » ne voudrait pas recevoir de l'argent pour une offense.

Nous pourrions suivre les problèmes de la *restitutio* encore longtemps: le montant du dédommagement, la délimitation de ceux qui sont responsables et de ceux qui sont les créanciers, le lieu et le temps de la restitution, la question de la faute, la restitution en argent ou en nature. Ce sont des questions que nous, les juristes du droit privé moderne, connaissons assez bien; nous trouvons des réflexions abondantes là dessus dans les oeuvres de la *Secunda Scolastica*. Il y a même des exceptions où une restitution n'est pas convenable, par exemple selon le mot qui est assez bien connu et en vigueur encore aujourd'hui: « *in pari turpitudine melior est causa possidentis* », ou en cas de légitime défense ou de calamité. Même la « collision des titres », *Rechtsgüterkollision*, est prise en considération par les Espagnols de la Scolastique tardive: quand un titre d'ordre supérieur est menacé, par exemple la vie, celui qui est le créancier doit tenir compte de l'équité.



« Il faut sortir de la légalité pour rentrer dans le droit » a dit *Ser-tillanges*, en exposant la philosophie morale de Saint Thomas.

Quelles ont été — cela est notre dernière question — les conséquences de toute cette théorie de la restitution pour la postérité? Est-ce qu'elle est tombée, grâce à cette suppression délibérée, dont nous avons parlé, à travers le fameux « crible de l'histoire » ou a-t-elle provoqué des résultats dans le droit laïc, dans le droit naturel rationaliste, dans les codifications? Je crois que nous pouvons donner une réponse affirmative: par Grotius et par ses successeurs, et contre le droit romain et le droit du moyen âge le principe du dédommagement général s'est inscrit dans les codes civiles modernes, par exemple à l'article 1382 du Code Civil: « tout fait quelconque que cause quelqu'un à autrui oblige à le réparer ». Je crois qu'on peut prouver cette interdépendance pas à pas. Elle se sert quelquefois de conciliateurs qu'il faut chercher et trouver, quoiqu'ils soient très peu visibles, par exemple le fameux Jean Domat, ami de Blaise Pascal, avec son oeuvre magnifique « Les lois civiles dans leur ordre naturel », ou le théologien Janseniste Amyrault avec son traité sur le mariage. *Günther Nufer* aussi dans sa thèse aboutit au résultat d'une conformité souvent dans tous les détails entre la théorie de Hugo Grotius sur la restitution et les solutions de la *Secunda Scolastica*, et surtout dans ces questions, où ils se distinguent du droit romain et où ils dépassent largement la *Summa Theologica* et le droit canonique. Bien entendu: Grotius n'a pas été un imitateur servile de l'école espagnole; il montre assez de traits caractéristiques. Mais après les recherches de Robert Feenstra et des autres, dont nous avons parlé, on ne peut plus fermer l'oeil sur les relations entre Grotius et l'école de Salamanca, conformément aux liaisons assez étroites entre les Pays-Bas et l'Espagne, qui duraient encore après la séparation politique. Et c'est par Grotius que la *Secunda Scolastica* a influencé le droit naturel moderne et le droit privé de notre temps. « Au XVII<sup>e</sup> siècle encore — ainsi dit *Nufer* — personne qui traite des questions de la restitutio ne le fait sans prendre en considération les oeuvres des Espagnols. Ce sont eux, qui — sous le titre de la restitution — pour la première fois ont développé un système universel et en même temps détaillé du dédommagement et qui,

par cette raison, ont été d'une façon décisive les précurseurs des codifications ».

## V.

Avec ce coup d'œil sur une question fondamentale du droit privé il nous faut terminer ce rapport. Nous entendrons pendant ces jours encore beaucoup d'observations analogues dans d'autres domaines du droit privé: droit des obligations, droits réels, droit de la famille et droit des successions. Il en irait de même pour le droit du travail, où la *Secunda Scolastica* a fait des progrès remarquables, et pour le droit commercial. N'oublions pas aussi le droit public, et rappelons encore une fois le défunt *Ernst Reibstein* avec son livre « *Johannes Althusius, continuateur de l'école de Salamanca* » et sa grande oeuvre posthume, qui vient de paraître, sur l'histoire de l'idée de la souveraineté du peuple et les droits de l'homme. Je ne peux m'empêcher de citer un mot de *Gerhard Hamaker*, éditeur du « *de jure praedae* » de Grotius en 1868, sur l'interdépendance de celui-ci et des grands Espagnols: « *Omnem fere Dogmaticorum materiem ex illorum scriptis collegit* ».

Même dans le droit pénal on remarque aujourd'hui les traces de la *Secunda Scolastica*, par exemple dans les oeuvres de *Benedict Carpzov*. Mon honoré collègue *Hellmuth von Weber* à Bonn a écrit: « La grande influence des idées du droit canonique sur le droit pénal espagnol du XVIIe siècle mène à un approfondissement et à une extension du principe « nulle peine sans faute ». Rappelons encore la théorie de l'erreur sur l'illicéité dans la scolastique, que *Hans Welzel* a tiré de l'oubli dans son traité « *Sur la conscience errante* », « *Vom irrenden Gewissen* ».

Notre tour d'horizon a peut-être provoqué l'impression que toutes ces recherches ont déjà découvert l'essentiel dans tous les domaines. Mais cela ne serait pas mon opinion. Je crois que l'histoire des dogmes est comme un bateau de sauvetage pour l'histoire du droit à notre époque où dans le monde entier le néo-positivisme et un sens antihistorique menacent notre discipline. Et il faut constater que dans la plupart de ces études sur des questions dogmatiques dans l'histoire du droit on ne prend pas encore en considération la *Secunda Scolastica*. C'est la conséquence de

cette indifférence dont nous avons parlé. Il faut, d'autre part, connaître non seulement la langue latine, si on veut s'occuper de l'école de Salamanque, mais aussi la tradition théologique et philosophique, sur laquelle elle repose. Il faut connaître aussi les « loci communes », où tel et tel sujet est traité. Enfin les textes souvent sont difficiles à trouver dans les bibliothèques, et cette « jurisprudence de confessionnal » — comme on l'a nommée un peu ironiquement — souffrira encore longtemps de l'antipathie des temps antérieurs. Je n'oublierai jamais la remarque d'un médiéviste très fameux à la bibliothèque de Göttingen, qui me voyait entouré des oeuvres monumentales de Gabriel et Fernandus Vasquez, de Molina, de Franciscus Suarez, de Soto, de Silvester Prierias, etc., et qui disait, moitié moqueur, moitié compatissant: « Est-ce que tout cela est vraiment nécessaire? ».

Répondre à cette question par un « oui », cela me paraît nécessaire dès que je me suis occupé de la Scolastique tardive, et pour un historien du droit de ma confession, la confession protestante, cela vaut autant la peine que pour un catholique, parce que la confession ne peut pas jouer de rôle dans la recherche d'influences historiques. Oui — il est nécessaire de s'occuper de cette école — aujourd'hui peut-être plus que jamais, car ce sont des valeurs menacés en notre temps aussi, pour lesquelles la Scolastique tardive s'est battue. Elle connaît les sources du droit positif: le droit romain, le droit espagnol et les autres encore, mais elle ne se laisse pas subordonner à ce droit positif: ces valeurs sont plus fortes et la conscience, la foi, la « ratio naturalis » l'emportent toujours dans les crises avec le pouvoir et avec le droit de l'état.

Il y a dans l'histoire, même dans l'histoire du droit, quelque fois des « sauvetages », Rettungen, où un oublié par malchance enfin reçoit après des dizaines d'années, après des siècles, la reconnaissance qu'il mérite. C'est justement aussi le cas de la *Secunda Scolastica*, un exemple de « dolus directus », non seulement de « negligentia ». Il faut corriger cette faute, il faut la réparer. Quand *Alberico Gentili*, l'Italien qui enseignait à Oxford, a prononcé son mot fameux: « Silete Theologi in munere alieno », il a pensé à une attitude arrogante, intervenante dans les questions juridiques, qui existait certainement aussi parmi les théologiens de son temps. Nous comprenons bien ce mot; dans une société pluraliste la juris-

prudence doit retenir son indépendance même envers la théologie. Mais cela n'empêche pas que nous regardons de près et que nous estimons hautement les oeuvres de l'école de Salamanque et leurs mérites, leur *subtilité* et leur *liberté*, pour parler encore une fois avec Grotius. N'est ce pas une très belle devise aussi pour nous, pour les juristes de notre temps: *Subtilitas ac Libertas?*



GIOVANNI AMBROSETTI

DIRITTO PRIVATO ED ECONOMIA  
NELLA SECONDA SCOLASTICA

È senza dubbio singolare che chi prende la parola in questo momento non sia un economista, ma professi una diversa qualifica — filosofo del diritto — la quale qualifica, a parte che essa appare progressivamente screditata, se non forse in Germania, certamente dovrebbe precludergli di prendere la parola su profili tanto specifici e tanto elaborati. Quale dunque la ragione che mi ha spinto a vincere la perplessità e l'incertezza e a correre il rischio, maneggiando temi così ardui e delicati, di incorrere nei rimproveri, nelle riserve e forse nello scetticismo di eminenti colleghi? Una prima ragione — presto illustrata e del resto in sé non valida — è di ordine sentimentale. Buona parte della mia vita di studio fu dedicata — su proposta di Giuseppe Capograssi — alla filosofia giuridica del Suarez e della Riforma Cattolica, cioè alla elaborazione più ampia della dottrina del diritto naturale della Seconda Scolastica e, successivamente, a taluni fondamentali aspetti del pensiero di Grozio. La soddisfazione e per così dire il conforto di veder affermata oggi l'importanza di una direzione di pensiero cui mi sono dedicato appassionatamente, mi ha spinto a cercare uno spunto per prendere parte al colloquio. Ma questa — come dicevo — non è una ragione sufficiente a giustificare il mio ardire. La vera ragione della mia presenza qui è dunque un'altra e va ricercata nel compito e nell'onere che ha il filosofo. Questi, non importa se modestissimo, non può sottrarsi dal mettere avanti — entro le pieghe delle varie ricerche — delle proposte interpretative, che si sforzino di connettere un risultato o un profilo o anche una serie di temi, a un momento espressivo in generale della vita dello spirito. In questa prospettiva grava

sul filosofo un duplice compito. Il primo è di esprimere quei punti di vista generali di cui dicevo; il secondo di esprimerli non per così dire astrattamente e dall'esterno, ma per vie interne, aprendosi la strada entro una determinata tematica per farne risalire l'espressività o il peso in ordine a conclusioni generali. Ora il tema su di cui prendo a parlare ha per me un intenso contenuto ai fini di una piena valutazione dello spirito della Scolastica iberica e spero di offrirne una sia pur breve dimostrazione.

Per introdurci solo con qualche motivo alla filosofia della Seconda Scolastica, mi sia permesso di citare alcune parole di uno studioso tedesco (molte volte — è questa una avvertenza che debbo fare — ci troveremo a dover citare in questa ricerca letteratura di elaborazione tedesca): «... eine Art neuer Philosophie, die zwar methodisch der scholastischen Tradition verhaftet blieb, die aber inhaltlich vor allem das Singulare, das Konkrete, das Geschichtlich-Wandelbare zum Gegenstand ihres besonderen Interesse machte » (1). Così uno dei recenti e più acuti studiosi della Seconda Scolastica e della dottrina economica di questa (e in specie di Molina) Wilhelm Weber caratterizza questa filosofia. Ancora: « Metaphysik des Individual-Konkreten gegen Metaphysik des Spezifisch-Abstrakten; kritisch induktive Gnoseologie gegen intuitiv-apriorische Gnoseologie » (2).

Abbiamo scelto queste espressioni perchè bene ci pare si prestino a introdurci in brevi notazioni sulla Seconda Scolastica in generale, e perchè insieme esse preparano al problema che vogliamo studiare.

Ci pare detto perfettamente. Fedeltà alla tradizione scolastica e nuova attenzione all'individuale, al concreto. Questa nuova

---

(1) W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*. Höhepunkt und Abschluss der scholastischen Wirtschaftsethik durch Ludwig Molina (1535-1600) (« Schriften des Instituts für Christliche Sozialwissenschaften der Westfälischen Wilhelms Universität Münster, 7 »), Münster Westfalen, 1959, p. 12. Citiamo così subito un lavoro che, unitamente al successivo dello stesso Autore *Geld und Zins in der Spanischen Spätscholastik* (« Schriften... », 13 ») Münster Westfalen, 1962, non esitiamo a definire sintomatico per tutto il « momento » della Seconda Scolastica di cui ora ci occupiamo.

(2) *Id.*, pp. 20-36.

sensibilità, che raggiunge il suo culmine nelle *Disputationes Metaphysicae* di Suarez (1597), che dovevano segnare la recezione della filosofia scolastica in Germania e in Olanda, questa nuova sensibilità si dà entro una prospettiva filosofica in cui più linee convergono e si unificano.

Lasciando da parte l'aspetto specificamente metafisico, e gettando solo uno sguardo alla filosofia pratica, possiamo dire, innanzi tutto, che è presente nella Seconda Scolastica la posizione fondamentale tomistica di dinamica comunicazione fra teoretica e pratica. L'essere, nella sua proiezione, diviene dovere nel campo pratico. Ciò significa primato di fondo dell'essere e della ragione. Ma vi è un altro punto della prospettiva. Esso non è più tradizionale, ma nuovo e reca proprio quell'elemento di cui si diceva. La parte più equilibrata della corrente del nominalismo, di Scoto in ispecie, porta una nuova valutazione dell'individuale e del concreto e con ciò una nuova valutazione della volontà. Ecco allora tracciato un campo importantissimo di lavoro della Seconda Scolastica: nel campo della pratica il concreto umano, la natura umana e la sua libertà e responsabilità sono studiati e giustificati con analisi diretta, ampiezza di sistemi e, soprattutto, fiducia in un approfondimento dottrinale fatto di impegno di singole personalità e insieme di solidarietà quasi corporativa di scuola, senza discostarsi, anche formalmente, da quadri tradizionali di ricerca. In tal modo si spiegano i molti e vari trattati *De Legibus* e *De Justitia et Jure*. La Seconda Scolastica fu così particolarmente feconda nella osservazione e nella interpretazione della realtà giuridica, sociale e politica, segnando uno dei momenti più felici di unione e compresenza del metodo filosofico con quello della scienza giuridica. Se si può dire che la Scolastica in genere abbia una vocazione per la filosofia sociale e giuridica a motivo di quel pilastro speculativo di cui si diceva, in virtù del quale l'essere sociale affonda le sue radici interne e essenziali nell'essere e a questo per vie essenziali ritorna, ben si può anche dire che nella Seconda Scolastica si scorge la dimostrazione più ampia di tale vocazione nel campo non solamente del diritto naturale, ma anche del diritto positivo. In tutto questo amplissimo raggio si riscontra un'attenzione particolare, da molteplici punti di vista, all'elemento della volontà e delle forze umane nelle loro disposi-



zioni sociali, in breve alla storia con una visione improntata a un fondamentale *ottimismo* nell'uomo e nelle sue capacità di plasmare la realtà sociale e politica. Ragione e storia è la bipolarità propria della forma di pensiero della Seconda Scolastica.

Detti e ricordati questi concetti di carattere generale, dobbiamo passare senza indugio a indicare come si inserisca, nel quadro di pensiero rapidamente tracciato, il tema *diritto privato e economia* nella Seconda Scolastica. Non sarebbe, invero, sufficiente dire che — a quanto ci consta — esso non è stato fino ad ora fatto oggetto di esplicita attenzione. Come si diceva il filosofo, entro una ricerca aperta di carattere positivo, può inserirsi solamente per un punto di vista sintomatico e su di un tema espressivo di vedute generali. Ebbene: ecco allora il peso, per dir così, del nostro tema. Entro le analisi sociali di questi Scolastici vi è una connessione — quella appunto di economia e diritto — la quale condotta, come vedremo, con estrema aderenza alla realtà sociale stessa e alle nuove esigenze giuridiche che ne sorgevano, può offrire una testimonianza sotto un certo aspetto impressionante della finezza di costruzione e della consapevolezza speculativa di questi Scolastici, i quali avevano compreso che una sintesi veramente valida fra le nuove istanze della filosofia della volontà e della libertà e quelle tradizionali dell'essere, per non cadere in un puro volontarismo, che svalutasse la ragione e introducesse il diretto teologismo, doveva tener conto delle realtà più determinate e anche mobili e anche in evoluzione del mondo pratico, tali appunto l'economia e il diritto. Che gli Scolastici avessero profondamente capito la « posta » che era in gioco nell'interpretazione del mondo politico ed ancor prima sociale di fronte al volontarismo irrompente, lo dimostreranno — almeno così speriamo — anche le cose che diremo su questo nostro tema.

## II

Volgendoci ora a considerare il problema economico negli Scolastici, dobbiamo innanzi tutto ricordare delle partizioni storiche, che proprio la relativa brevità del nostro discorso rende necessarie.

Joseph Alois Schumpeter, che sulle dottrine che ci interessano ha scritto cose decisive, nella sua monumentale opera sulla storia dell'analisi economica <sup>(3)</sup>, distingue nell'evoluzione del pensiero scolastico sull'economia tre periodi: il primo periodo va dal secolo IX al secolo XII; il secondo abbraccia il secolo XIII, mentre l'ultimo periodo va dal primo Trecento ai primi del Seicento. Nota Schumpeter che l'interesse per il problema economico, scarso nel primo periodo, si fa grande nel secondo e raggiunge il suo più alto culmine nel terzo <sup>(4)</sup>. E invero è proprio il terzo periodo, quello che noi abbiamo dinnanzi, che vede una singolare e forte fioritura di riflessioni sull'economia con quel carattere di elaborazione stretta e solidale, di scuola nel senso più elevato e costruttivo, cui abbiamo accennato parlando in generale della Seconda Scolastica. Occorre innanzi tutto che noi qui diamo conto, sia pur brevemente, delle ragioni di questo particolare sviluppo. Queste sono da ricercarsi — il riferimento potrebbe essere fin troppo ovvio — nelle condizioni oggettive storiche che si erano create con la scoperta del Nuovo Mondo, la subitanea crescita del commercio oltre mare, il riversarsi del metallo prezioso in Spagna e il duro confronto — che allora iniziava — tra l'economia agricola medioevale e quella commerciale e anche imprenditrice. Tuttavia — si presenta qui un elemento sostanziale che si dispone sulla linea della mia proposta interpretativa — dobbiamo dire che il motivo della nuova attenzione all'economia non era solo l'adeguarsi all'imperioso richiamo esterno delle mutate circostanze storiche, richiamo che certamente fu potente, ma anche l'esigenza di uno sviluppo interno della dottrina economica scolastica, che si trovò ad affinare gli strumenti concettuali, talvolta anche a rinnovarli criticamente, nulla tuttavia abbandonando dei suoi presupposti tradizionali, ma cercando anche in questo campo la riconferma delle certezze metafisiche.

Josef Höffner, nel noto contributo sulla statica e sulla dinamica nella concezione scolastica dell'economia <sup>(5)</sup>, ha dimostrato

---

<sup>(3)</sup> J. A. SCHUMPETER, *History of Economic Analysis* a cura di Elizabeth Boody Schumpeter, New York, 1954. Noi citeremo dalla traduzione italiana a cura di P. Sylos-Labini e L. Occhionero, I, Torino, 1959.

<sup>(4)</sup> *op. cit.*, p. 103.

<sup>(5)</sup> J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik in der scholastischen Wirtschaftsethik*

l'infondatezza della tesi che la dottrina scolastica medioevale in economia avesse al centro il concetto statico del mero soddisfacimento dei bisogni elementari in un determinato ceto (*Idee der Nahrung*). Afferma Höffner che in quel periodo in cui già l'interesse per la dottrina economica si fa forte, cioè nel periodo di S. Tommaso, di S. Alberto e di S. Antonino da Firenze, la dottrina scolastica non era per un'economia statica e chiusa, ma invece presupponeva società commerciali, mercato e tendenza al guadagno e — ciò che è importante — era una dottrina che teneva conto della funzione determinatrice del prezzo che assume il mercato <sup>(6)</sup>.

Ebbene, se noi diamo solamente uno sguardo alla tematica della dottrina economica della Seconda Scolastica, subito ci persuadiamo di un potente sviluppo della dottrina medesima, che affronta le nuove realtà senza esitazione. La Seconda Scolastica ha riconosciuto la libertà del mercato e la funzione dei prezzi. Studiando la questione del giusto prezzo, si prende le mosse dal prezzo « naturale ». Gli Scolastici riconoscono nella concorrenza fra offerta e domanda, il fattore più importante del prezzo. Universalmente riconosciuta si può dire l'importanza della concorrenza per la formazione del prezzo. Il prezzo di mercato non è un prezzo arbitrario giacchè il numero dei compratori e dei venditori come la qualità della merce non dipendono dall'arbitrio o dalla volontà di chicchessia. La formazione del prezzo avviene piuttosto indipendentemente dal desiderio o dal vantaggio del singolo, come suol portarlo la vicenda economica. Sulla formazione del prezzo influiscono varie circostanze, precisamente abbondanza o mancanza di merci, quantità di moneta, maggior o minor numero di compratori, urgenza di vendere e di comperare.

Sia pure a un primo sguardo la tematica della dottrina economica e della Seconda Scolastica si presenta dunque aperta alle nuove realtà e profondamente dinamica. In un altro punto essa segna una significativa evoluzione e cioè nella possibilità di collocare il capitale in modo produttivo. Il divieto canonico del

---

(« Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen, 38 ») Köln und Opladen, 1955.

(<sup>6</sup>) *Id.*, pp. 23-24, con ampi riferimenti.

prestito ad interesse, che durante il Medio Evo non era inteso a paralizzare i rapporti economici, ma a difendere i bisognosi che non avevano altra risorsa che il ricorso al prestito di consumo, doveva attenuarsi via via che i capitali potevano essere collocati in modo produttivo, con il formarsi di veri e propri mercati del capitale.

Già S. Tommaso aveva riconosciuto il danno emergente e quello lucro cessante e la giusta ricompensa spettante al socio, nella società, per il pericolo corso (?), ma ora è fuori di ogni dubbio che i commercianti cui fosse dato di collocare il capitale con lucro nel commercio, potessero percepire lecitamente un interesse, appunto per la loro messa a disposizione.

Uno storico del diritto, che è stato uno dei nostri maestri, Giuseppe Salvioli, ha posto giustamente in rilievo come il nucleo delle nuove formulazioni dottrinali si sia avuto in Italia, per opera di S. Antonino e di S. Bernardino, i quali si erano resi consapevoli delle mutate condizioni oggettive dell'economia: « ... due moralisti italiani, Antonino vescovo di Firenze † 1459 e Bernardino da Siena † 1444, si scostarono dalla dottrina tradizionale formulandone un'altra più rispondente alle condizioni del loro tempo: in quanto non solo calcolarono il valore obbiettivo ma anche analizzarono i precedenti economici, e partirono dalle utilità che dai beni ognuno può ritrarre, dando così al prezzo una *latitudo*, un *modus commutationum* lasciato al volere delle parti: ossia ammisero il valore soggettivo. Accanto al *labor* e alle *operae* posero l'industria e apprezzarono l'attività del mercante, le sue prestazioni, le spese, i rischi e le accumulazioni di risparmio che devono essere calcolate nella formazione del prezzo; e quindi alla domanda: *Mercator an ultra suam et familiae sustentationem potest lucrari?* risposero affermativamente, salva sempre la misura, l'umanità, ecc. » (8).

Se dopo aver gettato questo rapido sguardo ad alcune linee della dottrina economica scolastica del Cinquecento, dietro le

(7) TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologica*, II<sup>a</sup> II<sup>a</sup>°, Q. 78, Art. 2 c. e s; s-vedi anche *Id.*, Q. 62, Art. 4 c.

(8) G. SALVIOLI, *Storia del diritto italiano*, IX ed., Torino, 1930, pp. 606-607. Su S. Antonino da Firenze vedi il noto studio di C. ILGNER, *Die volkswirtschaftlichen Anschauungen Antonins von Florenz*, Paderborn, 1904.

quali pieghe dottrinali intravediamo senza difficoltà la rinnovata forza della vita economica, ci domandiamo quali ne siano i gangli, si potrebbe rispondere senza esitazione di trovarci di fronte a enucleazioni più precise di precedenti criteri o a revisioni critiche coraggiose, ma non contraddittorie, di altri. Ma lo sviluppo coerente alla dottrina precedente non significherebbe ancora nulla, se non vedessimo questi svolgimenti rispondere a una esigenza interna della stessa e cioè a un suo adeguarsi alle dimensioni oggettive e razionali che la realtà economica faceva sorgere. Entro queste realtà ormai più vigorosa si disegna quella del privato e del libero espandersi delle forze economiche, sebbene assolutamente non in senso individualistico.

Cerchiamo ora di toccare alcuni aspetti più essenziali della dottrina economica della Seconda Scolastica, al fine di cogliere la logica nuova e, a un tempo, l'orientamento al diritto privato.

Come già ho detto, Schumpeter dedica dense pagine alle dottrine di cui stiamo occupandoci, dandone un giudizio così lusinghiero da giungere ad affermare che gli « ultimi Scolastici » — com'egli li chiama — sono i fondatori dell'economia moderna. Egli dice che, date le premesse, « non sembra che occorra spiegare ancora perchè l'economica dei dottori assorbisse con tanta facilità tutti i fenomeni del nascente capitalismo e, quindi, perchè essa servisse così bene da punto di partenza per il lavoro analitico dei successori, non escluso Adamo Smith » <sup>(9)</sup>. Schumpeter insiste nel dire che i dottori scolastici del Cinquecento sono veramente i fondatori della moderna economia scientifica. « ... mentre la sociologia economica dei dottori scolastici di tale periodo (del Cinquecento) non era altro, in sostanza, che un'elaborazione delle dottrine del Duecento, l'economica « pura » ch'essi trasmisero ai loro successori laici era praticamente tutta di loro creazione. L'economica giunse ad avere un'esistenza definita, se non separata, proprio nei loro sistemi di diritto e di teologia morale: se si potesse parlare di « fondatori » dell'economia scientifica, questo titolo spetterebbe ad essi più che ad ogni altro gruppo. Non solo, ma le basi ch'essi gettarono per un complesso armonico di stru-

---

<sup>(9)</sup> SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 116.

menti e proposizioni analitiche erano più solide di quanto fossero quelle di una parte notevole del lavoro successivo... » <sup>(10)</sup>.

Ma veniamo ai gangli di cui si diceva.

Secondo Schumpeter, decisivi contributi furono dati dagli ultimi Scolastici alla teoria dei due tipi di reddito, il profitto e l'interesse. Ad essi è dovuta la teoria del profitto fondata sul rischio e sullo sforzo <sup>(11)</sup>. Il giusto prezzo fu posto decisamente in relazione col costo, cioè con la spesa monetaria e lo sforzo dei produttori o commercianti (*expensae et labores*). Le condizioni per un guadagno commerciale ammesse da S. Tommaso, il quale oltre che della necessità di procacciarsi i mezzi per la vita e del desiderio di servire *publicam utilitatem* già teneva conto dello *stipendium laboris*, delle differenze di valore dovute a diversità di luogo e del rischio (*propter periculum*) <sup>(12)</sup>, vengono portate a un quadro più ampio e più dinamico, fino a intravedere, secondo Schumpeter, la legge del costo in una condizione di libera concorrenza <sup>(13)</sup>. Gli Scolastici identificarono il giusto prezzo non solo col prezzo normale di concorrenza, ma con qualsiasi prezzo di concorrenza (*communis aestimatio fori* o *pretium currens*). Dovunque esistesse

<sup>(10)</sup> *Id.*, p. 119.

<sup>(11)</sup> *Id.*, p. 124.

<sup>(12)</sup> « *Lucrum tamen, quod est negotiationis finis, etsi in sui ratione non importet aliquid honestum vel necessarium, nihil tamen importat in sui ratione vitiosum vel virtuti contrarium. Unde nihil prohibet lucrum ordinari ad aliquem finem necessarium, vel etiam honestum. Et sic negotiatio licita redditur. Sicut cum aliquis lucrum moderatum, quod negotiando quaerit, ordinat ad domus suae sustentationem, vel etiam ad subveniendum indigentibus: vel etiam cum aliquis negotiationi intendit propter publicam utilitatem, ne scilicet res necessariae ad vitam patriae desint, et lucrum expetit non quasi finem, sed quasi stipendium laboris* » TOMMASO D'AGUINO, II<sup>a</sup> II<sup>ae</sup>, Q. 77, art. 4 c. Ancora allo stesso luogo *infra*: « Ad secundum dicendum quod non quicumque carius vendit aliquid quam emerit, negotiatur: sed solum qui ad hoc emit ut carius vendat. Si autem emit rem ut non vendat, sed ut teneat, et postmodum propter aliquam causam eam vendere velit, non est negotiatio, quamvis carius vendat. Potest enim hoc licite facere, vel quia in aliquo rem melioravit; vel quia pretium rei est mutatum, secundum diversitatem loci vel temporis; vel propter periculum cui se exponit transferendo rem de loco ad locum, vel eam ferri faciendo. Et secundum hoc, nec emptio nec venditio est iniusta ». *Id.*, Q. 77, *Ad secundum*.

<sup>(13)</sup> SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 115.

un tale prezzo era « giusto » pagarlo o ricavarlo, quali che fossero le conseguenze per le parti contraenti: se i commercianti, pagando e ricevendo i prezzi di mercato ottenevano guadagni, il prezzo era giusto, se subivano perdite, ciò era dovuto a sfortuna o incompetenza. Tutto questo però a condizione che il guadagno o la perdita risultasse dal libero funzionamento del mercato, senza prezzi fissati dall'autorità politica o da monopoli (14). Sono parole di Molina nel *De Justitia et Jure*, che risentiremo.

Ma gli Scolastici dettero contributi molto importanti anche alla teoria dell'interesse. Per il passato, data la scarsità di moneta, la concessione di somme a prestito aveva ricevuto un grande rilievo e dato luogo a gravi preoccupazioni. Ora l'evoluzione economica aveva creato nuove circostanze, per cui l'elemento decisivo del divieto canonistico, la presunzione dell'usura nella corresponsione degli interessi su somme concesse a mutuo, veniva a perdere della sua consistenza. Con una interpretazione estensiva dell'elemento tomistico, si venne ad ammettere che non v'era necessariamente usura ogni volta che la somma da restituire fosse superiore alla somma prestata: v'era da tener conto del rischio e del fastidio di chi dava a mutuo, del caso di prestito forzato o di restituzione oltre il termine (*mora debitoris*). Si afferma così il criterio che un onere doveva essere considerato normale e non censurabile ogni qual volta il mutuante sopportasse una perdita (*damnum emergens*) (15). Anche se taluni dottori negarono che il mancato guadagno cui il mutuante rinunciava col prestito (*lucrum cessans*) bastasse a giustificare un onere, tuttavia si ammise che la perdita diveniva effettiva quando il concedente avesse potuto normalmente ottenere quel guadagno con la sua attività. Due conseguenze importanti ne derivavano, in cui è già una teoria dell'interesse. Primo: i commercianti che posseggono danari a motivo dei loro affari, valutando tale denaro con riferimento ai guadagni attesi possono lecitamente pretendere un interesse, sia nel caso di prestiti, sia nel caso di pagamento differito di merce. Secondo: se la possibilità di guadagno è generale, cioè se vi è

---

(14) *Id.*, p. 121.

(15) *Id.*, p. 126.

mercato monetario, allora chiunque, anche se non è uomo d'affari, può inserirsi nel meccanismo del mercato <sup>(16)</sup>.

Da ciò che si è delineato fin qui, si scorge che il metodo di osservazione degli Scolastici si porta decisamente entro la realtà economica, nella ricerca dell'ordine naturale delle cose economiche, in una raffigurazione *esatta e giusta* di quelle che sono le condizioni economiche in sè, avendo sempre riguardo al contesto sociale oggettivo in cui opera il soggetto economico. Si potrebbe dire che anche attraverso l'economia si faceva così strada una visione più concreta dei rapporti sociali e operava un richiamo all'umano più determinato storicamente. Anche su di questo Wilhelm Weber ha espressioni precise: « Das Hauptanliegen der scholastischen Wirtschaftsethik ist vielmehr die Verlagerung und Verankerung des gesamten Wirtschaftsgeschehen im sozialem, im « gesellschaftlichen Raum », in dem die « in Gesellschaft lebende Person » der eigentliche Akteur ist. Daher *communis aestimatio*, dass heisst gesellschaftliche oder gesellschaftlich bedingte Wertschätzung » <sup>(17)</sup>.

Ben si può dire dunque, e propongo così un concetto generale interpretativo, che la dottrina economica degli « ultimi Scolastici » sia una ricerca e una valutazione di quell'elemento individuale che abbiamo posto all'inizio come tema interno di tutta la Seconda Scolastica. Tuttavia di un individuale — occorre riaffermarlo energicamente — che, sia pure attraverso articolazioni più flessibili con la storicità, è non meno riconsacrato dalla oggettività sociale e dal suo contenuto ontologico. Se attraverso la valutazione dei beni e delle operazioni economiche si faceva più ampio riferimento alla soddisfazione dei bisogni del soggetto e anche a quella che si potrebbe chiamare la *ratio oeconomica* degli individui, tuttavia l'impostazione della dottrina economica degli Scolastici rimaneva orientata e non poteva non esserlo, in un disegno tomistico e cristiano, al bene pubblico. Ma vi è di più: essa rimaneva in via definitiva orientata a un bene ancora superiore: al bene etico, alla salute delle anime e a Dio. Si tratta di quel più alto ordine giuridico che Hans Thieme, nel suo troppo noto

---

<sup>(16)</sup> *Id.*, p. 127.

<sup>(17)</sup> W. WEBER, *op. cit.*, p. 108.



studio, veramente iniziatore e centro di susseguenti ricerche, sul diritto naturale privato e la Seconda Scolastica <sup>(18)</sup>, chiama « zweite, überstaatliche Rechtsordnung hinter dem positiven Recht, « in foro conscientiae ». Esso era ben sostenuto e difeso da questi Scolastici. A Thieme fa eco, per così dire, Höffner là dove dice: « Es war das Anliegen der scholastischen Wirtschaftsethiker, die geschichtlich wandelbaren wirtschaftlichen Verhältnisse redlich ernst zu nehmen, sie jedoch ebenso redlich unter das unwaldebar Gesetz Gottes zu stellen » <sup>(19)</sup>.

Questo concetto interpretativo generale, che è anche il nostro, ci sarà di aiuto decisivo nello svolgimento che ci attende. Alla luce di questo concetto vanno vedute anche alcune tendenze « rigoristiche » al tempo del Concilio di Trento, delle quali si è reso penetrante interprete Clemens Bauer <sup>(20)</sup>. Si tratta di dure prese di posizione di un Matteo Giberti, di un Diego Lainez e di un Pietro Canisio contro ogni forma di usura. Bauer stesso, nel concludere il suo studio, fa notare che successivamente queste tendenze rigoristiche vengono meno meno attraverso l'opera della Scolastica spagnola della seconda metà del secolo XVI e della prima metà del secolo XVII <sup>(21)</sup>.

### III

Dalle cose ora dette, spontaneo appare il passaggio alla considerazione del diritto e — più ancora — del diritto privato. È lo stesso modello dell'economia, così come abbiamo cercato di

<sup>(18)</sup> H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, « Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germanistische Abteilung », LXX (1953), p. 255.

<sup>(19)</sup> HÖFFNER, *op. cit.*, p. 40.

<sup>(20)</sup> C. BAUER, *Rigoristische Tendenzen in der katholischen Wirtschaftsethik unter dem Einfluss der Gegenreformation*, in « ADEL UND KIRCHE » Gerd Tellenbach zum 65. Geburtstag hrsg. von J. Fleckenstein und K. Schmid, Freiburg in B., 1968, pp. 552-579.

<sup>(21)</sup> « Die Wirtschaftsethik des nachtridentinischen Katholizismus war in ihrer Weiterentwicklung nicht durch die voraufgehenden dargestellten rigoristischen Tendenzen bestimmt, vielmehr erfuhr sie ihre Gestaltung durch die Moralthologie der spanischen Spätscholastik der zweiten Hälfte des 16. und der ersten Hälfte des 17. Jahrhunderts » (*op. cit.*, p. 578).

richiamare qui, che porta questa di fronte al diritto e a quello privato in specie. Una proposizione si potrebbe pronunciare più per rischiarare la linea di marcia a noi stessi che per ricorrere a un concetto in tutto rispondente: *autonomia dei privati per il bene pubblico*.

Tenendo presente questa proposizione, che riceverà ulteriore sviluppo, noi dobbiamo dire che anche per il diritto la sete di concretezza di questi scolastici li ha portati a forgiare più precisi strumenti giuridici anche se — occorre subito aggiungere per timore di essere fraintesi — il loro scopo non fosse proprio questo, onde qui, come si vedrà, si fa luogo quasi a una ripartizione di compiti.

Rinnovata visione del giusto prezzo, legato alla mobilità e alle concrete condizioni del mercato e remunerazione, pure obbiettiva e p.c.d. impersonale, del capitale: questi i punti fondamentali della dottrina economica degli Scolastici. Non è difficile arguire ripercussioni e reazioni, in ordine soprattutto a una realtà giuridica, quella dei contratti.

Una cosa che colpisce e che tuttavia non può recare meraviglia dato il carattere di solidarietà di scuola, quasi di corporazione, che contrassegna la dottrina scolastica, è la fissità con cui si trasmette quello che si potrebbe chiamare (sia pure non del tutto propriamente) il sistema dei contratti degli Scolastici.

Se noi apriamo l'interessante volume di Winfried Trusen su *Giurisprudenza e concezione dell'economia alla fine del Medio Evo*<sup>(22)</sup>, scorgiamo presenti come concezione generale i temi della giustizia, della *restitutio*, della *caritas* e come problemi quello dell'usura e della moneta, il contratto di mutuo, la compravendita, l'acquisto di rendita. Più ampio, ma non sostanzialmente differente — e siamo nella considerazione più viva del nostro tema — il sistema dei contratti di diritto privato che ci offre Vitoria, l'iniziatore della Seconda Scolastica (al pensiero privatistico del quale ci introduce l'accuratissimo studio di Gerhard Otte del

---

(22) W. TRUSEN, *Spätmittelalterliche Jurisprudenz und Wirtschaftsethik*, dargestellt an Wiener Gutachten des 14. Jahrhunderts (« Vierteljahrschrift für Sozial- und Wirtschaftsgeschichte, 43 ») Wiesbaden, 1961, II, pp. 57-137 (Darlegungen zur allgemeine Vertragslehre, Einzelne Vertragsarten).

(23) G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco De Vitoria* (« Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 7 ») Köln-Graz, 1964.

1964) <sup>(23)</sup>. Vitoria si limita ad ampliare in qualche punto importante, quello di S. Tommaso. *Restitutio* e proprietà formano il nucleo fondamentale del diritto privato di Vitoria, mentre giusto prezzo nella compravendita, problema dell'usura e degli interessi leciti sui prestiti in danaro, acquisto di rendita ne costituiscono il quadro completo. Ebbene quadri più ricchi, ma non sostanzialmente mutati noi troviamo nelle opere dei tre autori che anche Schumpeter — accogliendo la suggestione di Dempsey <sup>(24)</sup> — ritiene i più grandi e acuti economisti della Seconda Scolastica — economisti nel senso di *Wirtschaftsethiker* come avverte ripetutamente Wilhelm Weber —, e cioè Luis Molina (1535-1600) <sup>(25)</sup>, Leonardo de Leys (Lessius) (1554-1623) <sup>(26)</sup> e Juan de Lugo (1583-1660) <sup>(27)</sup>. Questi autori ci studieremo di interrogare qui brevemente, ma — occorre dirlo — specialmente su Molina noi ci soffermeremo. Ludovico Molina è l'autore che più può ispirare queste nostre sparse note, non solo perchè era attratto particolarmente dal tema economico, non solo perchè mise in opera un metodo concreto di inchieste e di contatti per studiare come le forme giuridiche accoglievano la vita economica (cosa in cui del resto ebbe compagni il Lessius e il de Lugo) dando

---

<sup>(24)</sup> SCHUMPETER, *op. cit.*, p. 117 n. 19, si dice altamente debitore al lavoro di B. W. DEMPSEY, *Interest and Usury*, London, 1948, per l'esposizione della teoria economica dei tre autori. Attualmente su Molina disponiamo dell'opera di W. WEBER più volte citata, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus...*, mentre sul pensiero economico di de Lugo è da indicare l'esposizione di G. BRINKMANN, *The Social Thought of John De Lugo* (« The Catholic University of America, Studies in Sociology, 41 ») Washington, 1957 (vedi pp. 115-174). Su Lessius vedi B. BRANTS, *L'économie politique et sociale dans les écrits de L. Lessius (1554-1623)*, « Revue d'Histoire Ecclésiastique », XIII, (1912), pp. 73-89; 302-318; vedi anche C. VAN SULL, *Léonard Lessius de la Compagnie de Jésus (1554-1623)*, (« Museum Lessianum-Sect. Théologique, 21 »), Louvain-Paris-Bruxelles, 1930 (spec. Cap. XV, *Le moraliste - Le traité De Iustitia et Iure*, pp. 185-201).

<sup>(25)</sup> Citeremo Molina nella edizione e nei luoghi seguenti: MOLINA, *De Iustitia et Iure*, Tomus Secundus complectens eam Tractatus Secundi partem quae est de Contractibus, Coloniae Allobrogum, M.-M. Bousquet, 1733.

<sup>(26)</sup> Citeremo Lessius nella edizione e nei luoghi seguenti: LESSIUS, *De Iustitia et Iure*, L. II, Lugduni, L. Prost, 1622.

<sup>(27)</sup> Citeremo de Lugo nella edizione e nei luoghi seguenti: JUAN DE LUGO, *De Iustitia et Iure*, Tomus Secundus, de contractibus in communi et in particulari, Lugduni, P. Borde - L. Arnaud - C. Rigaud, 1652.

così la più ampia dimostrazione dell'orientamento al concreto di questa Scuola, ma anche per un altro motivo. Se infatti tutti questi teologi erano profondamente versati nel diritto, si può dire che Molina avesse un particolare interesse per le questioni di diritto civile — « Molinas besonderes Interesse scheint den Materien des Privatrechts zu gehören » nota Hans Thieme <sup>(28)</sup> —, mentre lo stesso Molina, scrivendo al generale Aquaviva, dice del suo studio indefesso anche del diritto civile: « Puedo in insipientia dezir, que tengo notitia de quasi toda la theologia speculativa y moral con no pequeña notitia del derecho civil y canonico; y me tienen caydo los dientes leyendo artes y theologia, profundando las cosas mas de lo que de ordinario se a hecho, y de muy largo tiempo y muy de vagar y con mucha licion y en su proportion, con mucho mas de consideracion y temor de errar y encomendandolo no pocas veces a nuestro Señor, y con mucho y muy extraordinario exercitio de disputas rigurosas, y con ser como centro a quien de ordinario se recurra para resolver las dudas que ocurran, etiam siendo discipulo, y presidiendo de ordinario en disputas » <sup>(29)</sup>.

Ebbene, se noi cerchiamo di orientarci sul sistema di diritto privato in Molina, dobbiamo dire che esso si presenta nella disposizione consueta e che procede di pari passo con Vitoria. Così Lessius e de Lugo. Tuttavia possiamo dire che solo apparentemente questo schema rimane statico. Esso viene reinterpretato dal profondo sguardo di questi singolari spiriti, che dalle altezze della teologia speculativa sanno scendere a concretissime indagini proprie dell'economista.

Nelle trattazioni di questi autori vi sono dei contratti che a noi sembrano particolarmente importanti ed espressivi dei nuovi orientamenti. Questi contratti sembra siano la compravendita,

---

<sup>(28)</sup> THIEME, *op. cit.*, p. 255.

<sup>(29)</sup> Si tratta di una lettera del 19 giugno 1587 al Generale Aquaviva, lettera con significativi riferimenti alla vita di Molina. Essa trovasi nella Biblioteca Nazionale Centrale Vittorio Emanuele II di Roma (cod. 2806 Gesuiti 677) ed è stata pubblicata da F. STREGMÜLLER, *Geschichte des Molinismus*, I (« Beiträge zur Geschichte der Philosophie und Theologie des Mittelalters, XXXII »), Münster Westfalen, 1935, pp. 366-367. Cfr. J. RABENECK, *De Vita et Scriptis Ludovici Molinae*, « Archivum Historicum Societatis Jesu », XIX (1950), p. 97.

che più direttamente tocca la tematica del giusto prezzo, i contratti ad interesse sui prestiti, quelli relativi a prestazioni del banchiere (*cambia*) e quello di società. Ora questi contratti — ci pare interessante e significativo porlo in rilievo — si trovano per così dire investiti da quelle che Schumpeter ha chiamato le due scoperte degli Scolastici circa i due tipi di reddito, il profitto e l'interesse. In tal modo entriamo nel punto forse più delicato e arduo del nostro discorso. E invero temi della vita economica che abbiamo indicato all'inizio e che già implicavano rapporti col diritto privato, vengono messi di fronte a determinanti realtà giuridiche.

Iniziamo col profitto. Se consideriamo da vicino la teoria del giusto prezzo in Molina, ci persuadiamo subito che la vastità della trattazione corrisponde a un particolare intento ricostruttivo. È indubbio che il principio aristotelico-tomistico della equivalenza di prestazione e controprestazione che regge la vita dei contratti, viene fatto coincidere con nuove realtà.

Secondo Molina il commercio in sè non è nè buono nè cattivo. In ordine a fine buono, però esso diviene non solo utile, ma necessario e ciò specialmente per lo Stato, dovendosi trasferire merci da terra a terra ed apparendo non solo utile, ma appunto necessario che a ciò si dedichi una categoria di persone: i commercianti <sup>(30)</sup>.

---

(30) « *Negotiatio haec presse et propriissime sumpta, de se, neque virtutis, neque vitii est opus, sed indifferens ad utrumque. Quod si debite fiat, ad bonumque finem ordinetur, licita est ac moraliter bona, estque Rebuspublicis utilis ac necessaria. Prima pars, quod scilicet indifferens sit, ut virtutis, aut vitii, sit opus, est Aug.... Secunda vero pars, videlicet, si debite fiat, ad bonumque finem ordinetur, licitam esse ac bonam moraliter, satis perspicua est, si in sensu conditionali, in quo est prolata accipiatur... Tertia vero pars, negotiationem videlicet utilem ac necessariam Rebuspublicis esse, probatur. Quoniam cum nulla provincia, rebus omnibus abundet, sed ex una necessarium sit multa in aliam asportari, imo ex unius provinciae parte necessarium saepe sit in alias ejusdem provinciae multa deferri: neque singuli id efficere possint, tum ob paupertatem tum etiam quod non omnes ad id sint idonei, tum denique quod si unusquisque sibi soli asportaret necessaria, longe majores sumptus ad ea comparanda faceret, quam fiant rebus necessariis a variis hominibus adductis: sane utile, necessariumque est Rebuspublicis, ut sint negotiatores, qui illis indigerent » MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 139, 3-5, pp. 210-211.*

Gli stessi concetti sulla utilità e la necessità del commercio, troviamo in de Lugo <sup>(31)</sup> e in Lessius <sup>(32)</sup>.

Ma la questione era di metodo, come sottolinea Wilhelm Weber: « Während... Thomas erst auf dem Umweg über konkrete Zielsetzungen dazu kommt, den Handel, der an sich etwas Ungeschichtliches ist, als erlaubt gelten zu lassen, geht Molina, gehen Lessius und andere Spätsscholastiker den umgekehrten Weg, indem sie den Handel zunächst einmal in Arbeitshypothetischer Abstraktion als sittlich völlig indifferent bezeichnen und dann zu einer positiven Wertung und Würdigung des Handelns aufsteigen » <sup>(33)</sup>.

Il giusto prezzo, nel quadro del contratto di compravendita, è dato fundamentalmente dall'apprezzamento della cosa da parte del compratore, cioè non è solo determinante un elemento ontico che abbia riguardo al valore in sè dell'oggetto e nemmeno al suo valore d'uso <sup>(34)</sup>. Così l'elemento soggettivo dell'apprezzamento

<sup>(31)</sup> « *Negotiatio duplex est. Prima, qua aliquid emitur, ut per industriam commutatum vendatur; quae non appellatur proprie, et in rigore Negotiatio... qua res aliqua emitur eo animo, ut integra, et non mutata cum lucro vendatur, et haec est propria negotiatio... Certum in primis est, negotiationem in hoc sensu, et proprie acceptam non esse intrinsece malam, sed indifferentem, ut bene, vel male exerceatur... Negotiatio enim de se non solum licita est, sed utilis, et necessaria Republicae; potest enim honesto fine exerceri ad necessariam familiae sustentationem, vel ad subveniendum pauperibus. Lucrum autem illud licitum est, debitum ob industriam, ob mercium adsporationem, ob varietatem locorum, vel temporum, in quibus pretium variatur, vel quia intra terminos pretij iusti potest quis infimo pretio emere, et summo vendere. Necessarium item Republicae est, quod sint aliqui, qui ex aliis locis merces in magna copia afferant, quibus haec provincia indigeat, quas singuli non possent sibi afferre: et qui advenientibus exteris, qui eas afferant, emant illas, ut postea singulis, quando eis indigent, vendere possint; et denique qui tempore abundantiae fructus comparent, et conservent ut postea tempore penuriae, provideant aliis cum lucro suae industriae, ac diligentiae debito: quas rationes optime prosequitur Molina disp. 339 » DE LUGO, *op. cit.*, Disput. XXVI, sect. III, 21-23, pp. 275-276.*

<sup>(32)</sup> « *Negotiatio est cum quis rem aliquam comparat eo animo ut integram et non mutatam vendendo. lucretur... Haec res per se non est illicita, sed indifferens, quia ad bonum, malum, vel indifferentem finem referri, potest, ut ostendit D. Thomas, Q. 77, art. 4 » LESSIUS, *op. cit.*, L. 2, Cap. 21, Dubit. 1, 4, p. 248.*

<sup>(33)</sup> W. WEBER, *op. cit.*, p. 96.

<sup>(34)</sup> « *Illud in primis observandum est, justum pretium non ex naturis rerum secundum se, quo ad earum nobilitatem ac perfectionem esse iudicandum*

prende il sopravvento su quelli oggettivi, concetto che già aveva sostenuto Vitoria <sup>(35)</sup>. In generale si può ritenere per giusto il prezzo formatosi sul mercato. I monopoli sono normalmente ingiusti perchè rendono impossibile la concorrenza e la libera formazione del prezzo <sup>(36)</sup>. I fattori decisivi sono l'utilità, la rarità e il comune apprezzamento. Il giusto prezzo così formatosi è chiamato da Molina *pretium naturale* <sup>(37)</sup>, mentre de Lugo usa l'espressione *vulgare seu naturale* <sup>(38)</sup>. Lessius parla di *pretium vulgare* o *naturale* <sup>(39)</sup>.

Il giusto prezzo ha una certa latitudine entro i limiti della giustizia commutativa, onde non v'è da stupire se la stessa merce

sed quatenus ad humanos usus inserviunt; eatenus enim ab hominibus aestimantur, atque in commerciis et commutationibus hominum inter se pretium habent. Imo vero ad id hominibus a Deo tributae sunt, atque ad eos usus diviserunt homines inter se earum dominia, cum prima sui constitutione omnibus essent communes». MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 348, 2, p. 229.

<sup>(35)</sup> OTTE, *op. cit.*, p. 81 ss.

<sup>(36)</sup> MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 345, 1-3, p. 225.

<sup>(37)</sup> « Pretium naturale duplex adhuc est. Quoddam enim est rei vendi consuetae in aliqua provincia, sed cuius pretium justum variatur mutatis circumstantiis, ut est pretium tritici, panni, vini, calceorum et similium rerum. Aliud vero est rei, quae de novo in provinciam aliquam, in qua vendi non consueverat, asportatur... », MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 348, 1, p. 228.

<sup>(38)</sup> « Iustitia huius contractus dependet maiori ex parte ex iustitia pretij, sive enim excedat, sive deficiat, non servatur aequalitas inter contrahentes, quam iustitia intendit... Duplex est pretium iustum, alterum legitimum, seu legale... alterum vulgare, seu naturale... »

Pretium vulgare, seu naturale servandum est, quando non est pretium lege taxatum: et hoc non consistit in indivisibili, sed latitudinem habet... » DE LUGO, *op. cit.*, Disput. XXVI, sect. IV, 38, p. 279.

<sup>(39)</sup> « Dupliciter enim solet pretium imponi. Primo, per Principem vel Magistratum, qui consideratis circumstantiis, ex quibus aestimatio rerum pendet, statuunt quanti vendi debeat; idque potissimum ne emptores decipiantur, vel cogantur solvere pro libidine venditorum... »

Secundo, imponi solet communi hominum intelligentium aestimatione, unde dicitur *vulgare*: a quibusdam vero *naturale*, tamquam a naturali prudentia constitutum, cerniturque in iis rebus, quibus a publica potestate pretium non est impositum... »

Notandum autem, esse discrimen inter haec duo pretia, quod *pretium legitimum* consistat in indivisibili; *vulgare* non item; sed habeat, quamdam latitudinem, ut docet Scotus... » LESSIUS, *op. cit.*, L. 2, Cap. 21, Dubit. II, 7-10, p. 249.

viene venduta più cara di un'altra, purchè sia entro i limiti del giusto prezzo <sup>(40)</sup>. Il prezzo di vendita più elevato è giustificato come remunerazione delle prestazioni che il commerciante reca alla comunità per il lavoro, il rischio, l'immagazzinamento e, in generale, il suo disporre <sup>(41)</sup>.

Come appare chiaro, il contratto di compravendita accoglie un criterio più dinamico di formazione della corrispondenza fra prestazione e controprestazione. Questa corrispondenza si forma prevalentemente su elementi soggettivi, apprezzamento e impegno e rischio del commerciante. Wilhelm Weber mette in rilievo a questo proposito un certo *ottimismo* di Molina verso i commercianti. Molina conferisce fiducia ad essi: in fondo sono essi che devono valutare i costi del trasporto e della custodia delle merci e del lavoro che queste richiedono <sup>(42)</sup>.

---

<sup>(40)</sup> « Pretium rei justum, quoddam est lege, publicove decreto, per publicam potestatem taxatum. Ut quod talis mensura tritici tanto pretio vendatur, quod tantum carniū pondus, vel talis vini mensura, tanto pretio vendatur...

Quoddam aliud est, quod res ipsa, seclusa quacunque lege umana ac publico decreto, habet... non quod non multum ab hominum aestimatione pendeat, qua res plus, vel minus, aestimare volunt, ut gemmam plus interdum quam viginti millia aureorum, et quam multas res alias ex sua natura excellentiores, atque ad usus humanos utiliores; non item quod ejusmodi pretium valde inconstans non sit ac varium, ut patebit; sed naturale dicitur, quoniam ex ipsismet rebus, seclusa quacunque humana lege ac decreto consurgit, dependenter tamen a multis circumstantiis, quibus variatur, atque ab hominum affectu, ac aestimatione, comparatione diversorum usuū, interdum pro solo hominum beneplacito et arbitrio. Quia ergo ejusmodi pretium non mere ex naturis rerum consurgit, sed a circumstantiis, quibus variatur, pendet, et quod plus est, ab hominum affectu, et aestimatione rerum pro suo beneplacito, inde proficiscitur, ut non consistat in indivisibili, sed habeat certam latitudinem justī ac commensurati merci, etiam spectatis circumstantiis omnibus, quae re ipsa hic et nunc in commercio humano concurrunt. Hoc autem non intelligas ex eo solum provenire, quod humanum judicium incertum sit in se, ac virium in diversis hominibus, quasi ex ipsa quidem rei natura pretium re vera in indivisibili consistat, humanum tamen judicium nesciat illud attingere, sed etiam, quod rerum aestimationes, atque affectus ad res, unde pretij variatio pendet, variae sunt. Cum minimum autem confitendum est, dari ex natura rei certam latitudinem pretij justī, intra quam non violatur justitia... » MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 347, 1-3, pp. 227-228.

<sup>(41)</sup> *Id.*, Tr. II, Disput. 339, 4-5, pp. 210-211.

<sup>(42)</sup> W. WEBER, *op. cit.*, pp. 117-118.



Significativo ci pare a riguardo della compravendita la lunga relazione che fa Molina della « Praxis circa lanarum emptionem ac venditionem in aliquibus Castellae locis » (43), anche perchè costituisce una vivace testimonianza della sua presenza attiva alla vita economica e, d'altra parte, rende viva idea della evoluzione e della dinamica che la compravendita riceveva dalle nuove condizioni. I Genovesi erano saldamente stabiliti nell'acquisto delle lane a Cuenca, in Castiglia. Erano all'ordine del giorno pagamenti anticipati e in ciò aveva ruolo importante oltre al guadagno dei mercanti, il mantenimento delle gregge, specie nell'inverno. Gli affari venivano conclusi in luglio anche se la tosa avveniva nel giugno successivo. I Genovesi pagavano così un prezzo molto più conveniente.

Poniamo ora la rinnovata teoria dell'interesse di fronte alle tradizionali forme privatistiche. Anche qui Molina ci può guidare a un'analisi più penetrante di punti che abbiamo già toccato in generale.

Il tradizionale investimento fruttifero era ancora quello dell'acquisto di rendita fondiaria (*contractus censualis*), mentre nell'intento di difendere il bisognoso dallo sfruttamento, era proibito dalla legge canonica — e qui mi dispenso dal dare nozioni storiche su di questo punto (44) — era proibito il prestito ad interesse ed era guardata con sospetto tutta una serie di contratti che si presumevano dissimulare il mutuo. Ma le circostanze esterne stavano rapidamente mutando, perchè la realtà del mercato monetario si imponeva. Il danaro riceveva nuove funzioni, che occorreva porre a confronto con il divieto canonistico (45). Il danaro non è solo mezzo di scambio, ma diviene *instrumentum persistens*

(43) MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 359, pp. 258-261.

(44) Vedi il vasto ed analitico studio di A. BERNARD - G. LE BRAS - H. DU PASSAGE, *Usure, Dictionnaire de Théologie Catholique*, T. XV, Paris, 1950, cc. 2316-2390. Vedi anche A. VERMEERSCH, *Intérêt (Prêt à-)*, *Dictionnaire Apologétique de la Foi Catholique*, T. II, Paris, 1924, cc. 1081-1090, che ha acute notazioni sull'evolversi delle circostanze esterne: « Tandis que l'on codifiait de la sorte la théologie du prêt de consommation, les événements suivaient leur cours » (c. 1086). Ma vedi soprattutto B. W. DEMPSEY, *Interest and Usury*, cit.

(45) F. STEGMÜLLER, *Molina, Staatslexicon*, VI<sup>a</sup> ed., Freiburg, in B. 1960, c. 809.

*lucri* e merce esso stesso <sup>(46)</sup>. Molina e gli altri scolastici riconfermano recisamente che per sè il *lucrum ex mutuo* rimane usura perchè è contro la giustizia commutativa ed un prestito come tale non può giustificare un lucro, tuttavia numerosi sono i titoli « giusti » di interessi su mutuo, quali il *damnum emergens*, il *lucrum cessans*, la *poena conventionalis*, il *periculum sortis*, di guisa che il divieto d'interessi viene a colpire soltanto il vero credito per bisogno <sup>(47)</sup>.

Si era data, come nota Du Passage, una evoluzione dei « titoli estrinseci » <sup>(48)</sup>. Fermo dunque rimanendo il divieto dell'u-

<sup>(46)</sup> MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 401, 1; 404, 11; 406, 3 rispettivamente alle pp. 394, 401, 405; vedi pure Disput. 416, 8, p. 429.

<sup>(47)</sup> « ...ut aliquid lucrum ex mutuo dicatur, opus est, ut et sit interesse supra id, quod mutuo est datum, et alioquin non sit debitum, nec jus sit aliunde mutuo danti ad illud accipiendum. Si namque ex alio capite quam ex mutuo licite accipi possit, ut in recompensationem pro damno emergente, aut lucro cessante, vel ex alio quocumque, non dicetur lucrum ex mutuo, sed interesse ex alio capite comparatum.

Si... quis carius justo pretio rigoroso vendat credito, incrementumque illud accipiat propter expectatam solutionem (ut semper ea de causa accipi praesumitur) contractus est usurarius: quoniam credito vadere est virtute mutuo emptori relinquere pretium, quod statim erat soluturus: quocirca, accipere ea de causa incrementum ultra pretium justum est accipere lucrum ex mutuo virtute atque adeo est usura. Similiter, si quis propter anticipatam solutionem, emat vilius infimo pretio justo, committit usuram: quoniam anticipare solutionem, est virtute eam mutuo dare usque ad tempus traditionis mercis: et idcirco detrahare aliquid de pretio justo ea de causa, est reportare lucrum ex mutuo virtute quod est usura » MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 303, 5-6, pp. 134-135.

Sui « giusti » titoli di interesse su mutuo, come il *damnum emergens*, il *lucrum cessans* etc. vedi *amplius* MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 314, 318, pp. 157-159; 165-167 nonché LESSIUS, *op. cit.*, L. 2, Cap. XX, Dubit. 10-15, pp. 230-238 e DE LUGO, II, Disp. XXV, sect. VI, pp. 227-238. Vedi pure STEGMÜLLER, *op. e luogo cit.*, ove si coglie il senso del permanere dei divieti canonistici.

<sup>(48)</sup> « Cette fois, il s'agit du prêt lui-même et des conditions accessoires qui peuvent tempérer sa gratuité essentielle par l'octroi d'une indemnité.

Un premier titre, résultant d'un dommage survenu en raison du prêt, *damnum emergens*, était, depuis longtemps, reconnu comme valable. Il légitimait, sans conteste, la stipulation d'un bénéfice compensatoire.

La chose était moins évidente, moins facilement admise, en ce qui concernait le *lucrum cessans*, c'est-à-dire non plus une gêne positive, un inconvénient grave, comme dans le cas précédent, mais un manque à gagner. Longtemps on

sura, si può dire che il mutuo ad interesse riceveva una nuova funzione. Molina ha fatto ogni sforzo per aprire la strada a una disponibilità di capitale, per dar luogo a tutte le possibilità di una collocazione produttiva di esso, pur rispettando l'allora vigente legislazione sull'usura <sup>(49)</sup>.

Anche le prestazioni del banchiere (*cambia*), come il trasferimento senza rischio di moneta *de loco ad locum*, gli sconti e le compensazioni commerciali, l'amministrazione di depositi e la garanzia di crediti hanno il loro giusto prezzo, regolato dalla domanda e dalla offerta <sup>(50)</sup>.

Tutti questi nuovi aspetti e questi riconoscimenti del danaro come *instrumentum persistens lucri* ponevano dunque la scoperta realtà economica dell'altra forma di reddito, quello ad interesse,

eut, vis-à-vis de ce titre, et pour lui concéder le droit à une indemnité, des exigences sévères. Les moralistes demandaient la gratuité initiale de ce prêt, pour une période plus ou moins longue, en garantie du sérieux de sa réclamation. Ils voulaient encore que ce sérieux fût établi, pour chaque cas particulier, sur preuves à l'appui. Une tolérance plus large, une présomption favorable, était pourtant accordée aux marchands dont le négoce, ordinairement profitable, permettait de conclure que tout prêt, consenti par eux, en marge de leur commerce et de leur trésorerie, constituait un manque à gagner. A mesure que le monde des affaires prit plus d'extension et d'activité, ces réserves ou ces défiances tombèrent. Au début du XVI<sup>e</sup> siècle, l'indemnité, pour *lucrum cessans*, avait un caractère de généralité acquise.

Mais les résistances des moralistes n'avaient pas cédé encore devant les arguments qui revendiquaient une compensation en invoquant un troisième titre, le risque exceptionnel pour la somme avancée, *periculum sortis*. Cependant lui aussi, bien qu'un peu plus tard, au cours du XVI<sup>e</sup> siècle, avait cause gagnée et obtenu droit de cité ». Così H. DU PASSAGE, *Dictionnaire de Théologie Catholique*, cit., cc. 2374-2375.

<sup>(49)</sup> W. WEBER, *op. cit.*, pp. 166-167.

<sup>(50)</sup> MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 403, 404, 408 rispettivamente alle pp. 398-402, 408 ss.; LESSIUS, *op. cit.*, L. 2, Cap. XXIII, pp. 282-292; DE LUGO, *op. cit.*, II, Disput. XXVIII, pp. 363-387. Lessius e de Lugo rispettivamente alla Dub.5, pp. 287-288 e alla sect. V, pp. 368-369, dei luoghi ora citati, hanno esposizioni *de praxi cambiorum*. — Su di questi punti vedi M. GRICE — HUTCHINSON, *The School of Salamanca. Readings in Spanish Monetary Theory*, Oxford, 1952, *passim*, nonchè W. WEBER, *Geld und Zins*, cit., *passim*. Vedi anche: F. BELDA, *Ética de la creación de créditos según la doctrina de Molina, Lesio y Lugo*, « Pensamiento », XIX (1963), pp. 53-92; 185-214.

a confronto con le realtà giuridiche tradizionali, promuovendone una applicazione nuova, senza negare la struttura.

Ma vi è un altro contratto che attira la nostra attenzione, contratto che riunisce in sè gli elementi del reddito da profitto e da interesse, quello di società. Si può dire che esso sortisse dalle circostanze e soprattutto dal commercio oltremare sempre più vasta applicazione. Molina e gli altri autori ne danno una precisa definizione <sup>(51)</sup>. Si tratta di un contratto fra due o più persone di unirsi, attraverso il conferimento di capitale e lavoro, per ottenere un guadagno o un utile comuni. Come è noto fin dalle prime origini della società, appaiono un *socius tractans* e dei *soci stantes*. Per i *soci stantes*, che non erano interessati al disbrigo dell'affare vero e proprio, la partecipazione al guadagno sociale era nient'altro che l'interesse di capitale. Nessuna perplessità solleva questa forma di investimento, perchè il capitale rimaneva di proprietà del socio, recava frutto e il rischio pesava su di esso. È indubbia per Molina la legittimità della particolare remunerazione del *socius tractans* in quanto esercitava attività imprenditrice. Molina distingue nettamente fra le due componenti del reddito di un contratto di società. Egli fa una chiara distinzione fra l'interesse del capitale, la remunerazione dell'imprenditore e il profitto dello stesso. Molina usa per le tre componenti la stessa espressione *lucrum*, ma distingue secondo la materia con molta precisione, in quanto l'interesse da capitale lo chiama *pars lucri proportionalis parti capitalis* e la remunera-

---

(51) « ... sic potest definiri: *Est contractus seu conventio duorum aut plurium, contribuendi ad commune lucrum, vel ad usum*. Qui autem eam inter se ineunt, socii nuncupantur. Societas autem solo contrahentium mutuo consensu exterius expresso perficitur: eaque de causa, neque traditione, neque scriptura indiget, ut completus censeatur; nisi contrahentes suspendere velint contractum, ut scriptura perficiatur; potestque celebrari non solum inter praesentes, sed etiam inter absentes per epistolam aut internuncium, eo modo, quo haec omnia circa emptionem et venditionem disp. 337, explanata sunt... Quo fit, ut societatis contractus in sola conventionione contribuendi ad commune lucrum aut usum consistat: contributio vero negotiatio, ac administratio, rerum contributarum, et divisio postea lucri, ad exequutionem, atque ad impletionem obligationis contractus societatis spectent » MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 411, I, p. 415. Definizione del tutto simile dà DE LUGO, *op. cit.*, II, Disput. 30, sect. 1, I, p. 406 e LESSIUS, *op. cit.*, L. 2, Cap. 25, I, p. 303.

razione dell'imprenditore più il profitto dello stesso *altera pars commensurata operibus et industriis*. Dell'*opera* e della *industria* egli dà pure una precisa definizione <sup>(52)</sup>.

Per il caso dunque che il socio metta in società non solo *operas et industriam*, ma anche una parte del capitale, il suo reddito sociale consiste di tre elementi, della rendita di capitale (*pars lucri proportionalis parti capitalis*), della remunerazione dell'imprenditore (*altera pars commensurata operibus*), del profitto dell'imprenditore (*pars commensurata industriae*) <sup>(53)</sup>.

Anche l'esame del contratto di società, ci mostra questa forma aperta, anzi particolarmente aperta, alle definizioni della dottrina economica della Seconda Scolastica e di Molina in ispecie.

Tuttavia dobbiamo anche ammettere che in questi Scolastici in generale nessun mutamento delle forme giuridiche tradizionali di diritto privato è possibile constatare. Tutt'altro: dopo questo sommario, ma forse in qualche modo significativo esame, si potrebbe dire che vi è qui, dal punto di vista del diritto privato, l'intenzione cosciente di far accogliere la nuova sostanza economica nelle antiche forme.

---

<sup>(52)</sup> Vedi MOLINA, *op. cit.*, Tr. II, Disput. 415, 416, 417 alle pp. 425-433 ed in particolare per i concetti di cui si richiama qui la importanza, Disput. 415, 2, p. 425 e 417, 18, p. 433. Decisive le pagine interpretative di W. WEBER, *op. cit.*, pp. 170-173.

<sup>(53)</sup> Dice MOLINA, *op. cit.*, Disput. 417, 18, *cit.*: « Quando unus sociorum solum apponit capitale, alter vero partem capitalis, et insuper operas et industriam, tunc, ut contractus justus sit, huic debetur una pars lucri proportionalis parti capitalis, quam apponit, et insuper altera commensurata operibus et industriae, quam circa totum capitale adhibet ». *Supra* (Disput. 415, 1, *cit.*). MOLINA aveva detto: « Multis modis ejusmodi societas contrahitur. Primo, unoquoque sociorum conferente capitale, sive aequaliter, sive inaequaliter, cum aliis, ita ut inde solvantur expensae, atque industria, et operae, quasi hae mercede sint conductae: deinde vero, societate dissoluta in lucro et damno subsequutis, solum habeatur ratio capitalis, quod unusquisque sociorum attulit: Atque societas haec est, in qua facile justitia aut injustitia dignoscitur... Secundo contrahi potest societas, contribuentibus quidem sociis aequaliter, aut inaequaliter capitale, caeterum aliquo, aut aliquibus, eorum apponentibus totam industriam, vel plus industriae ac operarum, quam caeteri, aut apponentibus navigium, quo merces deferantur, vel instrumenta, alia ad negotiationem ac lucrum necessaria, ut retia ad piscandum, jumenta ad adsportandas merces, etc. Tertio potest contrahi, aliquo, aut aliquibus, conferentibus capitale, et alio, vel aliis, apponentibus operam et industriam, aut simul etiam instrumenta ».

Ed ecco allora che, qui giunti, ci troviamo come di fronte a un nodo decisivo. Possiamo subito formulare un'altra domanda. Vi è forse negli Scolastici anche una certa noncuranza della esigenza di rielaborazione formale? È questo un interrogativo la risposta al quale ci conduce ormai a una veduta di fondo, che vuol preparare quelle considerazioni di insieme che gravano, come un onere, su chi deve proporre motivi interpretativi generali.

#### IV

Ho qui dietro citato il lavoro di Winfried Trusen, per offrire una indicazione della tematica privatistica più vicina all'economia del tardo Medioevo e ho constatato che tale « sistema » di contratti si ritrova successivamente, ad es. in Vitoria. Ho anche detto che nella successiva Seconda Scolastica il quadro rimane fondamentalmente uguale e che entro di esso hanno operato gli sforzi degli ultimi Scolastici, specialmente di Molina, per dare risposta alle nuove esigenze. Tuttavia — lo abbiamo appena affermato — v'era in essi la preoccupazione di non rompere quel quadro. Viene ora spontanea la domanda: quale dunque il contributo degli ultimi Scolastici all'evoluzione del diritto privato?

L'avvio a una risposta a questa domanda è già contenuta implicitamente in quanto siamo andati svolgendo, ma la risposta vera e propria ci può esser facilitato da un confronto istruttivo. Se noi apriamo la seconda edizione della *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit* di Franz Wieacker al punto ove è presentato il sistema di diritto privato di Ugo Grozio ci colpiscono le molte indicazioni relative a presupposti che secondo Wieacker la dottrina privatistica di Grozio trova nella tradizione classica e della teologia morale. Ma al di là di quelli che non potevano non essere temi comuni, come i fondamentali della proprietà e del matrimonio, il diritto privato di Grozio si denota per il suo prevalente intento di delineazione e di costruzione di un sistema, e per soffermarsi o su problemi più formali e di categoria, come quello della volontà e della sua dichiarazione in ordine alla conclusione del contratto, della forza vincolante della promessa, materia (che

come ha dimostrato Malte Diesselhorst nel suo studio del 1959<sup>(54)</sup>, pure derivava in radice dalla tradizione scolastica, specie da Lessius, ma cui Grozio dà particolare rilievo e, si direbbe, precisi compiti in ordine a un ordine giuridico positivo). Ma ciò che colpisce in un rapido confronto fra il sistema di diritto privato di Grozio, che è il primo moderno e quello degli Scolastici — al di là delle ovvie affinità che, ripeto, entrambi presentano in ordine agli istituti fondamentali come proprietà e matrimonio —, si è che in Grozio non sono evidenti e qualificanti le connessioni tra economia e diritto e, prima ancora, fra economia ed etica. In sostanza cambia l'epicentro della costruzione del sistema, che si avvia a rispondere alla esigenza di un ordine giuridico positivo concepito a sè stante, con riferimento centrale all'individuo e alla sua volontà giuridica. In una bella pagina, che pienamente sottoscriviamo e che non abbiamo che da rileggere, Wieacker sottolinea che Grozio non ha voluto rompere il sistema precedente e che il suo compito è stato piuttosto di mediazione e — dice Wieacker — di sapiente ed elegante trasposizione della tradizione di teologia morale: « Grotius hat die Sozialethik nicht säkularisiert. Er war nicht nur reformierter Christ... sondern stand auch so unbefangen in der Tradition der mittelalterlichen und spätscholastischen Moraltheologie, dass ihm eine solche Emanzipation ganz fern lag. Seine Anknüpfung an die ältere Moraltheologie ist von ihm selbst kenntlich gemacht worden... »<sup>(55)</sup>.

Continua subito dopo Wieacker: « Die Wirkung des Grotius ist vielmehr begründet einmal in seiner fruchtbaren Vermittlerrolle zwischen moraltheologischer Tradition und dem künftigen profanen Vernunftrecht... »<sup>(56)</sup>.

Ancora: « Neben dieser Gunst der geschichtlichen Rolle wirkten indessen eigene Verdienste. Mehr als seine Vorgänger hat Grotius die gesamte Moraltradition in einem allgemeingültigen Entwurf verarbeitet. Als Eleganter Jurist und Historiker verfügte er...

<sup>(54)</sup> M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (« Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, 6 ») Köln-Graz, 1959.

<sup>(55)</sup> F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, II ed., Göttingen, 1967, p. 299.

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

über ein Material, das die Moralthologie nicht annähernd so ausgewertet hatte... Diesen ganzen Quellenkreis nutzte er nicht nur als literarische Autorität, sondern als unmittelbares Zeugnis dauernd lebendigen Naturrechts. Der alten Gefahr der « Hypostasierung », d.h. der willkürlichen Aufwertung empirisch-historischer Rechtssätze zu vorgeblichen Naturrecht ist auch Grotius nicht entgangen; aber gerade durch diese Naivität wurde ein Neu- und Umverstehen des historischen Rechts, die Wiederentdeckung seiner dauernden Wahrheiten, wurde schliesslich ein neues Rechtsethos möglich » <sup>(57)</sup>.

Parole — ripetiamo — che non si può non sottoscrivere e anche salutare con soddisfazione, di fronte agli abusati luoghi comuni che avevano attribuito a Grozio — a quel Grozio a cui il nostro Rosmini manifesta tanta stima — intenti di rottura e di laicizzazione. Ma per ciò che riguarda il nostro tema, e cioè il contributo che la Seconda Scolastica ha dato alla evoluzione del diritto privato moderno, forse si può, entro questa prospettiva, aggiungere qualche elemento.

Quelli che Schumpeter ha definito i fondatori della moderna dottrina economica non condivisero le preoccupazioni esplicite di Grozio, per la fondazione di un scienza del diritto privato. Come si è veduto abbastanza largamente, la loro tematica si teneva stretta a elementi etici e sociali di fondo, per prima cosa — nel periodo che esaminiamo — alle nuove realtà economiche per dominare le quali essi hanno semplicemente operato entro il quadro dei contratti tradizionali. Se perciò si vogliono chiedere a questi Scolastici delle pietre di costruzione, cioè dei contributi formali per un sistema positivo di diritto naturale privato, appare chiaro che essi non li offrono.

È stata notata nel fondatore della Scuola, in Vitoria, una concezione del diritto privato che poi persiste. Nelle figure privatistiche di Vitoria abbiamo una netta prevalenza della considerazione materiale su quella formale. Ad es. Vitoria non si preoccupa tanto della forma richiesta per la validità di un testamento, ma se si possa mantenere lecitamente l'eredità in caso di testa-

---

<sup>(57)</sup> *Id.*, pp. 299-300.



mento nullo per la forma oppure se sia permessa la vendita di cosa difettosa e se vi sia obbligazione di ristabilire la giustizia violata, senza preoccuparsi di stabilire se ciò debba avvenire attraverso sostituzione, risarcimento danni o altra via <sup>(58)</sup>.

Come si è detto ripetutamente, l'orizzonte di questi Scolastici era più ampio di quello strettamente giuridico — così come noi moderni figli dell'Illuminismo e anche della Scuola Storica germanica — lo concepiamo ed essi erano certamente estranei a un disegno razionale, e più ancora razionalistico, del diritto che, nella incipiente visione giusnaturalistica, fosse orientato a una concezione politica. Fermi e come immersi nella realtà sociale ed etica — non dimentichiamo il loro radicalismo democratico e la critica alle istituzioni, anche monarchiche, del tempo, in alcuni aspetti come quello della politica dei prezzi e di quella monetaria — essi ebbero un compito — parrebbe — più mediato e in altra direzione: oltre a scoprire e a elaborare la realtà economica, essi si fanno *promotori di sapienti adattamenti* delle strutture giuridiche, mentre per l'aspetto giuridico formale essi vengono a mostrare una certa noncuranza, a cominciare dalla loro imperturbabile fedeltà al modo di esposizione tradizionale. Eppure — ho cercato di mostrarlo — essi tesero per un complesso importantissimo di istituti come (per limitarci agli esempi richiamati la compravendita, il mutuo, i *cambia* e la società) a sistemare nuovi elementi che irrompevano. È per questo che una spiegazione che volesse vederli unicamente e ostinatamente fermi sull'aspetto moralistico della vita economica e giuridica e perciò insensibili alle esigenze del diritto positivo, assolutamente non reggerebbe. Piuttosto essi videro il diritto positivo come una realtà che faceva parte di un più ampio quadro, quello del diritto universale e proprio perchè essi affermavano — basterebbe qui ripetere un brano di Molina ricordato anche da Hans Thieme <sup>(59)</sup> — che il diritto naturale non era sufficiente per reggere la vita degli uomini in società, si può dire che erano condotti a guardare con rispetto alle realtà giuridiche affermatesi storicamente,

---

<sup>(58)</sup> OTTE, *Das Privatrecht bei Vitoria*, cit., pp. 12-13.

<sup>(59)</sup> THIEME, *op. cit.*, p. 256.

in questo caso all'esigenza della giustizia commutativa nel quadro tradizionale.

Il tempo a noi assegnato è ormai trascorso e non possiamo dar luogo ad altre considerazioni, che pur si dovrebbero far seguire. Io debbo invece ormai indicare le conclusioni che sgorgano dal presente discorso e che si identificano con quelle posizioni interpretative e di fondo che — abbiamo detto — incombono al filosofo. Tutto il senso del nostro discorso cade qui, se abbiamo riguardo all'avvertenza premessa all'inizio, circa il perchè mi ero permesso di prendere la parola in questo convegno, pur non essendo nè privatista nè economista.

Due sono le vedute interpretative che si vorrebbero proporre e entrambe mirano a dare una ragione del « momento economico » della Seconda Scolastica.

Il primo motivo da porre in rilievo si è che tutta la sensibilità alle questioni economiche che abbiamo studiato e il metodo di osservazione della realtà, l'intento di salvare l'azione umana e le ragioni del bene della comunità non appaiono al filosofo che un aspetto della ricostruzione antivolontaristica che percorre tutta la Seconda Scolastica. È un affidarsi alle forze della ragione umana e delle cose, è un ripiegarsi sulla realtà ampia e mobile delle *causae secundae*, rispettandole in tutta la loro spontaneità e complessità, al di fuori della intrusione di elementi teologici o di loro proiezioni nel campo sociale, sostenute dal volontarismo. Occorre non dimenticare che il volontarismo difendeva il prezzo politico, era contrario alla concorrenza ed era per una economia statica. Ma Molina, ed altri, erano decisamente contrari a tutto questo. Dunque — è questa una proposta interpretativa cui il filosofo non può sottrarsi e che forse è indispensabile a tutti di considerare — dunque la teoria economica della Seconda Scolastica, in tutto il suo volume razionale e analitico e nel suo valore di promozione interna dell'evoluzione del diritto privato, ha un rovescio antivolontaristico, è un momento dottrinale — se ci si consente l'espressione —, un felice e profondo e duraturo momento dottrinale di quella vasta operazione di ricostruzione della cattedrale in rovina cui si era dedicata la Seconda Scolastica, la quale sembra additare la voce delle realtà « terrestri »

più precise, che stanno a testimoniare per una spiegazione razionale del mondo morale.

Il secondo elemento interpretativo vorrebbe internarsi ancora più nella considerazione, per rispondere alla domanda conclusiva, troppo spontanea: quale la ragione dello scarso o nessun riconoscimento esterno della Seconda Scolastica per ciò che attiene alle teorie economiche e alle istanze di evoluzione delle forme giuridiche privatistiche? Il rilievo, la domanda, l'interrogativo sono analoghi a quelli che non pochi anni or sono, io ebbi a sollevare circa la fortuna del Suarez « metafisico » e la sfortuna del Suarez « morale » <sup>(60)</sup>. Ebbene, ecco un punto su di cui — anche e forse più — è indispensabile la proposta di spiegazione del filosofo. Qui, secondo me, il discorso si sposta addirittura sulla « sfortuna » esterna della Scolastica nella moderna e contemporanea storia del pensiero. Diciamo dunque che anche nel campo che esaminiamo, il compito assolto dalla Seconda Scolastica fu — come avviene per tutta la tradizione scolastica nel mondo moderno — indiretto, in quanto proviene da preoccupazioni complessive orientate, anche nel quadro di metodo e nelle espressioni dottrinali, a servire l'interiorità umana, sia pure attraverso un'attenta e obiettiva considerazione delle ragioni sociali. Per ciò il suo insegnamento — col trionfo di nuovi metodi e con nuovi quadri dottrinali — si mantenne in sede per così dire interna e quasi non apparve. Tuttavia non si può negare che questo insegnamento sia penetrato lentamente e per così dire filtrato, al di fuori del clamore delle trionfante dottrine. Ora mi pare che proprio questo si possa dire, in modo particolare, dei fermenti e delle preoccupazioni di cui la Seconda Scolastica si è resa consapevole per la evoluzione del diritto privato moderno.

---

<sup>(60)</sup> G. AMBROSETTI, *Il diritto naturale della Riforma Cattolica*, Milano, 1951, pp. 181-182.

MICHEL VILLEY

LA PROMOTION DE LA LOI ET DU DROIT SUBJECTIF  
DANS LA SECONDE SCOLASTIQUE

Quand j'ai lu le premier numéro des *Quaderni Fiorentini*, j'y ai vu, moi qui ai le malheur de professer cette discipline, une opération de sauvetage de l'histoire du droit. L'histoire du droit, du moins en France, a besoin d'être *sauvée*, je veux dire surtout d'échapper à l'indifférence des juristes, de nos collègues des Facultés de droit, que nos travaux d'érudition pure laissent de plus en plus froids.

Ce n'est pas que je sois convaincu que l'histoire du droit des temps modernes, la *Rechtsgeschichte der Neuzeit* soit plus fructueuse que les autres. Peut-être parce que je pratique plutôt l'histoire de la *philosophie* du droit, l'histoire des notions, des catégories juridiques, pour ma part je crois que les juristes trouvent beaucoup plus à s'enrichir par l'histoire des droits anciens; de Rome, du Moyen-âge. Là nous découvrons une pensée qui *diffère* de la nôtre, et qui peut — à certains égards — être supérieure à la nôtre. Je pense que les notions de *droit* et de *loi*, les notions générales du droit, le vocabulaire fondamental de l'antiquité notamment romaine sont mieux affinés que les nôtres et parfaitement susceptibles de nous être utiles aujourd'hui pour la réforme de notre langage.

Mais ces notions générales mêmes de l'antiquité qui sont pour nous si difficiles, on ne peut les ressaisir qu'en faisant, en sens inverse, le chemin qui nous en sépare. Il nous faut reconnaître *pourquoi*, et *comment*, à l'époque moderne, au commencement des temps modernes — ici la Seconde Scolastique tient un rôle considérable — les théoriciens du droit de l'Europe ont *dévié* de ces notions anciennes. Alors seulement devient possible un jugement

de valeur sur ce choix — entre le langage de l'antiquité et le langage d'aujourd'hui.

Et nos études pourront très bien alors ne plus être inutiles, l'histoire du droit retrouvera sa fonction auprès des juristes. Je mets personnellement mon espoir dans le mouvement des *Quaderni* pour que l'histoire du droit reconquière sa place dans nos Facultés de droit.

Mon intention est aujourd'hui de contribuer, modestement, à cette entreprise *critique* de la pensée *actuelle*, à l'aide de l'histoire. M. Grossi m'avait demandé de traiter de l'histoire d'une grande notion générale du droit, la notion de *droit subjectif*, dans la Seconde Scolastique. A mon avis, le droit subjectif, c'est-à-dire le droit pris comme pouvoir, permission d'agir, attribut d'un sujet individuel — ainsi le droit de propriété analysé comme un pouvoir qu'aurait le sujet d'accomplir sur une chose toutes sortes d'actes, jouir de cette chose, en user et en abuser — est une notion inadéquate et qui encombre, de façon assez malheureuse, notre science du droit. J'en pourrais trouver d'autres preuves et par exemple en droit public les défauts notoires de la notion des *droits de l'homme* révolutionnaires, pensés en fonction du sujet, comme une liberté du sujet. Ainsi conçus ces droits de l'homme me semblent irréalisables, et ce langage générateur d'illusion et de confusion.

Or la *critique du langage du droit subjectif* se trouve déjà très avancée quand on s'aperçoit que cette notion, absente selon moi du langage des juristes romains, procède d'une contamination du vocabulaire juridique par une certaine *théologie*, de date relativement récente. J'écrivais ailleurs qu'elle datait surtout du XIV<sup>e</sup> siècle; je dirais maintenant d'un peu plus tôt, après l'article de M. Grossi dans les *Quaderni*, mais que ce concept ne s'est vraiment répandu dans le monde des juristes qu'à l'*époque moderne*. Là, le rôle de la Seconde Scolastique n'est pas médiocre, comme on peut le voir dans un ouvrage du Père Folgado sur le droit subjectif dans la scolastique espagnole.

Le droit subjectif, c'était déjà une très grosse question — cela d'autant plus que la thèse que je viens de soutenir est plutôt

loin d'être reçue chez tous les historiens du droit. Plusieurs d'entre vous seraient prêts à lui opposer leurs objections. Mais imprudemment j'ai demandé à M. Grossi d'élargir encore mon sujet — je dis de l'*élargir* — et voici que je me suis engagé à parler plus généralement de la *promotion de la Loi* (dont il me semble que l'avènement du « droit subjectif » est une dépendance).

Même point de départ: je trouve encore que notre mentalité *légaliste*, l'idée que nous nous faisons de la loi, est quelque chose qui, dans la science juridique *contemporaine*, est cause de beaucoup d'embarras, et qu'il serait opportun d'en faire une critique. Il ne s'agit pas seulement de notre culte excessif de la loi, des codes et plus généralement des règles générales écrites, qui a été en somme dénoncé depuis le début de ce siècle par ceux de nos philosophes du droit qui se réclament de l'observation, de l'expérience juridique; depuis Géný presque chacun accorde que tout le droit ne tient pas dans la loi. Je pense plutôt à la manière que nous avons de *concevoir* la loi, de la définir comme une règle *de conduite* — je lis cela dans tous les manuels — proposition impérative, interdictive ou permissive. En suite de quoi il est admis communément autour de nous que le discours du droit relèverait de la « logique déontique », parce que le droit serait fait de lois qui prescrivent ou interdisent certaines espèces d'actions, ou nous procurent des permissions d'agir de telle ou telle manière, des droits subjectifs. Je pense que tout cela fait difficulté, demande critique, et que l'histoire de la pensée juridique moderne peut aider à cette critique.

La thèse que je vais soutenir est que notre notion de la loi a le défaut d'être elle aussi un corps étranger, et le produit d'une infiltration dans le droit d'une *Théologie*, que cette infiltration malheureuse s'est produite à l'époque moderne et que la scolastique espagnole est la plus grande responsable de cet évènement.

Il y a de quoi être inquiet, non seulement de l'aridité, mais de l'énormité de la question que j'entreprends de débrouiller devant vous. *Lex et Jus!* Il y a là dessus une littérature formidable. Et encore: certains romanistes ont le tort de s'enfermer, quand ils traitent ce thème, dans les textes seulement juridiques, alors que dans la constitution de notre langage juridique interfèrent l'usage

vulgaire et l'influence des philosophes et théologiens, dont nous devons aussi tenir compte sous peine de n'y rien comprendre. Le droit n'a pas vécu en vase clos, en circuit fermé, comme font certains romanistes d'aujourd'hui. Il ne saurait non plus suffire d'être spécialiste de l'époque romaine, parceque nous sommes des modernes, et lorsque aussi bien nous parlons de la règle juridique *romaine* nous ne pouvons pas nous soustraire à l'usage moderne; le romaniste se devrait d'en prendre premièrement conscience.

On ne pourra même s'en tenir à la Seconde Scolastique. La Seconde Scolastique, dans ce congrès, nous nous pénétrons de son importance. N'allons pas jusqu'à supposer que la Seconde Scolastique soit tout; elle non plus n'est pas un monde clos, une sorte de cité autarchique et qui se suffise à elle même. Il y a un avant, il y a un après. Je ne peux pas faire abstraction de ce qui est *avant*: les Scolastiques des XVIe et XVIIe siècles n'ont rien créé *ex nihilo*, mais toute leur doctrine s'alimente dans des textes traditionnels, puisés d'ailleurs en des traditions très diverses. Et aussi il y a un *après*. C'est même le plus intéressant. Si pour ce congrès les uns et les autres nous avons été déterrer dans des rayons élevés de bibliothèques les vieux traités poussiéreux de Vitoria, Suarez, Vasquez, Molina, ou Cajétan, ou Bellarmin, c'est en raison de leur influence sur la pensée juridique *contemporaine*.

Donc, au terme de ces préambules, je vous propose un plan très simple, en 3 parties, qui auront pour titres:

- 1) les précédents
- 2) l'oeuvre de la Seconde Scolastique
- 3) ses conséquences sur la pensée contemporaine.

## I.

*Les précédents*: la mise en état du problème. Et déjà me voici condamné à des raccourcis historiques dangereux. Il me semble qu'il y a toujours eu, dans notre histoire occidentale, et cela dès l'antiquité, un duel entre deux régimes, deux instruments de l'ordre social, deux façon de penser, deux notions que je désignerai de préférence par deux termes *grec* et *hébreu*. Les deux figures antagonistes, les deux personnages du drame, je les appelle d'une part DIKAION, d'autre part TORAH (c'est le nom le moins mauvais

que je trouve; j'ai mis dans mon titre le mot *loi* pour ne pas ajouter à la multiplicité des langues utilisées dans ce congrès). Nous allons faire l'histoire d'un match entre *dikaion* et *torah*.

Le *dikaion*, je n'ai pas besoin de vous le présenter. J'use de préférence de ce mot grec, à cause de l'analyse d'Aristote, dans l'*Ethique* de Nicomaque, analyse qui est d'une précision, d'une lucidité merveilleuse. On pouvait dire aussi bien *jus*, parce que je tiens que les romains de l'époque *classique* ont traduit *dikaion* par *jus* — et il s'agit de l'art juridique, tel que l'ont mis en pratique les juristes romains. Art que les juristes romains définissent eux mêmes comme visant à définir la mesure d'un juste partage des « choses », partagées entre citoyens dans un groupe social, une cité; *suum cuique tribuere*, telle est la fonction de l'art du *jus*. Art du *judex* qui *dit* le droit, et des juristes ses auxiliaires. Le problème posé au juriste est si tel bien, ou tel statut, est à telle personne: *si paret rem de qua agitur Auli Agerii esse*. Je remarque que le discours du droit s'écrit normalement à l'indicatif: ceci est à Pierre, ceci est à Paul, en cela consiste la proportion, l'égal, *dikaion*. L'art du *jus* ainsi entendu avait acquis en Grèce et surtout à Rome son existence propre, autonome.

Mais le rival du *dikaion* ou du *jus*, je l'appellerai *torah*, faisant référence à la *torah* juive, ou plutôt: *judéo-chrétienne*. L'influence de la pensée juive est singulièrement méconnue par les historiens du droit. On nous dit que le droit de l'Europe serait d'origine romaine, je me demande s'il ne serait pas tout autant marqué par l'idée de *torah*. Et la *torah* c'est autre chose que le *dikaion* ou le *jus*, un autre instrument de la vie sociale. La *torah* est une « instruction » qui aboutit à des *préceptes* que nous pouvons dire moraux, j'entends des *règles de conduite* adressées aux individus: « Tu aimeras Dieu et ton prochain, Tu ne voleras pas, Tu ne commettras pas l'adultère » avec au besoin des *sanctions* attachées à ces devoirs moraux: « Tu lapideras la femme adultère » ou bien « Tu lui pardonneras ». Je note que la *torah* s'exprime, elle, à l'impératif, elle débouche dans un ensemble de prescriptions, d'interdictions ou au besoin de permissions. Je l'appelle un Code de *morale*, au sens large, non kantien, du mot. On peut remarquer que certains peuples, dont précisément les peuples orientaux, mais sans doute la plupart des peuples sauf Rome et peut être la Grèce se sont



contentés de tels codes de moralité pour assurer le fonctionnement de la coexistence sociale. Une morale des devoirs sociaux, renforcée de sanctions, c'est l'essentiel, à la rigueur cela peut suffire. Il ne me semble pas qu'Israël ait jamais connu le *dikaion*. Notons encore que le mot *torah* se trouve traduit dans la traduction des Septante par le mot *nomos*, et dans la Vulgate par le latin *lex*.

Maintenant, j'entre dans l'histoire de l'Europe, de ce qui s'y est passé *avant* la Seconde Scolastique. Donc, nous le supposons, un combat, combat permanent dans l'histoire de notre langage entre ces deux notions. J'en esquisse très rapidement les premiers *rounds*.

a) Il me paraît manifeste que pour commencer et au total durablement jusqu'à la fin du moyen-âge, c'est surtout la *torah* qui gagne. Considérons les ouvrages datant de cette époque que l'on traite encore aujourd'hui comme sources de philosophie du droit, parce qu'ils parlent de façon générale de l'ordonnement de la vie sociale: la *Patristique*, Origène, St. Augustin; plus tard Pierre Lombard ou Gratien, ou plus tard encore par exemple St. Bonaventure, Scot, Occam, Gerson. Littérature, au sens large, *théologique*. Ces gens sont nourris de la Bible, et par conséquent de la *torah*. Bien sûr, d'une *torah* devenue chrétienne, c'est à dire de la loi ancienne achevée par la *loi nouvelle*, et à laquelle s'associe la *loi naturelle*, selon la leçon de Saint Paul. Ils voient tout dans la perspective de la *torah* biblique. Les apologistes comparent la *torah*, le *nomos* chrétien, aux *nomoi* des grecs ou païens, car les *nomoi* des cités grecques étaient aussi des lois morales, des règles prescriptives de conduite. La loi d'Antigone est une loi morale, et pour l'essentiel les lois de Platon.

Mais ce qui est remarquable encore, est qu'à partir du Haut moyen-âge, dans l'*augustinisme juridique*, cette loi morale, par syncrétisme, on prend l'habitude de l'appeler *jus*; et qu'effectivement, au Haut moyen-âge, sous le nom de *jus* on n'a guère connu que le régime de la *torah*, de règles de conduite assorties de sanctions (de mutilations, de coups de fouet ou de pénitences

pour qui a volé, ou tué, commis l'adultère, ou mangé gras pendant le carême, contrevenu à des devoirs moraux). Ce qui manque est un art du partage, du *jus*, *dikaion*; il est éclipsé par la *loi*. Nous pouvons dire que la *torah* a absorbé le *dikaion*.

b) Mais, vous m'accusez de simplifier l'histoire. Et il est vrai qu'au moyen-âge intervient également ce fait, que le *jus* se réveille (l'art spécifiquement juridique) et qu'il essaye de se dégager de l'emprise de la *torah*, et qu'il marque des points quelque temps. Survient en effet, à partir du XIIe siècle la *renaissance du droit romain*. Et puis, au niveau de la théorie il y a l'oeuvre de Saint Thomas: le « De Jure » qu. 57 de la IIa IIae, dans la Somme théologique. Là j'ai peur d'être en désaccord avec mon ami M. Ambrosetti comme je le suis avec beaucoup d'autres, *néothomistes*, qui vont chercher la doctrine du droit de Saint Thomas, surtout dans son *traité des Lois*. Le *Traité des Lois* de Saint Thomas (Ia IIae) est un traité des lois *morales*, au sens de règles de conduite, dont les sources et l'inspiration sont de préférence augustiniennes. Mais, à mon avis, ce n'est pas pour rien que Saint Thomas, en un autre endroit de la Somme (IIa IIae qu. 57) consacre à l'analyse du *jus* une question distincte.

J'estime que Saint Thomas a retrouvé — d'ailleurs à la fin de sa vie — seulement au temps de la rédaction de la IIa IIae — le *dikaion*, tel qu'Aristote dans son *Ethique* l'avait défini, le *jus* du droit romain classique, l'art juridique qui a sa fin propre, la mesure de la proportion juste entre les choses extérieures partagées entre les personnes — et qui ne peut être réduit à l'observation de la *loi*, morale, gouvernant les conduites. Le discours du juge ou du juriste qui *disent* la proportion juste, s'exprimait à l'indicatif, ce que ne fait pas la loi morale. L'objet n'est pas le même. A mon avis, Saint Thomas a redécouvert, dans ces sources antiques profanes dont il restaure l'autorité, le concept autonome de *jus*. Dommage que je ne puisse pas m'étendre sur cette oeuvre de Saint Thomas, qu'il me plairait de commenter, et de répondre à certaines de vos objections. Mais nous sommes tenus par le programme de notre congrès.

## II.

Voilà donc le moment d'aborder la *Seconde Scolastique*, et de nous demander — c'est mon sujet — quel fut son rôle dans ce duel entre la *torah* et le *dikaion*. Je n'ai eu le temps de regarder que les oeuvres espagnoles, et encore pas toutes. Et la réponse que je propose sera la suivante. L'oeuvre de la *Seconde Scolastique* surtout espagnole, je l'analyse comme un *barrage* à la renaissance du *jus romain*. Nouvelle et décisive victoire de la *loi*, règle de conduite.

Cette thèse serait a priori vraisemblable, ne serait-ce qu'en vertu de ce fait très simple que les Pères de la Seconde Scolastique furent surtout des *théologiens*, professeurs à la Faculté de théologie. Par profession ils sont d'abord familiers de l'Écriture Sainte ou des commentaires de l'Écriture Sainte. Au moins, c'est une chose qu'on suppose des clercs. Nos espagnols dans leurs études ont sucé la notion de *torah* plus que la façon de penser profane.

Pour ce qui les concerne spécialement, ce furent des professionnels de la discipline morale chrétienne dont ils se proposaient d'imposer la mise en pratique effective. Il a cette grande différence entre Saint Thomas et nos scolastiques, que l'esprit de Saint Thomas est surtout *spéculatif*. La Somme Théologique ne vise qu'à la connaissance. Vitoria, Soto, Molina, Suarez ou Vasquez sont des *actifs*, ce qui a été souvent noté. Des actifs au service de quoi? De la victoire de la *morale* chrétienne. Car c'est une tâche du clergé (lorsqu'il ne se sent pas trop de goût pour contempler et méditer comme les moines du moyen-âge) de guider la pratique des fidèles (y compris les pratiques de foi). Beaucoup de nos auteurs, surtout les jésuites, furent des directeurs de conscience, des *casuistes*, « juristes du confessionnal », disait hier M. Thieme. Ce furent des promoteurs de la *loi morale* chrétienne.

On note qu'ils dirigeaient surtout, de préférence, la conscience des grands, de Charles Quint, de Philippe II et de ses fonctionnaires; qu'ils pesèrent sur le déroulement de la colonisation espagnole, sur la politique internationale, le gouvernement de l'Église. Aussi, par le biais de la morale touchaient-ils au *droit*, mais en traitant le droit du point de vue de la conduite ou de la loi morale. Leur oeuvre, en ce qui nous concerne, me semble s'exercer dans un sens contraire à celui de Saint Thomas.

Peut être encore vais-je à ce point rencontrer des contradicteurs, avec lesquels il faut d'abord que je m'explique un peu. C'est un dogme assez répandu que la Seconde Scolastique aurait constitué un retour à la doctrine de Saint Thomas; qu'elle en continuerait l'esprit. Une renaissance du thomisme. Il y a dans ce jugement quelque chose de vrai, dont personne ne disconviendra, mais une grande exagération, contre laquelle *Etienne Gilson* nous a mis en garde.

Mon sentiment est que si, souvent, dans les séminaires catholiques, on pose en dogme l'identité de la pensée de Saint Thomas et des Commentaires des XVI<sup>e</sup> et XVII<sup>e</sup> siècles, c'est parce qu'on lit Saint Thomas à travers le prisme de ces commentaires, qui sont d'un accès plus facile parce que plus *proches* de notre esprit et de nos méthodes intellectuelles. Pour un homme du XX<sup>e</sup> siècle, Saint Thomas est plus difficile à lire que Suarez. Mais des historiens tel qu'*Etienne Gilson* découvrent une énorme distance entre la pensée de Saint Thomas et ce qu'on appelle le *thomisme*, produit de la *Seconde Scolastique*.

Pour commencer il n'est pas vrai que Suarez, Vasquez, Molina et même Vitoria ou Soto suivent la leçon de Saint Thomas. Sans doute ont-ils décidé de prendre la Somme pour canevas de leur enseignement. Ils en suivent plus ou moins le plan, en lisent généralement le texte. Mais enfin tout le monde sait qu'ils usent d'une méthode « scolastique », qui est une dialectique très dégénérée, où sur chaque question on tient compte des autorités, et pas seulement comme Saint Thomas des autorités des anciens, choisis en raison du sérieux de la valeur de leur doctrine, mais désormais des autorités *magistrales*. Cela signifie que nos espagnols subissent également l'influence des autres doctrines à la mode dans l'université de leur temps, tout spécialement des scotistes et nominalistes qui tenaient le haut du pavé dans le monde universitaire au début du XVI<sup>e</sup> siècle, et notamment des nominalistes parisiens de l'école de Pierre d'Ailly et de Gerson. Nous savons que l'Espagne elle-même avait des chaires de scotisme et de nominalisme. Alors ils font un *compromis* entre la chèvre et le chou, entre ces philosophies adverses; c'est le compromis qui passe le mieux, qui a le plus d'efficacité.

Au moins est-ce ce que je constate en ce qui touche notre sujet. Et je m'en excuse à nouveau: mon sujet porte sur des questions extrêmement abstraites, ces instruments conceptuels qui servent à penser le droit, à bâtir la science du droit. Afin de répondre à la demande de M. Grossi, je me suis astreint à la lecture de quelques traités de la scolastique espagnole relatifs aux mots *jus* et *lex*. Vous savez sûrement que ces questions s'y trouvent traitées avec abondance et prolixité.

a) *Première catégorie* de traités: ceux portant sur le *sens du mot jus*. A mon avis chez Saint Thomas, dans la question 57 de la IIa IIae, quant Saint Thomas traite ce problème: quel est le sens propre de ce mot *jus*, non seulement il ne fait sûrement pas de *jus* le synonyme de *lex*, mais loin que le droit soit confondu avec la règle de conduite, dans la qu. 57 de la IIa IIae, le *jus* est défini comme une chose, *res justa, id quod justum est*. Et aussi « l'objet de la justice », car un état de chose, juste et bon, peut être le terme de nos efforts, l'« *id ad quod terminatur actus justitiae* ». S'il s'agit de justice au sens propre, particulière, spécifique, le *jus* est cette « proportion » juste qui, dans un bon partage, existe entre des objets extérieurs (*res exteriores*) répartis entre des personnes. Le métier propre du juriste est de chercher à reconnaître le teneur de cette proportion, de la déterminer, de la *dire*.

Bien entendu les définitions de Saint Thomas ne pourront pas être ignorées de nos scolastiques espagnols, commentateurs des *De Jure et Justitia*. Mais que trouvons nous dans ces commentaires? Il me faut résumer, ramasser en deux ou trois points le résultat des sondages que j'ai pratiqués seulement chez des espagnols, Vitoria, Soto, Molina, Suarez.

1) J'ai été frappé tout d'abord de la maigreur de ces commentaires. Je prends en exemple *Vitoria*, ce qui est jouer la difficulté, parce que Vitoria a réputation d'être fidèle à Saint Thomas, spécialement dans ce commentaire du *De Jure et Justitia*. Eh bien je remarque d'abord la rapidité avec laquelle Vitoria passe sur ces formules de Saint Thomas (une quinzaine de pages seulement, dans l'édition B. de Heredia). Quand Vitoria devra traiter

de problèmes de morale pratique, par exemple de la *restitutio*, il sera prolixe (130 pages). Et dans ces quinze pages, quelques lignes à peine sur cette définition du *jus*: *res justa- id quod justum est*. Quant aux questions de Saint Thomas sur la justice particulière, c'est bien simple: il les a sautées, il n'en a pas vu l'intérêt, qui cependant pour les juristes est fondamental.

2) Prenons cependant ces quelques lignes. Le commentaire de Vitoria est immédiatement trahison. Comment Vitoria comprend il cette formule: *id quod justum est*? Il s'agit pour lui de l'action juste, qui est moralement *due* (*debita*), ainsi que souvent le rediront les néothomistes: comme ne pas voler, ne pas mentir, ce qui est le *point de vue du moraliste*. Mais le texte de Saint Thomas faisait du *jus* une *réalité*, une proportion à découvrir; un substantif, non pas un verbe: qui sans doute peut être l'objet, le pôle de l'acte de justice, non pas l'action même; et la nuance est considérable. Pour nos scolastiques espagnols le *jus* devient l'action prescrite par la loi morale, l'*id quod lege prescribitur*, dira pareillement Suarez. Il s'identifie au contenu de la prescription de la loi morale. Et le voici réintégré, comme au temps du Haut moyen-âge, dans la sphère de la loi morale, dont tout l'effort de Saint Thomas suivant Aristote avait été de le dégager (1).

3) Il y a plus. Nous constatons que s'insinuent dans le commentaire de la Scolastique espagnole les définitions du mot *jus* des *nominalistes*, celles-ci directement contraires à la doctrine de Saint Thomas. Car les écoles nominalistes — aussi bien d'ailleurs que scotistes — s'étaient justement signalées par leur refus de suivre Saint Thomas dans son ouverture à la philosophie profane,

---

(1) On objectera que Saint Thomas, dans une réponse du *De Jure*, fait déjà de la *lex* l'une des sources, entre autres, du *jus* (« *aliqualis ratio juris* »). Nécessairement, puisqu'il existe un « droit positif », c'est à dire qui procède des lois. Mais le texte positif (« *scriptura* »), qui a pour objet de « déterminer » un certain partage juridique, diffère de la loi morale, prescriptive d'une certaine conduite, dont nous avait entretenu le *Traité des Lois*. Et si Saint Thomas enseignait que la « loi humaine » morale « dérive » de la loi naturelle (au *Traité des Lois*), il n'a mulle part dit que le *jus* procède de cette loi naturelle morale. Le *jus* a ses sources particulières: « détermination » positive ou nature des choses (« *consideratio rei* »).

donc à la conception romaine ou aristotélicienne du droit. Contre Saint Thomas ils persistent à ne vouloir parler du droit que dans la perspective de la *torah*, tout comme Pierre Lombard et l'augustinisme. Ils réduisent le droit à la *loi* au sens de loi morale. D'où les définitions célèbres, inspirées d'Occam, qu'ont produites du droit Buridan, Gerson, puis le belge Driedo et l'allemand Conrad. Or nous les trouverons reproduites dans toutes les oeuvres de la scolastique espagnole, nommément, avec référence expresse à leurs sources nominalistes, à Buridan, Conrad, Gerson etc. Peut être était-il légitime qu'elles fussent citées, selon les règles de la méthode scolastique, confrontées à celles de Saint Thomas. Mais je constate que ce sont celles là qui l'emportent, en définitive, dans la doctrine de tous nos auteurs.

Nous revenons à Vitoria. Il n'a donné ses conclusions sur le mot *jus* qu'à un autre endroit de son cours, au titre de *restitutione*, siège de la matière pour les scotistes et nominalistes, selon l'ordre de Pierre Lombard. M. Thieme signalait hier l'importance de la question de *restitutione*, question éminemment pratique, affaire de morale, de « conscience », disait M. Thieme. On y interprète le « Tu ne voleras pas » de la Bible. Et là, Vitoria, n'étant plus gêné par le texte de Saint Thomas, découvre sa pensée personnelle, sur laquelle le reste de l'ouvrage ne nous laisse d'ailleurs aucun doute. Il opte franchement pour la doctrine des nominalistes.

Quelle est cette doctrine? Le mot *jus*, ou bien est synonyme de *lex*, ou bien désigne la « faculté » qui est conférée au sujet par la loi morale (*sive lex sive facultas*).

α) *Premier sens*: Gerson, et les nominalistes, s'accrochant à la tradition de l'augustinisme du Haut moyen-âge, persistaient à identifier le *jus* à la *lex*, à la *torah*. Ainsi Vitoria, qui d'ailleurs s'efforce de justifier cet usage par des exemples de droit romain, étrangement interprétés: *juri opera dare* aurait signifié chez Ulpien étudier les lois. Le droit naturel (*jus naturale*) aurait été l'équivalent de *lex naturalis*, ensemble des préceptes de la raison. *Jus civile*, dira Bañez, sont les lois de tel ou tel royaume (définition qui aurait, vraiment, surpris le juriste Pomponius) etc... L'assimilation de *jus* à *lex* se retrouvera chez tous les auteurs de la scolastique espagnole, ceux du moins que j'ai consultés; elle

me paraît en contradiction manifeste avec le texte de Saint Thomas dans son *De Jure*.

β) Quant au *deuxième sens* du mot *jus*, selon l'école nominaliste, que la Scolastique espagnole reprend effectivement à son compte, c'est le sens moderne de droit subjectif: *Facultas* ou *Licentia*, dont la Seconde Scolastique a assuré la promotion dans le langage juridique en même temps que celle de la *loi*. Car l'un entraîne l'autre. Vitoria lui même le remarque, il nous dit que ces deux acceptions en réalité n'en font qu'une (Sur le texte de Conrad il écrit: *ponet duas diffinitiones, tamen coincidunt in unam*). En effet qu'est le *droit subjectif*, cette notion que je crois moderne, absente du langage des juristes romains? <sup>(2)</sup> Une « *facultas moralis*, une *licentia*, ce qui signifie une permission d'accomplir un ensemble d'actes (par exemple jouir, user, abuser d'une chose), en vertu d'une loi permissive. Cette faculté, cette permission sont l'effet d'une loi morale, sont comme une face de la loi morale.

Chez *Molina* l'analyse du droit subjectif est plus développée; il nous dit que la *facultas* n'est pas seulement le produit d'une loi morale *permissive* (il m'est permis d'user de la chose) mais aussi de lois *prohibitives*, qui parallèlement interdisent aux *tiers* de s'opposer à cet usage permis que je ferai de la chose. De toutes façons le droit subjectif est réduit à une conséquence, une dépendance de la loi morale.

Le point de vue de la *loi* l'emporte, tout comme dans le régime juif, et finalement il ne reste rien chez nos scolastiques des distinctions de Saint Thomas. Voilà la moisson que je rapporte des quelques lectures que j'ai faites dans les commentaires *De Jure*, portant sur le sens du mot *jus*.

b) Nous pouvons encore consulter les commentaires *De legibus* qui sont très nombreux, plus nombreux encore que les traités *De jure et justitia*. Mais à vrai dire ce qu'on y trouve est l'exacte répétition de ce que viennent de nous apprendre les développe-

---

(2) Admettre notre thèse suppose l'effort d'une définition préalable précise du droit « droit subjectif » et que l'on perçoive sa différence avec la notion du « *suum jus cuique tribuendum* ».



ments de Vitoria même, relatifs au sens du mot *jus*, puisque désormais les deux termes sont quasiment synonymes, relèvent en tout cas du même registre. Nous constaterons ici encore que le courant *nominaliste ou augustiniste* l'a décidément emporté, contre les distinctions de Saint Thomas. Aussi je vais me borner à une seule remarque.

C'est que cette procédure qui me paraît fâcheuse mais qui aujourd'hui s'est installée dans les moeurs des néothomistes: suspendre une doctrine de *droit* prétendue thomiste au *Traité des Lois* de Saint Thomas, non à la question *De Jure*, cette procédure si contestable remonte à la scolastique espagnole. Et je n'en prendrai qu'un exemple, celui du *Traité des Lois* de Suarez, célèbre et qui a exercé de tous la plus grande influence. En écrivant le *De legibus ac Deo legislatore* Suarez estime traiter du *droit*. Il le dit au chapitre 2 du *Traité*, tirant argument de ce que la signification générale et « la plus propre » du terme *jus* est en effet celui de *loi* (*jus cum lege convertitur*). De sorte que traiter des lois, c'est aussi faire un exposé de théorie générale du droit.

Et de quelle sorte de loi s'agit-il? Là dessus non plus Suarez ne nous laisse pas le moindre doute; il est toujours extrêmement clair. C'est d'une loi *morale* qui commande aux conduites des individus, loi qui procède d'ailleurs de *Dieu* comme de sa source première, du commandement de Dieu: *De legibus ac Deo legislatore*. Re-voici la *torah*.

A quoi nous pourrions objecter que ce qui tient la plus grande place dans le *Traité des Lois* de Suarez — et aussi bien chez Vasquez où Molina — ce n'est plus la loi révélée ou l'Écriture Sainte, la loi positive divine, comme dans l'école augustiniste du Haut moyen-âge, et aussi chez Scot, Occam, encore chez Luther, mais c'est bien plutôt la *loi naturelle*, et même une loi naturelle dont nos scolastiques ne craignent pas de chercher la formule plutôt dans la philosophie païenne, principalement le stoïcisme. Notre scolastique espagnole rejoint à cet égard l'humanisme. Sans doute, mais la loi morale naturelle, serait-il besoin de rappeler qu'elle faisait partie intégrante depuis toujours de la *torah*? Depuis Saint Augustin en tous cas et depuis Saint Paul, depuis Noé, depuis la Genèse. Elle faisait partie de la discipline morale chrétienne,

dont les clercs sont les interprètes. Et ils n'admettent les conclusions de la morale stoïcienne ou de Platon ou d'Aristote que christianisés, vérifiés et revus par eux. Ils ne sont pas que les exégètes de l'Écriture Sainte mais ils prétendent avoir aussi les clés de la loi naturelle morale.

Alors se découvre le sens de l'opération réalisée par la scolastique espagnole. Car lorsqu'on prétend gouverner — soumettre au contrôle des théologiens — la vie sociale des temps modernes, il serait illusoire de tabler sur le fonds de la loi mosaïque. Mais dans cette loi naturelle qui comme morale relève aussi de la compétence des théologiens, l'entreprise peut trouver une base à la fois plus riche et plus souple.

De fait Molina, Suarez, Vasquez ont soin de proclamer hautement leur compétence en matière de droit, une compétence même exclusive en fait de droit international (où il n'y a pas de loi positive, mais seulement la loi naturelle ou ce qui en dérive: le *jus gentium*); et sur tout le droit, quant aux *principes*. Sauf erreur, le sens de l'opération est de retirer aux *juristes* cette autonomie que Saint Thomas leur avait reconquise. Il n'y a plus de droit autonome mais subordination du droit à la loi naturelle morale. Le cléralisme y trouve son compte.

Voilà donc esquissé pourquoi et avec l'aide de quel langage les scolastiques espagnols ont, à mon avis, effectué une promotion de la *loi* au sens de loi morale. Et la promotion du droit subjectif n'est qu'une suite du même phénomène.

### III.

Le temps nous manquera pour remplir le troisième point de notre programme: commenter ce qui vient *ensuite*, décrire l'*influence* de ce comportement des scolastiques espagnols sur notre droit ou notre pensée juridique modernes. Si la Seconde Scolastique nous intéresse dans ce congrès, c'est à cause de l'immense emprise qu'elle a exercée sur les juristes de l'Europe moderne et contemporaine jusques et y compris de nos jours. Cette fois encore — j'ai eu le tort de m'attaquer à un sujet fleuve — force m'est de risquer un raccourci, où nous distinguerons ce qui en est résulté pour nous: d'abord quant au *fond*, je dirai dans la subs-

tance même, le contenu des solutions de droit, et en second lieu dans la *théorie* juridique.

1) D'abord *quant au fond*. Il faudrait ici traverser tout le jus-naturalisme moderne, l'École dite du Droit Naturel parce que cette école, nous en convenons tous, tient largement de la Scolastique espagnole. L'École du droit naturel est un peu la Seconde Scolastique systématisée, on le disait hier, et laïcisée; laïcisée jusqu'à une certaine mesure: les citations de l'Écriture Sainte sont encore fréquentes dans toutes les œuvres systématiques du XVI<sup>e</sup> siècle.

Comme Français je pourrais ici prendre pour exemple *Domat*, l'ami de Pascal, dont l'influence a été grande jusque sur notre Code Civil. Encore que son ami Pascal fut l'ennemi des scolastiques, on est amené à constater que Domat travaille dans leur ligne. Il écrit un *Traité des Lois*. Et ces lois se veulent déduites de la première loi naturelle, morale, qu'exprime l'Écriture Sainte: « Tu aimeras Dieu et ton prochain ».

Pas de chauvinisme! En l'honneur de *M. Feenstra*, j'opte pour le système de *Grotius*. Ce que nous remarquons immédiatement dès les premières lignes du *Traité de la Guerre et de la Paix*, c'est que Grotius a essayé de construire son nouveau système sur les préceptes de la loi morale naturelle: « Tu ne prendras pas le bien d'autrui, tu respecteras tes promesses ». A quoi, dit-il, se « réduit » le droit, d'où devrait se *déduire* le droit. Ces préceptes paraissent dériver de la morale cicéronienne plutôt que de la Bible, mais je viens de dire que cette différence n'est pas essentielle; que la loi morale naturelle n'a fait son entrée dans le *droit* que par l'initiative des théologiens, que comme intégrée à la *torah*, à la discipline chrétienne, que *dans les fourgons* des scolastiques.

Les conséquences sur le fond du droit en sont innombrables. Du « Tu ne voleras pas, Tu ne prendras pas le bien d'autrui », le bien qu'occupe autrui, Grotius a cru pouvoir déduire par un itinéraire complexe, le droit du premier occupant, le droit de propriété absolue du propriétaire qui succède ou qui succèderait à l'occupant originaire. Contre sens grossier. J'ai tenté d'en faire l'analyse dans un article de mes *Seize Essais*: la loi morale à l'origine n'avait pas pour but de procéder au partage des propriétés.

Du: « Tu dois tenir tes promesses » a dérivé le consensualisme moderne, en particulier le Droit des gens a été fondé sur le prétendu consentement universel de l'humanité; le droit public sur le prétendu contrat social des citoyens ...

Et faites attention — il n'y a pas que l'exemple de Grotius. Tous les systèmes axiomatiques du XVIIe siècle, y compris ceux de Hobbes et de Locke, ceux là construits dans la ligne même du nominalisme, ont pour principe une loi morale, *morale* au sens large, règle de conduite rationnelle. Du devoir, inscrit dans l'Evangile, de non résistance au pouvoir, de soumission à César, on a tiré le *droit divin* et la monarchie absolue et héréditaire: on a tiré des *devoirs* de se conserver ou de prospérer de l'individu, l'Etat contractuel, la démocratie, la souveraineté populaire et les droits de l'homme. Le positivisme juridique qui a finalement triomphé n'a pas d'autre source qu'une loi morale.

Autant de solutions juridiques qui n'ont rien de romain, et qui m'apparaissent extrêmement suspectes. Car ce qui manque dans ces systèmes c'est tout simplement la justice « particulière » d'Aristote, l'effort fait pour déterminer le *partage* entre les biens de chacun; entre les droit du propriétaire et ceux de ses voisins; et du créancier et du débiteur — comme y avait tendu le Droit romain classique — ou pour partager les prérogatives du prince, de l'élite et du peuple, comme l'avait cherché Aristote dans sa doctrine du régime mixte. L'effort autonome du juriste dont on a voulu se dispenser et qu'on escamote, en prétendant tout déduire de la loi morale qui n'était pas constituée pour cet office là.

2) Notre seconde et dernière remarque concernera seulement les *formes* de notre pensée juridique. Car quant aux solutions de fond du jusnaturalisme moderne, je crois que nous en sommes aujourd'hui, au XXe siècle, pour une bonne part débarrassés. Elles sont aujourd'hui dénoncées sous le nom d'*idéologies*, bourgeoises ou autres. Aujourd'hui nous ne croyons plus guère au droit de propriété total de l'individualisme bourgeois, au consensualisme dans les contrats, ni au droit divin, ni même, pour ma part, au contrat social, à la souveraineté populaire. Mais j'avais

situé cette étude au plan aride de la théorie non du droit mais de son langage, et des notions fondamentales sous lesquelles nous pensons le droit, de la philosophie du droit.

Là dessus je crois que pour notre malheur, chez nous, en Europe, notre *théorie générale du droit* s'est édifiée sur des voies propres. Notre *droit* lui même se ressent de l'heureuse influence du *Corpus Juris Civilis*, et des nécessités pratiques. Notre *théorie* fut surtout l'oeuvre de philosophes mal informés des réalités juridiques, tels Locke, Rousseau, Thomasius, Wolff, et aussi Kant, dont s'inspirèrent les *théories* des pandectistes. Plus que les juristes ces philosophes semblent avoir reçu l'héritage de la Scolastique espagnole. D'où vient qu'il existe un divorce entre notre *théorie* du droit, celle même d'un Austin, d'un Kelsen; notre *langage*, les grandes *notions* telles que les définissent nos Introductions générales, et la substance de notre droit.

Qu'est-ce qu'on nous enseigne dans les cours de théorie générale du droit? Laissons de côté le *droit naturel*; on n'en parle guère et plus ou moins révérencieusement, parce qu'il est assimilé à une *loi* naturelle morale purement rationnelle dont on a lieu de reconnaître la stérilité dans le droit. En s'identifiant à la *loi* naturelle morale (de Saint Paul ou de Cicéron) le *Droit Naturel* avait signé son arrêt de mort. Pour nous exprimer dans le langage du *Traité des Lois* de Saint Thomas, seules survivent les lois « humaines ».

A ce détail près, ce qu'on nous enseigne procède toujours de la vieille doctrine des nominalistes parisiens, transmise par la scolastique espagnole. Deux sens du mot droit. Au premier sens, le « *droit objectif* » est décrit comme l'ensemble des *lois*. Quelles lois? Des « règles de conduite », qui interdisent, prohibent, permettent des comportements. Au reste notre mot même de *droit* évoque étymologiquement la « rectitude » de la conduite, à la différence du mot *jus*, lequel évoquait la justice, la juste proportion existante entre des biens partagés entre des personnes ...

Au second sens, le « droit subjectif », produit de ces lois, résultat pour l'individu de cette législation morale, serait la permission qu'a le sujet d'exercer une certaine conduite — un *Wollen dürfen* — et l'interdiction faite aux autres de porter obstacle à ces conduites. Non plus la part de choses qui revient à l'individu, le

*summum cuique* des Romains. Le droit conçu comme « règles de conduite », le « droit subjectif », tout cet appareil de notions que persistent à nous imposer nos théoriciens officiels — nous le disions en commençant — nous apparaît aujourd'hui faire difficulté.

J'en ai abordé la critique, dans ce sommaire exposé, par la voie de l'histoire, car je crois, en tant qu'historien de la philosophie du droit, être en mesure d'affirmer que cette façon de penser le droit est le résultat du mélange qui s'est effectué des le Haut moyen-âge entre le *jus* et la *torah*; est une importation dans le droit de la théologie chrétienne. Et l'instrument qui a fait passer dans le langage juridique moderne les confusions augustinistes, l'agent de transmission majeur fut la Seconde Scolastique. Il est curieux de constater qu'un Windscheid ou même un Kelsen sont dans les ornières de Suarez, et (puisqu'au contraire Saint Thomas s'était efforcé de restaurer la notion romaine et aristotélienne du droit), qu'ils continuent ce qu'il y eut de plus clérical dans l'histoire de notre théologie <sup>(3)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> Références justificatives dans les deux notes parues aux Archives de Philosophie du droit, 1972 p. 407 et s., 427 et s.; et dans notre ouvrage *La Torah et le Dikaion*, dont une partie sera publiée aux Archives de Philosophie du droit, 1973.



DIETER SCHWAB

## EHE UND FAMILIE NACH DEN LEHREN DER SPÄTSCHOLASTIK

### EINLEITUNG.

Zu der Zeit, da sich die Spätscholastiker der Ehe annahmen, schien das Feld bereits von anderen bestellt und abgeerntet zu sein. Das Gerüst der kirchlichen Ehelehre war im kanonischen Recht normativ verfestigt; die kanonistische Wissenschaft war eifrig dabei, in mächtigen Apparaten die eherechtlichen Probleme auszuschöpfen. Die Hochscholastik hatte bereits das kanonische Eherecht mit einem Systemrahmen versehen. Gewiß fällt in das 16. Jahrhundert das Reformkonzil von Trient, auf dem der Einfluß spätscholastischer Denker und Denkweisen spürbar wurde. Das Eherecht betreffend wirkten die Konzilbeschlüsse jedoch im wesentlichen bestätigend, ausgenommen vor allem die Einführung einer öffentlichen Eheschließungsform als Wirksamkeitsvoraussetzung der Ehe.

Bei dieser Lage möchte man Neuerung von seiten der Spätscholastik auf dem Gebiet des Ehe- und Familienrechts nicht erwarten. Übernahmen doch die Theologen, welche die kirchliche Wissenschaft abermals auf die Grundlage des Thomismus stellten, gerade die Aufgabe der Apologie des katholischen Denksystems gegen die innovatorischen Kräfte der Zeit, also gegen die Reformation und den Humanismus, soweit er nicht im kirchlichen Raum verblieb. Es wundert daher nicht, wenn — was die *Resultate* in den wichtigsten eherechtlichen Fragen betrifft — die Spätscholastiker selten etwas gänzlich Neues und Ungehörtes bieten; sie verkünden keine « neue » Ehe, und manchmal möchte es scheinen, daß sie nicht mehr täten, als die längst bekannten Probleme noch



ausführlicher, noch variantenreicher, um nicht zu sagen spitzfindiger pro und contra zu disputieren.

In Wahrheit aber sind die spätscholastischen Ehe- und Familienlehren höchst bedeutsam, und zwar weniger — so will mir scheinen — weil sie auf die Rechtspraxis ihrer Zeit wesentlich eingewirkt hätten, als unter theoriegeschichtlichem Aspekt. Weniger die Resultate zu einzelnen ehe- und familienrechtlichen Problemen scheinen aufsehenerregend, als die *Methoden*, mit deren Hilfe familienrechtliche Fragen angefaßt und als der *Systemrahmen*, in den Ehe und Familie hineingestellt wurden. So gesehen hat die Spätscholastik erstaunlich vieles dem frühen aufgeklärten Naturrecht gleichsam vorgefertigt überlassen.

Überblickt man die Masse des von den Spätscholastikern zu Ehe und Familie Geschriebenen, so erscheint es vermessen, in einem Vortrag darüber berichten zu wollen. Es gibt wohl kein im 16. Jahrhundert auch nur erdenkliches Problem des Eherechts und der Ehemoral, zu dem nicht ausführliche Texte vorlägen. Wir finden einschalägige Abhandlungen vor allem in den Kommentaren zu den Sentenzen des Petrus Lombardus, ferner zum Sentenzenkommentar und zur *Summa theologica* des Thomas von Aquin, des weiteren in besonderen Traktaten zur Gesetzes- und Rechtslehre, in staatsphilosophischen Texten und schließlich in gesonderten Traktaten über die Ehe, unter denen das Buch von Thomas Sanchez eine besondere Berühmtheit erlangt hat <sup>(1)</sup>.

(<sup>1</sup>) Häufiger herangezogene Werke:

- COSIMO ALAMANNI, *Summa totius philosophiae e D. Thomae Aquinatis Doctoris Angelici doctrina*, Ed. Ticini 1618 (Abbr.: ALAMANNI, in 1. etc.);
- ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, Ed. Verona 1740 (Abbr.: ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*);
- ROBERTO BELLARMINO, *Disputationes de controversiis christianae fidei adversus huius temporis haereticos*, Ingolstadt 1586-93 (Abbr.: BELLARMINO, *Disputationes*);
- GIOVANNI CAPREOLO, *Defensiones Theologicae Divi Thomae Aquinatis*, Ed. C. Paban und Th. Pégues, 7 tom. Torino 1900-1908 (Abbr.: CAPREOLO, *Defensiones*);
- PEDRO LEDESMA, *Tractatus de magno matrimonii sacramento super doctrinam Angelici Doctoris*, Venezia 1595 (Abbr.: LEDESMA, *Tractatus*);
- BARTHOLOMEO A MEDINA, *Expositio in primam secundae Angelici Doctoris*, Ed. Venezia 1580 (Abbr.: Medina, in 1.2. etc.);

Aus der Fülle der Probleme seien unter dem Gesichtspunkt der Fortwirkung der spätscholastischen Theorien in die Frühaufklärung und in die Welt des rational operierenden Obrigkeitsstaats hinein zwei Fragestellungen herausgegriffen; die erste betrifft die naturrechtliche Behandlung der Ehe; die zweite das Verhältnis von Ehe und Familie zur politischsozialen Ordnung.

## I. - DIE RELATIVIERUNG NATURRECHTLICHER AUSSAGEN.

### 1. Einführung.

In der scholastischen und spätscholastischen Wissenschaft wurde dem Naturrecht ein gewaltiges Terrain erobert. Während das Früh- und Hochmittelalter einen gewissen Bestand an göttlich-rechtlichen Normen — bei denen zwischen Naturrecht und positiv-göttlicher Anordnung nicht genau unterschieden wurde — aus einem unkomplizierten Bibelverständnis bezog, eröffnete die Scholastik der naturrechtlichen Ableitung alle Seinsbereiche des Krea-

- 
- LUIS DE MOLINA, *De iustitia et iure*, Ed. Mainz 1659 (Abbr.: MOLINA, *De iustitia et iure*);
- THOMAS SANCHEZ, *De sancto matrimonii sacramento disputationes*, Ed. Venezia 1726 (Abbr.: SANCHEZ, *Disputationes*);
- DOMINGO DE SOTO, *Commentarii in quartum Sententiarum*, Ed. Venezia 1569 (Abbr.: DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent.);
- PEDRO DE SOTO, *Tractatus de institutione sacerdotum*, Ed. Dillingen 1558 (Abbr.: PEDRO DE SOTO, *Tractatus*);
- FRANCISCO SUAREZ, *Tractatus de legibus, ac Deo legislatore in decem libros distributus*, Ed. Mainz 1619 (Abbr.: SUAREZ, *Tractatus de legibus*);
- GABRIEL VAZQUEZ, *Tractatus de sacramento matrimonii*, in: *Commentariorum ac disputationum in tertiam partem Sancti Thomae*, Lyon 1631, tom. 4, pp. 294 ss. (Abbr.: VAZQUEZ, *Tractatus*);
- TOMMASO DE VIO (CAJETANUS), *Opuscula aurea*, Ed. Paris 1511 (Abbr.: CAJETANUS, *Opuscula aurea*);
- TOMMASO DE VIO (CAJETANUS), *Commentaria in Summam Theologicam*, in: *Thomas de Aquino, Opera omnia*, Editio Leonina, Vol. 4-12, Roma 1888 ss. (Abbr.: CAJETANUS, in 2.2. etc.);
- FRANCISCO DE VITORIA, *Relectiones theologicae*, Ed. Lyon 1557 (Abbr.: VITORIA, *Relectio de matrimonio*);
- FRANCISCO DE VITORIA, *Comentarios a la segunda secundae*, Salamanca-Madrid 1932-1952 (Abbr.: VITORIA, in 2.2. etc.).

türlichen. Alles Geschaffene — so war die Anschauung — hat seine ihm eingestiftete Natur (*natura, essentia*), aus welcher Sollenssätze ableitbar sind. Jede Institution hat ihren Zweck (*finis*), der ihre Wirkgesetze bestimmt. Mit der Scholastik entstand eine auf Naturrecht gegründete Sozialwissenschaft, welche die politisch-sozialen Phänomene wie Staat, Familie und Recht von einer rasonnierenden Distanz aus zu beobachten und zu beurteilen in der Lage war. Jede Regelung des positiv-menschlichen Rechts konnte kritisch daraufhin befragt werden, ob sie « naturgemäß », d. h. zweckrational begründbar sei.

Angesichts der geschilderten Ausfaltung naturrechtlichen Denkens mag unsere Behauptung befremden, die Spätscholastik habe naturrechtliche Aussagen « relativiert », d. h. den Geltungsanspruch des christlichen Naturrechts zurückgebildet, seinen Überzeugungsgehalt gemindert, eine Pluralität divergenter Naturrechtspositionen ermöglicht. Gleichwohl läßt sich dies im Bereich der Ehelehren beobachten. Die Spätscholastik grenzte sich in ihren relativierenden Tendenzen freilich nicht von der mittelalterlich-scholastischen Philosophie ab; vielmehr setzte sie verstärkt und nicht selten auf die Spitze getrieben einen Vorgang fort, der mit der zweckrationalen Grundlegung des Naturrechts durch die Hochscholastik eingeleitet worden war.

Was mit « Relativierung » gemeint ist, wird deutlicher, wenn man die Entwicklung bestimmter naturrechtlich-institutioneller Aussagen von ihrer vorscholastischen Ausprägung an verfolgt. Wir greifen zu diesem Zweck eine kulturelle Selbstverständlichkeit der Christenheit, nämlich das Verbot der Polygamie heraus (unten 2.-5.). Ein Blick auf die Problematik der Ehescheidung soll die Ergebnisse bestätigen (unten 6.).

## 2. Zur Vorgeschichte des Polygamieproblems.

Daß den Christen die gleichzeitige Mehrehe nicht erlaubt sei, gehörte zu den unzweifelhaften Sätzen der mittelalterlichen Ehedisziplin. Freilich ergab sich — was die Polygynie betraf — für Theologie und Kanonistik eine gewisse Schwierigkeit. Bereits die Väterliteratur der Spätantike hatte sich mit dem Umstand zu beschäftigen, daß nicht wenige Patriarchen des Alten Testaments,

so etwa Abraham und Jakob <sup>(2)</sup>, mehrere Frauen hatten, ohne daß von einer göttlichen Mißbilligung zu lesen wäre. Es lag nahe, das Verbot der Vielweiberei als ein speziell christliches zu deuten, das für das auserwählte Volk des alten Bundes seinerzeit nicht gegolten hatte <sup>(3)</sup>. In der mittelalterlichen Theologie setzte sich indes — mit Ausnahmen <sup>(4)</sup> — die Überzeugung durch, daß die Polygamie generell gegen das Naturrecht verstoße. Auch das Dekretale « Gaudemus » Papst Innozenz' III. stellte sich auf diesen Standpunkt. Der Papst bezog sich dabei auf den Schöpfungsbericht im 1. Buch Mose, da es heißt: Der Mann wird Vater und Mutter verlassen und seiner Frau anhangen und es werden zwei in einem Fleische sein. Es ist da nicht gesagt — so argumentierte Innozenz — daß drei oder vier in einem Fleische sein werden, sondern zwei; es heißt da nicht, daß der Mann seinen Frauen anhangen werde, sondern seiner Frau <sup>(5)</sup>. Wenn die Vielweiberei naturrechtlich verboten ist, so mußte erklärt werden, warum die Patriarchen des Alten Bundes mehrere Frauen haben konnten. Es bot sich dabei der Ausweg an, mit einer speziellen Dispensation Gottes vom Polygynieverbot zu operieren <sup>(6)</sup>.

Für die weitere Naturrechtsentwicklung war die Dispenstheorie von großer Tragweite; denn es mußte erörtert werden, was denn das für eine Art Naturrecht sei, das von Gott als dem Schöpfer der Natur ausging und von welchem Gott hinwiederum Ausnahmen zulassen konnte. Ein kurzer Blick auf den Text zur Polygamie bei Thomas von Aquin mag das Problem verdeutlichen. Thomas sieht sich veranlaßt, zwischen den schlechthin unveränderlichen *principia prima* und den nicht ganz so unveränderlichen Derivationen aus den Primärgrundsätzen zu unterscheiden <sup>(7)</sup>. Da das Verbot der Vielweiberei unter die Derivationen oder *praecepta secunda* eingeordnet wird, konnte Gott — aber auch

<sup>(2)</sup> Gen. 16, 2; 29, 23-31.

<sup>(3)</sup> Vgl. AUGUSTINUS, *Contra Faustum*, lib. 21, c. 47 (PL 42, p. 428).

<sup>(4)</sup> Z. B. JOHANNES GERSON, *De floribus regularum moralium sive de moralibus regulis, Opera*, Köln 1483, tom. 2, fol. 122.

<sup>(5)</sup> C. 8 X, IV 19.

<sup>(6)</sup> So auch das Decretale « Gaudemus »: *Nec ulli unquam licuit insimul plures uxores habere, nisi fuit divina relevatione concessum.*

<sup>(7)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

nur er — zur größeren Vermehrung des auserwählten Volkes davon dispensieren <sup>(8)</sup>. Das naturrechtliche Polygynieverbot ist wie folgt begründet. Die Ehe verfolgt drei Zwecke: erstens die Erzeugung und Erziehung der Nachkommenschaft; zweitens das Zusammenwirken von Mann und Frau bei Beschaffung des Lebensnotwendigen, also bei Bewältigung der familiären Aufgaben; drittens aber die Darstellung (*significatio*) des Verhältnisses von Christus und der Kirche. Den ersten Zweck betreffend ist die Vielweiberei nicht gegen das Naturrecht, weil ein Mann mit mehreren Frauen Kinder zeugen und erziehen kann; den zweiten Zweck betreffend ist die Vielweiberei naturrechtswidrig, weil sie zwar die gegenseitige Hilfe von Mann und Frau nicht unmöglich macht, aber behindert, denn eine Mehrheit von Ehefrauen wird zur Störung des häuslichen Friedens führen; den dritten Zweck — nämlich die Darstellung des Verhältnisses von Christus und der Kirche — vereitelt die Vielweiberei gänzlich, da es nur einen Christus und eine Kirche gibt <sup>(9)</sup>. Das Ergebnis ist demnach das Gewünschte; die Polygynie ist naturrechtswidrig, das aber — sieht man vom sakramentalen Aspekt ab — nicht im absoluten Sinne, so daß Gott im Alten Testament die Ehe mit mehreren Frauen zulassen konnte.

Die schon bei Thomas von Aquin spürbare Tendenz zu einer Relativierung der naturrechtlichen Aussage erfährt in der Spätscholastik deutliche Akzente. Es sind vor allem *drei Beobachtungen* zu machen: *Zum ersten* werden bei der Begründung des Polygamieverbots die möglichen Gegenpositionen bereits mitentwickelt (unten 3.); *zum zweiten* erleidet die naturrechtliche Aussage eine Einbuße an Überzeugungskraft durch die zweckrationale Begründung selbst (unten 4.); *zum dritten* aber erweist sich die naturrechtliche Ableitung als so plurivalent, daß für die Aufrechterhaltung der katholischen Ehedoktrin verstärkt die Offenbarung bemüht werden muß (unten 5.).

---

<sup>(8)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 2.

<sup>(9)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

### 3. Die Ausformung der naturrechtlichen Gegenposition in der Argumentation.

Im scholastischen Argumentationsgang werden zunächst die Einwände gegen die Behauptung, die als wahr erwiesen werden soll, formuliert. Es ist dies von größter Bedeutung. Es wird nämlich bei diesem Verfahren das Gegenteil der Behauptung als denkbar, und — was wichtiger scheint — als rational begründbar hingestellt. Die Scholastik bildet auf diese Weise mit ihren sozialen Konzepten zugleich die Gegenmodelle aus. Daß diese schließlich verworfen werden, ist umso weniger von Bedeutung, je schwächer die Replik ausfällt. Bedeutsam ist in diesem Zusammenhang, daß auch divergierende Naturrechtsbegriffe argumentativ erarbeitet werden. So wird von Domingo de Soto wie schon von Thomas von Aquin für die Erlaubtheit der Polygamie die aus dem römischen Recht genommene Naturrechtsdefinition angeführt: *Ius naturale est, quod natura omnia animalia docuit.* (I 1, 2, 1; D 1, 1, 1, 3) <sup>(10)</sup>. Das Argument lautet: da es bei Tieren die mehrfache Geschlechtsverbindung gibt, ist die Mehrehe auch dem Menschen erlaubt. Diese Erwägung zwingt dazu, ein für Menschen und Tiere partiell gleiches Naturrecht anzunehmen <sup>(11)</sup>, nämlich in Beziehung auf die Zeugung und Aufzucht von Nachkommen. Daher soll die Polygamie gerade dem ersten Ehezweck nicht widersprechen. De Soto bringt darüberhinaus unter Berufung auf Cicero die Lehre ins Spiel, daß die Naturrechtssätze zweiten Grades, also die Derivationen von den *principia prima*, nur dann den Charakter einer Vorschrift annähmen, wenn sie durch eine Rechtsgewohnheit oder irgend ein Gesetz bestätigt würden <sup>(12)</sup>. Das hätte zur möglichen Konsequenz, daß

<sup>(10)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

<sup>(11)</sup> Loc. cit., dist. 33, qu. 1, art. 1: *Est autem finis matrimonii triplex, sicuti bonum eius trinum. Primarius quidem est prolis generatio et educatio, qui homini convenit ex natura generis: nempe tanquam uni ex animalibus.*

<sup>(12)</sup> Loc. cit., dist. 33, qu. 1, art. 2: *Attamen alia, quae in isto ordine (scil. principiorum primorum) non collocantur, sed longius derivantur ex eisdem primis principiis, non videntur vim obtinere praecepti quo usque consuetudo vel lex aliqua divina vel humana illud sanciverit: iuxta verbum illud Ciceronianum: Res natura projectas et a consuetudine approbatas legum virtus et religio sanxit. at vero ante*

die Polygynie, wo immer sie Sitte ist, einer Rechtsvorschrift nicht widerspricht und daß auch künftig Situationen eintreten können, in denen sie als nicht verbotene Eheform erscheint. Daß Domingo de Soto den genannten Naturrechtsbegriff schließlich seinen Aussagen nicht zugrundelegt, ist weniger bedeutsam als der Umstand, daß er ihn als möglichen formuliert. Wir finden dieses Verfahren allenthalben. Pedro Ledesma erörtert die Frage, ob Gott in seiner Allmacht nicht auch die Polyandrie oder eine eheliche Gemeinschaft von zwei Männern mit zwei Frauen zulassen könnte und ob nicht auch der Papst vom Gebot der Einehe dispensieren könnte<sup>(13)</sup>. Auch dort, wo die Spätscholastik die Apologie der überkommenen christlichen Aussagen übernimmt, scheint sie besonderen Ehrgeiz darin zu setzen, mit großer Sorgfalt und Schärfe zugleich die Vielfalt des Denkbaren und rational Begründbaren auszubreiten und *pro* und *contra* zu disputieren. Der schier unendliche Pluralismus der Anschauungen mit Hilfe der rationalen Konstruktion, den die Aufklärung ermöglichen wird, hat sein spätscholastisches Vorspiel. Die Denker der Aufklärung werden lediglich die katholisch-dogmatische Klammer beseitigen müssen, um das scheinbar Neue sowohl im Eherecht wie in den Naturrechtsbegriffen selbst übernahmefähig vorzufinden.

#### 4. Die Relativierung naturrechtlicher Aussagen durch ihre zweckrationale Begründung.

Daß die rationale Begründung des Polygamieverbots an sich schon die naturrechtliche Aussage selbst relativieren soll, mag verwunderlich erscheinen. Und doch ist es so. Der Thomismus geht davon aus, daß jede soziale Regel und jede soziale Institution, sofern sie legitim sein sollen, als vernünftig erweisbar sein müssen. Die Folge davon ist ein Begründungszwang auch für die

---

*legem evangelicam nulla invenitur lex plures uxores prohibens; ergo quanquam aliquo modo esset paci conservandae dissonum, nulla tamen erat praeceptorum prohibitio, quae dispensatione indigeret, sed sola consuetudo gentibus approbata pro ratione et necessitate temporum et indigentia propagandi humani generis potuit illud licitum facere.*

<sup>(13)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 65, art. 2 (p. 711, 714); vgl. CAPREOLO, *Defensiones*, lib. 4, dist. 33, qu. 1, art. 33, § 1 (tom. 6, p. 525).

kulturellen Selbstverständlichkeiten. Solange das Verbot der Polygamie gleichsam ohne weitere Diskussion angenommen wurde oder solange es mit einer wörtlichen Interpretation des Schöpfungsberichts begründet werden konnte, trug es einen weithin unverbrüchlichen Charakter. Das wurde anders mit dem Versuch der zweckrationalen Argumentation. Denn im Wechselspiel des Für und Wider wird bereits deutlich, daß die Einehe gar nichts Selbstverständliches ist und daß man — je nachdem, was man in die Prämissen steckt — zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen kann. Die naturrechtliche Aussage trägt dann nicht mehr weiter, als die rationale Begründung, die ihr beigegeben wird.

Daß die Gründe für das naturrechtliche Prinzip der Einehe bei Thomas von Aquin und bei Domingo de Soto, der ihm weit- hin folgt, sehr bestechend seien, wird man nicht behaupten können; sie durften ja auch nicht allzu zwingend ausfallen, weil sonst wiederum die Annahme einer göttlichen Dispensation in Gefahr geriete. Auch nach de Soto verstößt die Mehrheit von Ehefrauen nicht gegen den ersten Ehezweck der Zeugung und Erziehung, sondern gegen die weiteren Zwecke, nämlich die häusliche Kooperation von Mann und Frau und die sakramentale Bezeichnung. Sehen wir vom sakramentalen Aspekt einmal ab, weil sein Einsatz für ein naturrechtliches Ergebnis ohnehin fragwürdig erscheint, so bleibt als tragender Grund des Naturrechtssatzes die Behauptung, eine Mehrheit von Ehefrauen stehe der häuslichen Handlungs- und Pflichtengemeinschaft entgegen <sup>(14)</sup>. Warum aber soll ein Mann nicht mit mehreren Frauen zusammenleben können? Schon Thomas von Aquin gesteht zu, daß der zweite Ehezweck nicht gänzlich aufgehoben werde <sup>(15)</sup>. De Soto schwächt diese Position weiter ab. Er hält die Vielweiberei aus folgenden Gründen für naturwidrig: der Mann wäre nicht in der Lage, den Forderungen von mehreren Frauen, die eheliche Pflicht zu erfüllen, gleicherweise nachzukommen; unter diesen Umständen diene die Ehe auch nicht dem Zweck, Heilmittel gegen die se-

<sup>(14)</sup> *Vicaria communicatio actionum et officiorum, quae sunt, tum in officium generandi, tum toti transigendae vitae humanae necessaria.* In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1; vgl. SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 7, dip. 80, n. 8: *Tranquilla ac pacifica cohabitatio coniugum ac gubernatio domestica.*

<sup>(15)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 2.



xuelle Gier zu sein; ziehe der Mann eine Frau vor, so werde die andere des Ehemanns beraubt; zwischen den Ehefrauen könne Frieden nicht herrschen, Zank und Streit erfüllten das Haus <sup>(16)</sup>. Diese Argumentation verliert viel an Gewicht, wenn man bedenkt, daß die scholastische Ehemoral den ehelichen Akt ohnehin allein zu Zeugungszwecken zuläßt. De Soto erkennt denn auch an, daß ein Mann durchaus mit mehreren Frauen zusammenleben könnte, wenn diese nur ehrenhaft und sittsam (*honestae, probae*) seien.

Die Zweifel an der Stringenz der Begründung mehren sich, wenn man hinzunimmt, was zur göttlichen Erlaubnis der Mehrehe zur Zeit des Alten Testaments gesagt ist. Die Theologen der Spätscholastik begnügen sich nämlich nicht mit der Feststellung, daß Gott die Macht zu einer solchen Dispensation habe; auch hier wird nach den Sachgründen gesucht. Lassen sich solche Gründe finden, so wird fraglich, warum es einer besonderen Erlaubnis Gottes für etwas bedarf, das die Vernunft ohnehin als zulässig oder geboten erweist. Demgemäß heißt es bei Giovanni Capreolo: *Optimus status matrimonii est unius cum una, sed non est malus unius cum pluribus, si subsit causa* <sup>(17)</sup>. Francisco de Vitoria zählt die Polygynie zu den Dingen, die dergestalt unehrenhaft und verboten sind, daß sie wegen schwerwiegender Gründe erlaubt sein können, weil nämlich in diesem Bereich den Dingen die Qualität des Guten nicht unveränderlich und notwedig zukommt: sie erhalten vielmehr gemäß dem Unterschied der Zeit, des Orts, der Umstände und Bedingungen eine Veränderlichkeit <sup>(18)</sup>.

Von einer solchen Position aus gesehen erscheint die Annahme einer göttlichen Dispensation überflüssig. Dies wird noch deutlicher, wenn man sich den Dispensationsakt näher besieht. Schon Thomas von Aquin nimmt keinen äußeren Vorgang an, sondern eine *inspiratio interna* <sup>(19)</sup>. Von da aus war kein weiter Schritt nötig, um die Inspiration auf die Vernunft selbst zurückzuführen <sup>(20)</sup>. Folgerichtig müßte man annehmen, daß die Polygynie

<sup>(16)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

<sup>(17)</sup> CAPREOLO, *Defensiones*, lib. 4, dist. 33, qu. 1, art. 3, § 1 (tom. 6, p. 525).

<sup>(18)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. 2 (p. 479); in 1.2., qu. 94, art. 5.

<sup>(19)</sup> *Summa Theologica*, 3., Suppl., qu. 65, art. 2.

<sup>(20)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 2; vgl. BELLARMINO,

in bestimmten geschichtlichen Situationen erlaubt ist. Warum ist dann überhaupt noch von göttlicher Dispensation die Rede? Der Grund dafür dürfte in dem Bestreben der Spätscholastiker liegen, die Erlaubtheit der Vielehe auf das Gottesvolk des Alten Bundes zu beschränken und somit den Standpunkt des kanonischen Rechts zu stützen, wonach die Mehrehen der Heiden unwirksam sind. Die Dispenstheorie macht in diesem Zusammenhang deutlich, daß nur dem auserwählten Volk des Alten Bundes die Mehrehe erlaubt war. Freilich gibt es auch Autoren, die, wie Bellarmin, die Dispensation zur Zeit des Alten Testaments auch auf die heidnischen Völker erstrecken <sup>(21)</sup>. Auch er vermeidet jedoch die dem kanonischen Recht zuwiderlaufende Konsequenz, daß auch noch nach Christi Erscheinen die heidnische Polygamie erlaubt ist. Von solchen apologetischen Positionen abgesehen bleibt eine Naturrechtstheorie, die der Konzeption eines dynamischen, geschichtlichen Naturrechts außerordentlich nahe kommt.

Der zwiespältige Eindruck, den die auf Thomas fußende Begründung zum naturrechtlichen Verbot der Mehrehe hinterläßt, hat andere Autoren der Spätscholastik nach weiteren Lösungen suchen lassen. Gestützt auf einen Text in der Summa contra Gentes <sup>(22)</sup> vertritt z. B. Pedro Ledesma <sup>(23)</sup> die Auffassung, daß die Vielweiberei auch dem ersten Ehezweck, insonderheit der Kindererziehung widerstreite. Dann ergibt sich freilich die Schwierigkeit zu begründen, warum Gott den Vätern des alten Bundes etwas erlaubt haben soll, was gegen den Primärzweck der Ehe geht. Ledesma greift in diesem Zusammenhang zu Begründungen, die uns den voluntaristischen Einschlag bei einem Teil der Spätscholastiker bezeugen: Gott kann dies eben in seiner Allmacht bewirken, er könnte auch die Ehe einer Frau mit mehreren Män-

---

*Disputationes*, lib. de matr., contr. 3, cap. 11, prop. 3. Vgl. auch SANCHEZ im Zusammenhang mit der göttlichen Dispensation von der Unauflöslichkeit: *hanc dispensationem Christi non esse praeter, aut supra talis matrimonii naturam*, *Disputationes*, lib. 2, disp. 13, n. 10.

<sup>(21)</sup> BELLARMINO, contr. 3, cap. 11, prop. 5; vgl. SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 7, disp. 80, n. 21.

<sup>(22)</sup> Lib. 3, cap. 124.

<sup>(23)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 65, art. 1 (p. 696).

nern gestatten <sup>(24)</sup>, er könnte die Mehrehe sogar als Inbegriff mehrere sakramentaler Verbindungen zulassen <sup>(25)</sup>. Es gibt sogar die Auffassung, so bei Pedro de Soto, daß auch die Ehe im Alten Testament und somit die polygynische Verbindung Sakrament gewesen sei <sup>(26)</sup>. Andere wiederum, wie Caietan, verzichteten angesichts der Schwierigkeiten darauf, das Verbot der Polygamie naturrechtlich zu verankern und rufen positive Rechtsvorschriften zur Hilfe <sup>(27)</sup>.

Wir sehen also: der Versuch der zweckrationalen Begründung naturrechtlicher Aussagen vermehrt die Zweifel und begünstigt sowohl voluntaristische Argumentationshilfen als auch die Reduzierung der naturrechtlichen Aussage selbst. Gleichwohl blieb die These vom naturrechtlichen Verbot der Vielehe und der göttlichen Dispensation in der Spätscholastik die herrschende Auffassung. Wiederum sind die von der Spätscholastik vorgeführten Denkmöglichkeiten wirkungsgeschichtlich interessanter als die Ergebnisse: Das Naturrecht der Aufklärung wird bis etwa um die Mitte des 18. Jahrhunderts das Problem der Mehrehe zwar vielfach mit anderen Ergebnissen, aber in etwa den gleichen Argumentationsbahnen traktieren wie die Theologen der Spätscholastik <sup>(28)</sup>.

---

<sup>(24)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 65, art. 2, concl. 3 (p. 704). Zum nominalistischen Einfluß auf die Spätscholastik z. B. W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, Münster 1959, pp. 12 ss.; F. X. ARNOLD, *Die Staatslehre des Kardinals Bellarmin*, München 1934, pp. 14 ss.; H. WELZEL, *Naturrecht und materiale Gerechtigkeit*, 4. Aufl., 1962, p. 89 ss.; Zur Geschichte von Nominalismus und Thomismus vor allem C. GIACON, *La Seconda Scolastica*, tom. I, Milano 1943, pp. 13 ss.

<sup>(25)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 65, art. 2 (p. 713). Ob Gott das Ehesakrament so einrichten könne, daß ein Mann mit zwei Frauen in einem und demselben Ehesakrament verbunden seien, diskutiert Ledesma *pro* und *contra*, ohne eindeutige *conclusio* (p. 714).

<sup>(26)</sup> *Tractatus*, pars I, *De matrimonio*, lect. 2 (p. 371): *Fuit igitur matrimonium etiam in lege veteri sacramentum, Paulo id aperte testante. Nam pluralitas illa uxorum (ut Augustinus inquit) gentium omnium ecclesias significabat coniugandas Christo*. Verwiesen ist auf Augustins Schrift *De bono coniugali*, cap. 17.

<sup>(27)</sup> CAJETANUS, *Comment. in S. Script.*, ad Gen. 16 (nach G. H. JOYCE, *Die christliche Ehe*, Leipzig 1934, p. 637, n. 11).

<sup>(28)</sup> Siehe Näheres bei M. ERLE, *Die Ehe im Naturrecht des 17. Jahrhunderts*, Göttingen 1952; A. DUFOUR, *Le mariage dans l'école allemande du droit naturel moderne au XVIIIe siècle*, Paris 1972.

### 5. Der Einsatz der Offenbarung als Argumentationshilfe.

Die dritte Beobachtung, die auf eine Relativierung der naturrechtlich-institutionellen Gehalte hinweist, betrifft den Einsatz der Offenbarung in der naturrechtlichen Argumentation. Wir geraten damit in das schwierige Problem des Verhältnisses von Naturerkenntnis und Offenbarung, zu dem die Spätscholastik eine große Zahl aufsehenerregender Texte hinterlassen hat, ohne zu einer die Aufklärung überzeugenden Lösung zu gelangen.

Thomas selbst ist es gewesen, der eine Scheidung der bis ins 12. Jahrhundert vermischten Rechtsquellen eingeleitet hat. Ausgangspunkt ist der Begriff der *lex divina*, welche formal bestimmt erscheint: gemeint ist die *lex vetus* des alten und die *lex nova* des Neuen Testaments<sup>(29)</sup>. Die *lex divina* ist nun weder identisch mit der *lex naturalis*, noch ihr Gegensatz: vielmehr ist ein Teil der biblischen Aussagen, nämlich soweit sie moralischer Natur sind<sup>(30)</sup>, naturrechtlicher Art und kann daher auch mit den Mitteln der Vernunft ohne Offenbarung erkannt werden. Ein anderer Teil der biblischen Aussagen, nämlich solche zeremonieller und iudizieller Art, gehört nicht dem Naturrecht an, sondern beruht auf einer nicht aus der Sachstruktur herleitbaren Anordnung Gottes; diese Rechtsquelle nennt die Spätscholastik *ius divinum positivum*. Zum *ius divinum positivum* des Alten Testaments zählen insbesondere die jüdischen Ritualvorschriften, die als aufgehoben gelten; zum *ius divinum positivum* des Neuen Testaments gehört insbesondere das christliche Sakramentalrecht<sup>(31)</sup>.

Man sieht: Naturrecht und Offenbarung stehen nicht in einem Gegensatz; vielmehr ist in der Offenbarung das Naturrecht, das an sich auch ohne sie erkennbar ist, mitformuliert. Biblische Argumente sind demnach auch nach Thomas von Aquin innerhalb der Naturrechtsdiskussion zulässig. Das gilt auch für die Schöpfungsgeschichte: Denn die *lex naturalis* gilt, weil Gott die Natur mit ihren erkennbaren Strukturen so und nicht anders geschaffen hat; wie er sie aber geschaffen hat, ist dem Buche

<sup>(29)</sup> *Summa theologica*, I. 2., qu. 91, art. 5.

<sup>(30)</sup> *Summa theologica*, I. 2., qu. 98, art. 5; qu. 99, art. 2; qu. 99 art. 23 ad.

<sup>(31)</sup> *Summa theologica*, I. 2., qu. 108, art. 2.

Genesis zu entnehmen. Andererseits aber sind nicht alle biblischen Aussagen naturrechtlicher Art; ein Teil wendet sich als positives Recht Gottes nur an das auserwählte Volk des Alten Bundes oder an das Gottesvolk des Neuen Testaments. In dieser Differenzierung liegt der Beginn einer modernen Entwicklung: noch nicht der Trennung von Naturrecht und Offenbarung überhaupt, aber doch der Trennung eines Teils der Offenbarung vom Naturrecht.

Von der Spätscholastik ist bekannt, daß einige ihrer Vertreter das Problem der Unterscheidung von Naturerkenntnis und Offenbarung vorangetrieben haben, und zwar in Richtung auf eine über Thomas hinausgehende Trennung beider Quellen <sup>(32)</sup>. Ist bei Thomas die *lex aeterna*, Gott selbst, die Quelle beider, so scheinen viele spätscholastische Texte die *ratio* zu subjektivieren und als kreatives Prinzip Gott an die Seite zu stellen: *Deus et natura ... constituerunt* <sup>(33)</sup>. Die Vernunft erhält — jedenfalls in gewissen Zungenschlägen — eine Art autonomen Charakters. Für die Frage, ob der Staat das Glück der Menschen zum Ziele habe, verwendet Suarez den Arbeitsbegriff der *natura pura, natura seclusa fide* <sup>(34)</sup>, Formulierungen, wie sie sich später bei Pierre Bayle — freilich mit anderen Konsequenzen — wiederfinden werden <sup>(35)</sup>. Auch in eherechtlichen Zusammenhängen sind derartige Formulierungen aufweisbar. Ledesma verwendet für die Frage der Ehescheidung Beweise *ex principiis naturae seclusa omni relevatione* <sup>(36)</sup>. Gabriel Vazques handelt von der Einrichtung der Ehe unter völliger Ausschaltung eines göttlichen Schöpferwillens; nach ihm ist die Institution der Ehe nicht aus dem freien Willen Gottes geschehen, sie ist gar nichts anderes als die *ratio* und das Wesen des Ehekonsenses selbst <sup>(37)</sup>. Vitoria dreht bei der Frage des naturrecht-

---

<sup>(32)</sup> Dazu: WILHELM WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, p. 53 ss.; FRANZ XAVER ARNOLD, *Die Staatslehre des Kardinals Bellarmin*, p. 51 ss.

<sup>(33)</sup> VITORIA, *Relectio de matrimonio*, p. 1 (p. 444).

<sup>(34)</sup> *Tractatus de legibus*, lib. 3, cap. 11, § 7 (p. 136, 137).

<sup>(35)</sup> Nouvelles lettres de l'auteur de la Critique General de l'histoire du Calvinisme, lettre 17, § 3 (Oeuvres diverses, Den Haag 1737, tom. 2, pp. 165 s.).

<sup>(36)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 67, art. 1 (p. 734).

<sup>(37)</sup> *Tractatus*, pars 1, disp. 1, cap. 2, § 10 (tom. 4, p. 295): *Si de primo sermo*

lichen Verbots der Verwandtenehe das Verhältnis von Gottesrecht und Vernunft geradezu um: Die Frage, welche Personen nach göttlichem Recht einander nicht heiraten dürfen, kann nur durch die natürliche Vernunft bestimmt werden <sup>(38)</sup>.

Nach dem Gesagten widersprach der Einsatz des sakramentalrechtlichen Arguments für das naturrechtliche Polygamieverbot durch Thomas von Aquin schon dessen eigener Rechtsquellenlehre. Umso eher hätte man erwarten müssen, daß die sakramentale Struktur der christlichen Ehe in den naturrechtlichen Ableitungen der Spätscholastik keinen Platz mehr finden würde. Das Gegenteil ist bei vielen Spätscholastikern der Fall. So begründet Domingo de Soto den Einsatz sakramentalrechtlicher Argumente für die naturrechtliche Ableitung mit der vorscholastischen, von Isidor von Sevilla übernommenen Naturrechtsdefinition: *ius naturale est, quod in lege et in evangelio continetur*. Unter diesem Aspekt, sagt de Soto, ist es für die Christen naturrechtswidrig, mehrere Frauen zu haben <sup>(39)</sup>. Es scheint also ein spezielles Naturrecht für Christen zu geben. Bei diesem Standpunkt bleibt de Soto aber nicht stehen. Die Frage, ob nach der Verkündung des Evangeliums jemand mehrere Frauen haben dürfe und ob jetzt noch eine Dispensation vom Verbot der Mehrehe möglich sei, verneint er nicht nur für Christen, sondern für alle Menschen: *ab orbe redempto* hat die christliche Ehe den Charakter eines Sakraments und dies geht alle Menschen an, da das Evangelium für alle Völker verkündet

---

*sit (scil.: de institutione matrimonii in genere humani contractus), existimo matrimonii institutionem non voluntate humana, neque divina libere factam fuisse, sed naturali iure constare, nam institutio matrimonii nihil aliud est, quam ipsa ratio, et essentia contractus matrimonii secundum se ...*

<sup>(38)</sup> Unter der Voraussetzung, daß das Neue Testament nichts oder nichts Hinreichendes aussagt, *Relectio de matrimonio*, p. 2 (p. 470). Zu diesem Zusammenhang: H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, ZRG (GA) 70 (1953), p. 240 s.

<sup>(39)</sup> *Rursus quia Deus est principium supremum totius naturae, id etiam quod homini a Deo in evangelio praeceptum est, appellavit quoque Isidorus ius naturae, dicens, Ius naturale est quod in lege et in evangelio continetur... Et hoc modo singulariter Christianis contra ius naturae est plures uni uxores nubere: ut pote quorum matrimonium est sacramentum, coniunctionem Christi et ecclesiae demonstrans.* In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

ist <sup>(40)</sup>. Das Naturrecht hat demnach mit der Verkündung des Evangeliums nicht nur für die Christen, sondern für alle Menschen einen neuen Charakter angenommen. Eine solche Naturrechtskonzeption erstrebt das genaue Gegenteil der Trennung von Vernunft und Offenbarung, sie stattet auch das Sakramentalrecht mit naturrechtlichem Geltungsanspruch aus. Erneut erweist sich die Spätscholastik nicht als einheitliche Geistesbewegung. Der Satz von Melchior Cano: *Perveniunt itaque homines fundamenta naturae, cum illam a fide sejungunt* <sup>(41)</sup> wendet sich auch gegen Tendenzen, die in der spanischen Spätscholastik wirksam sind.

Was hat der Einsatz der Offenbarung für das Naturrecht mit dessen Relativierung zu tun? Beide Naturrechtskonzeptionen, sowohl diejenige, die Naturerkenntnis und Offenbarung trennen will, als auch diejenige, die mit Hilfe der Offenbarung das Naturrecht konzipiert, setzen angesichts der Verfügbarkeit der aus der bloßen Sachstruktur gewonnenen Argumente die Offenbarung als den rettenden Anker des kulturellen Selbstverständnisses ein. Gemeinsam ist die Überzeugung, daß die Ehe mit mehreren Frauen nicht mit der vorgegebenen Ordnung übereinstimmt. Die rein zweckrationale Argumentation hat zwiespältige und auch differierende Ergebnisse gebracht. Nun aber ist es die Offenbarung Gottes, die das Ergebnis stabilisiert: Entweder indem ein positiver Befehl das untersagt, was als naturrechtswidrig nicht hinreichend sicher erkannt werden kann; oder aber indem das christliche Sakramentalrecht der naturrechtlichen Argumentation die eigentliche Stütze gibt. Die Aufklärung wird nur noch die Offenbarung als sozialrelevante Rechtsquelle beseitigen müssen, um dem naturrechtlichen Polygamieverbot seine Überzeugungskraft zu nehmen.

## 6. Das naturrechtliche Verbot der Ehescheidung.

Die Tendenzen bei der Behandlung des Naturrechts, welche die Erörterungen zur Polygamie auszeichnen, sind typisch für

---

<sup>(40)</sup> *Loc. cit.*, dist. 33, qu. 1, art. 2; ähnlich SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 7, disp. 80, n. 14.

<sup>(41)</sup> *De locis theologicis libri duodecim* (Ed. Salamanca 1563), lib. 12, cap. 4 (p. 403).

alle naturrechtlichen Aussagen der Spätscholastik über die Ehe. In Kürze sei noch das Problem der Ehescheidung herausgegriffen. Dabei soll unter « Scheidung » (*divortium, repudium*) ausschließlich verstanden werden die gänzliche Aufhebung einer gültig geschlossenen Ehe mit dem Recht der Geschiedenen, anderweitig zu heiraten; es scheiden also aus der Betrachtung aus die Ungültigkeitserklärung der Ehe aufgrund von Mängeln im Entstehungstatbestand und die bloße *separatio quoad thorum et mensam*.

Aus dem Mittelalter übernahm die Spätscholastik die Überzeugung, daß der Ehe von Natur das Strukturprinzip der Unauflöslichkeit (*inseparabilitas, indissolubilitas*) bis zum Tode eines Gatten eigen sei und daß die Ehescheidung im genannten Sinne gegen das Naturrecht verstoße <sup>(42)</sup>. Auf diesen Standpunkt hatte sich auch das zitierte Dekretale « Gaudemus » gestellt, indem es anordnete, daß ein Heide, der seine erste Frau verstoßen und eine andere geheiratet hat, nach Empfang der Taufe zur ersten Frau zurückkehren müsse <sup>(43)</sup>. Der Annahme eines naturrechtlichen Verbots der Ehescheidung standen aber wiederum Hindernisse im Weg.

Erstens war die Verstoßung der Ehefrau nach den Gesetzen des Alten Bundes möglich (Deut. 24, 1-4). Zweitens hat der Apostel Paulus dem zum Christentum Bekehrten gestattet, erneut zu heiraten, wenn sein bisheriger Ehegatte sich wegen des Glaubenswechsels von ihm trennt (Privilegium Paulinum; 1. Kor. 7, 12-15). Drittens bejahte das kanonische Recht die Auflösbarkeit einer gültig geschlossenen, körperlich aber noch nicht vollzogenen Ehe durch feierliches Keuschheitsgelübde oder durch päpstlichen Dispens <sup>(44)</sup>. Wie konnte unter solchen Umständen von einem naturrechtlichen Verbot der Ehescheidung gesprochen werden?

Eine Naturrechtsdoktrin, welche alle diese Erscheinungen mit dem Prinzip der Unauflöslichkeit vereinen wollte, mußte das Prinzip selbst abschwächen. Als absolut unauflöslich konnte nur die christliche Ehe nach ihrem geschlechtlichen Vollzug bezeichnet werden, im übrigen mußten die Ausnahmen folgerichtig auf die

---

<sup>(42)</sup> Quellen bei G. H. JOYCE, *Die christliche Ehe*, pp. 340 ss.

<sup>(43)</sup> C. 8 X, IV 19.

<sup>(44)</sup> Vgl. c. 7 X, III 32; c. 3 X, IV 3.



Prämisse zurückwirken. Indem die Spätscholastik die Aufgabe, ein in sich widerspruchsfreies, von den Sachstrukturen ableitbares System aufzufinden, von der mittelalterlichen Philosophie übernahm, war sie gezwungen, auch in der Scheidungsfrage eine stimmige, zweckrational begründete Lösung zu finden. Nun ist freilich anzumerken, daß die meisten Theologen dieser Zeit ein päpstliches Dispensrecht hinsichtlich der noch nicht vollzogenen Ehe strikt und nicht ohne Polemik gegen die Juristen ablehnten <sup>(45)</sup>. Gleichwohl blieben vor allem die Scheidungsfälle im Alten Testament und blieb das Privilegium Paulinum naturrechtlich zu bewältigen. Das Ergebnis ist wiederum eine Relativierung der naturrechtlichen Aussage auch dort, wo sie im Ergebnis aufrechterhalten wird.

Es fällt auf, daß die Theologen der Spätscholastik auch bei der Erörterung der Unauflöslichkeit im Verlaufe ihres diskursiven Argumentationsstils die naturrechtlichen Gegenkonzepte selbst ins Spiel bringen und ausformulieren. Kennzeichnend dafür ist der Umstand, daß ausführlich erörtert wird, ob die Ehe zur Verfolgung ihrer Zwecke überhaupt als Dauergemeinschaft eingerichtet sein muß <sup>(46)</sup>; weder der *vagus concubitus* noch die Platonische Frauengemeinschaft <sup>(47)</sup> sind ausgespart. Als Gründe für eine Auflöslichkeit der Ehe werden insbesondere die folgenden erwogen:

a) Die Ehe ist ein Vertrag zwischen Mann und Frau; Verträge können aber durch die gleiche Ursache, durch die sie entstehen, wieder beseitigt werden. Demzufolge müßte es die einverständliche Ehescheidung geben <sup>(48)</sup>.

b) Die Ehe ist ein Vertrag; Verträge werden aber durch Verletzung der Vertragstreue in wesentlichen Punkten aufgelöst; also würde z. B. der Ehebruch die Ehe auflösen <sup>(49)</sup>.

<sup>(45)</sup> Vgl. für viele LEDESMA, *Tractatus*, qu. 67, art. 2; anders CAJETANUS, *Opuscula aurea, de matr.*, fol. 5.

<sup>(46)</sup> Z.B.: ausführlich bei VITORIA, *Selectio de matrimonio*, p. 1 (pp. 430-431), unter der interessanten Fragestellung, ob die Frau allein für die Kinder sorgen und sie erziehen könnte; DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 26. qu. 1, art. 1.

<sup>(47)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 26, qu. 1, art. 1.

<sup>(48)</sup> DOMINGO DE SOTO, *loc. cit.*, dist. 27, qu. 1, art. 1; PEDRO LEDESMA, *Tractatus*, qu. 67, art. 1 (p. 733); siehe schon RICHARD VON MIDDLETOWN, in 4. Sent., dist. 26, qu. 1, concl. 1; PANORMITANUS, in c. 7 X, III 39, n. 13.

<sup>(49)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 62, art. 5 (p. 659).

c) Zweck der Ehe ist die Zeugung und Aufzucht der Kinder; die Erziehung der Kinder ist aber erreicht, wenn sie erwachsen sind. Also könnte sodann die Ehe wegen Zweckerreichung aufgelöst werden <sup>(50)</sup>.

d) Aus dem gleichen Grunde könnte oder sollte die Ehe aufgelöst werden, wenn die Frau unfruchtbar ist, weil dann die Ehe ihren Zweck verfehlt <sup>(51)</sup>.

Man wird bemerken, daß dies Scheidungsursachen aus dem Bereich des Vertrags- und Gesellschaftsrechts sind, die bei den Naturrechtlern der Aufklärung eine erhebliche Rolle gespielt haben. Hinzu kommt auch bei dieser Gelegenheit das Abtasten möglicher Naturrechtsbegriffe. Vor allem wird die Frage gestellt, inwiefern die Ehescheidung dem Naturrecht widerstreiten könne, da doch alle Völker vor Christi Erscheinen, auch wohlgeordnete Staatswesen der Antike <sup>(52)</sup>, die Unauflöslichkeit der Ehe nicht gekannt hätten <sup>(53)</sup>.

Ähnlich wie beim Polygamieverbot fallen die Gründe für eine naturrechtliche Disqualifikation der Ehescheidung recht schwach aus. Thomas von Aquin hatte die natürliche Unauflöslichkeit der Ehe auf die Erwägung gegründet, die Ehe sei zu dem Zweck eingerichtet, daß die Kinder ständig erzogen würden. Die Erziehungsaufgabe bestehe nämlich für das gesamte Leben. Es sei daher naturrechtlich bestimmt, daß die Eltern ihre Kinder mit Gütern ausstatten und von ihnen beerbt werden. Da die Kinder aber dem Mann und der Frau gemeinsam seien, müßten diese in ständiger, ungeteilter Gemeinschaft beeinander bleiben <sup>(54)</sup>. Gott könne aber von der Unauflöslichkeit dispensieren <sup>(55)</sup>.

Die Theologen der Spätscholastik sind mit dieser Begründung zum Teil nicht zufrieden. Die Kritik von Domingo de Soto sei herausgegriffen. Er hält es für gewiß, daß die Unauflöslichkeit

---

<sup>(50)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1; LEDESMA, *Tractatus*, qu. 41, art. 1 (p. 5); qu. 67, art. 1 (p. 733).

<sup>(51)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1.

<sup>(52)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 67, art. 1 (p. 732).

<sup>(53)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1; vgl. THOMAS DE AQUINO, *Summa theologica*, 3., Suppl., qu. 67, art. 1, 1.

<sup>(54)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 1.

<sup>(55)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 1, art. 2.

der Ehe nicht auf die Vorsorge für das Erbe gestützt werden kann, die er nicht für so sehr notwendig hält. Demgegenüber begründet er die Unauflöslichkeit allein mit der elterlichen Pflicht, die Kinder zu erziehen und ihnen Unterhalt zu leisten. Dem erwarteten Argument der Zweckerreichung entgeht er mit folgender Rechnung: Die Frau kann bis zum 45. Lebensjahr gebären, der Mann noch nach dem 70. zeugen. Angenommen, die Kinder sind bis zum 20. Lebensjahre erziehungsbedürftig, so ergibt sich die Pflicht, der Ehegatten, bis an ihr Lebensende zusammenzubleiben, denn das ganze Leben der Ehegatten ist der Aufgabe der Kinderzeugung geweiht. Der Umstand, daß Greise und unfruchtbare Menschen keine Kinder mehr hervorbringen können, erscheint unwesentlich<sup>(56)</sup>. Die Unauflöslichkeit der Ehe besteht demnach nur um der Kindererziehung willen; Gott kann von ihr deshalb Befreiung erteilen, weil er anderweitig für die Kinder zu sorgen vermag. Ob die naturrechtliche Ableitung mit solchen Gründen stringenter wird, sei nicht ausführlich erläutert. Man wird fragen, ob nicht auch andere Personen als die leiblichen Eltern für die Kinder sorgen können. Bejaht man das, so droht die Schlußfolgerung in sich zusammenzustürzen. Das Kindeswohl wird freilich nicht als einziger Punkt für die Unauflöslichkeit ins Treffen geführt. Die gegenseitige Liebe, so wird gesagt, ermahnt die Eheleute, zusammenzubleiben<sup>(57)</sup>; die unterschiedlichen Fähigkeiten von Mann und Frau bedingen ihr ständiges Zusammenleben in der Familie, in der sie sich ergänzen<sup>(58)</sup>. Bei all dem muß man wiederum bedenken, daß die naturrechtlichen Gründe für

---

<sup>(56)</sup> In 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1: *Secundo, quia hac providentiae ratione seclusa alimentatio et educatio puerorum usque ad adolescentiam perpetuitatem per se exposcit matrimonii: nam tota coniugum vita dicata est per se filiis procreandis: postest enim uxor quadragesimo secundo anno, et usque ad quadragesimum quintum generare, et vir etiam post septuagesimum: quare si addas viginti annos filii, ad quam usque aetatem est educandus, profecto matrimonium per totam vitam coniugum duraturum per species. Et quamvis aliqui sint steriles vel senes, qui iam generare cessarunt, illud est accidentarium, et lex non debet ad ea quae accidunt prospicere, sed ad id, quod est per se.* Ähnlich LEDESMA, loc. cit., qu. 67, art. 1 (p. 734); ganz anders in der Beurteilung der Sterilität SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 2, disp. 13, n. 7.

<sup>(57)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1.

<sup>(58)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 26, qu. 1, art. 1.

das Scheidungsverbot nicht allzustark ausfallen dürfen, weil es dispensabel bleiben muß. Die göttliche Dispensation betreffend gilt aber das anlässlich der Mehrehe Gesagte: Wiederum stellt sich die Frage, ob nicht die Natur selbst im Falle wichtiger Ursachen die Ehescheidung erlaubt.

In dieser Lage ist es wiederum nicht erstaunlich, daß einige Spätscholastiker das Prinzip selbst verlassen und die Scheidung der Ehe aus bestimmten Gründen für möglich halten, wie es Cajetan sogar für die christliche Ehe tut <sup>(59)</sup>.

Auf der anderen Seite bleibt vielen Autoren der Spätscholastik wiederum nur der Ausweg, den naturrechtlichen Befund mit Hilfe des göttlichen Sakramentalrechts zu stützen. Denn daß kraft göttlichen Sakramentalrechts die christliche Ehe einen besonderen, die « Naturehe » weit übersteigenden Grad der Unauflöslichkeit erhalten habe, ist fast allgemeine Auffassung. Wiederum aber wirkt dies auf die naturrechtliche Ableitung zurück. Domingo de Soto weiß sich gegen das vertragsrechtliche Argument für eine einverständliche Scheidung nicht anders zu wehren als mit dem Satz: *Unde licet conciliatio matrimonii ex mutuo consensu contrahentium pendeat: lege tamen divina, qua institutum est sacramentum, fit illico indissolubile, ut per contrarias voluntates dissolvi nequit* <sup>(60)</sup>. Besonders interessant ist der Einsatz der Offenbarung für das Prinzip der Unauflöslichkeit bei Thomas Sanchez. Sanchez unterscheidet eine gewisse Unauflöslichkeit (*aliquo modo minor*) <sup>(61)</sup> von der gänzlichen. Die gänzliche Unauflöslichkeit kommt nur der vollzogenen Ehe zu, und zwar nicht aufgrund Naturrechts, auch nicht aufgrund Sakramentalrechts, sondern aufgrund der positiven Weisung Christi, daß die Ehe die untrennbare Vereinigung Christi

<sup>(59)</sup> Comment. in Matth. 19, 9 (nach JOYCE, *op. cit.*, p. 598). Daß Cajetan die Naturehe für auflöslich hält, ergibt sich aus einem Text in: *Opuscula aurea, De matr.: Si attendamus in omnibus et in singulis conditionibus: quas habet: secundum quod est naturae officium: quaestio haec clara est: quia constat: matrimonium esse dissolubile, etiam post consummationem, ut patet de coniugio infidelium.*

<sup>(60)</sup> In 4. Sent., dist. 27, qu. 1, art. 1. Ähnlich wendet sich DE SOTO gegen das Argument, nicht alle Völker bestätigten das Scheidungsverbot, das doch — wenn naturrechtlich — allen ins Herz geschrieben ist; er antwortet, dies geschehe deshalb nicht, weil allein die *lex Christi* die Menschheit zur Vollendung führe, dist. 33, qu. 2, art. 1.

<sup>(61)</sup> SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 2, disp. 13, n. 9, 10.

mit der Kirche, die mit Christi Fleischwerdung vollzogen ist, bezeichnen soll <sup>(62)</sup>. Nach Naturrecht hingegen ergibt sich ein Grundsatz der Unauflöslichkeit, der Ausnahmen verträgt. Aber auch diese naturrechtliche Unzertrennlichkeit soll — da die Ehe Vertrag ist — nicht aus der *natura nude sumpta* folgen, sondern aus der mit der göttlichen Einsetzungen verbundenen Natur <sup>(63)</sup>. Die positive Weisung Christi über die völlige Unauflöslichkeit der vollzogenen Ehe wirkt überdies nach Christi Erscheinen auch auf die Ehen von Ungetauften, die dann nur noch kraft göttlicher Dispensation gemäß dem Privilegium Paulinum lösbar sind: *lex enim Christi obligat omnes* <sup>(64)</sup>.

Sieht man die Erörterungen der Polygamie und Ehescheidung bei den Spätscholastikern im Zusammenhang, so wird eine gewisse Spannung deutlich zwischen der apologetischen Aufgabe einer Festigung der mittelalterlichen Katholizität und dem Willen, mit der zweckrationalen Erfassung der Welt bis an die Grenzen des damals Denkmöglichen vorzustoßen. Daraus resultiert die vielfach zu beobachtende Kühnheit der Argumente, während die Resultate oft herkömmlich bleiben. Das Neuland wird entdeckt, es wird in Augenschein, aber nicht in Besitz genommen. Dies vor allem, so scheint es mir, unterscheidet die Spätscholastik von dem Naturrechtssystem der frühen Aufklärung.

## II. - DIE EINBEZIEHUNG VON EHE UND FAMILIE IN DIE POLITISCH-SOZIALE ORDNUNG.

### I. Einführung.

Der kirchliche Einfluß auf das Eherecht im Mittelalter hatte auf nicht wenigen Gebieten zu einer gewissen Divergenz zwischen den Normen und den gesellschaftlichen Interessen geführt. Das

<sup>(62)</sup> *Loc. cit.*, lib. 2, disp. 13, n. 7.

<sup>(63)</sup> *Loc. cit.*, lib. 2, disp. 13, n. 10: ... *sed haec firmitas non omnino provenit ex sua natura nude sumpta, sed a sua natura, juncta divinae institutioni: nam attentata eius contractus natura ante consummationem, non apparet, cur non possint contrahentes mutuo consensu separari.*

<sup>(64)</sup> *Loc. cit.*, lib. 2, disp. 13, n. 4.

kanonische Recht, im Hochmittelalter als alleinige Rechtsquelle für das *vinculum matrimonii* anerkannt, distanzierte sich vielmehr von profanen Rücksichten und siedelte die Ehe auf einer höheren Rechtsebene an, nämlich dem göttlichen Recht, nach dem Satze Gratians: *matrimonia hodie reguntur iure poli, non iure fori*. Die Verankerung der christlichen Ehedisziplin im göttlichen Recht unterstützte dabei das kirchliche Ziel, Sitte und Recht der europäischen Völker der christlichen Lebensordnung anzupassen. So gelang es schließlich, die noch in der Ehegesetzgebung der christlichen Kaiser der Spätantike sichtbare Duplizität von christlicher und weltlicher Rechtsordnung zugunsten der christlichen aufzuheben.

Bei der kirchlichen Eherechtsbildung des Mittelalters erhielt demgemäß eine *theologische Konzeption den Vorrang vor einer weltlich-funktionalen*. Gewiß ist auch das kanonische Eherecht mitbeeinflußt von den sozialen Gegebenheiten der Zeit und gewiß können sich profane Interessen im Gewande einer Theologie formulieren. Aber solche Gesichtspunkte können das kanonische Eherecht nicht erschöpfend erklären. Es gibt nämlich in ihm eine Reihe von eherechtlichen Positionen, für die weder spezifische Machtinteressen der Kirche, noch ein Bedürfnis der Gesellschaft ausfindig gemacht werden kann, die vielmehr sogar im Gegensatz zum sozialen System stehen. Auf ein Kapitel aus der Geschichte der Eheschließung sei hingewiesen.

Nachdem das väterliche (elterliche, verwandtschaftliche) Verheiratsrecht beseitigt war, blieb es gleichwohl die Anschauung, daß die Söhne und insbesondere die Töchter, zumal wenn sie noch unter häuslicher Gewalt lebten, zur Eheschließung der väterlichen (elterlichen, verwandtschaftlichen) Bewilligung bedurften. Es ist dies verständlich in einer Zeit, in der die Familie standeszuweisende Funktion hatte und das Familienerbrecht von der ebenbürtigen Heirat abhängen konnte. Es kommt daher einem Einbruch in die mittelalterliche Familienverfassung gleich, als die Kanonisten erklärten, die Eheschließung sei auch ohne elterliche Bewilligung gültig <sup>(65)</sup> mit der Folge, daß die zur Pubertät gelangten Kinder selbständig die Ehe eingehen konnten. Man ris-

---

(65) Glosse « Sufficiat » ad c. 2, C. 27, qu. 2; c. 6 X, V 17.

kierte zudem erhebliche soziale Störungen, als man die Auffassung vertrat, der Ehekonsens der Brautleute sei auch dann wirksam, wenn er gleich an welchem Ort heimlich erklärt war. Man verstieß gegen Selbstverständlichkeiten der feudalen Gesellschaft, als man der Ehebewilligung des Herrn bei der Heirat des Unfreien, des Lehnsherrn bei der Heirat von Lehnsleuten den Charakter einer Wirksamkeitsvoraussetzung versagte <sup>(66)</sup>. Diesen Regelungen liegt eine theologische Anschauung der Ehe zugrunde, nämlich die Auffassung, daß kraft göttlichen Rechts allein der Ehekonsens der Brautleute die Ehe zustandebringen könne und keine menschliche Macht befugt sei, dem noch etwas Wesentliches hinzuzufügen.

Auf dem Hintergrunde dieses Befunds kommt den scholastischen Ehedoktrinen eine besondere Bedeutung insofern zu, als sie versuchen, die *Sakramentalität der christlichen Ehe zu verbinden mit ihrer politisch-sozialen Verklammerung*. Die scholastische Kunst der Unterscheidung von Zwecken und Bezügen gewann der christlichen Ehe — um es pointiert zu formulieren — die Anschauung ihrer irdischen Gestalt zurück; sie öffnete das Eherecht dem Zugang der politisch-sozialen Bedürfnisse.

## 2. Die Ehe als Teilbeziehung der häuslichen Gemeinschaft (*familia, domus, oeconomia*).

Die soziale Ausrichtung der scholastischen Ehedoktrin zeigt sich zunächst in der Übernahme und Weiterführung des aristotelischen Familienbegriffs. Bekanntlich gibt es nach dem Philosophen außer der Polis eine weitere natürliche Gesellschaft, nämlich das Haus (*Oikos, Oikia*), das aus drei Verhältnissen besteht, nämlich dem Verhältnis zwischen Mann und Frau, Vater (Eltern) und Kindern, Herrn und Haussklaven. Strukturprinzip ist die Herrschaft des Hausvaters (*Oikonomos*), der über die Frau nach Art der Polisherrschaft, über die Kinder nach Art des Königtums und über die Sklaven nach Art der Despotie gebietet. Für die unterschiedlichen familiären Beziehungen gibt es eine jeweils kennzeichnende Tüchtigkeit, Freundschaft und Gerechtigkeit. Das

---

<sup>(66)</sup> Vgl. BERHARD VON PAVIA, *Summa Decretalium* (ed. E. A. Th. Laspeyres, Regensburg 1860), lib. 4, tit. 9, § 3.

Haus bildet als Zweckeinheit des täglichen Lebens und der Versorgung einen sowohl personalen wie wirtschaftlichen Komplex<sup>(67)</sup>.

Von der mittelalterlichen Scholastik übernommen<sup>(68)</sup>, beeinflußte diese Familienanschauung bis zum Ende des 18. Jahrhunderts fast alle wissenschaftlichen Familienbegriffe. Dabei war es wiederum die Spätscholastik, die — neben Humanismus und Reformation<sup>(69)</sup> — die griechische Lehre vom Haus so lebendig erhalten hat<sup>(70)</sup>, daß sie in das aufgeklärte Naturrecht übergehen konnte<sup>(71)</sup>.

Mit der Übernahme der Lehre vom Haus wurde die Ehe aus einer dem Irdischen gleichsam entrückten Seinsebene der Sakramententheologie heruntergeholt in die zweckrationalen Zusammenhänge dieser Welt. Die Ehe ist sonach Teilbeziehung des Hauses und kann daher auf die Gesamtzwecke der Familie ausgerichtet werden; Natur und Zweck der Familie wirken auf die Ehe zurück. Von daher wird verständlich, daß die scholastische Theorie die Unauflöslichkeit der Ehe u. a. darauf gründen kann, daß die Eheleute verpflichtet seien, ein Familienvermögen zu bilden und an die Kinder weiterzugeben; oder daß gegen die Erlaubtheit der Polygynie der häusliche Frieden (*pax in familia*) geltend gemacht wird. Der Systemrahmen des Hauses spielt in der Ehelehre allenthalben eine Rolle, so etwa für das naturrechtliche Verbot der

(67) Siehe *Politica*, lib. 1, cap. 2-13; *Ethica Nicomachea*, lib. 5, cap. 10 und lib. 8, cap. 12-15. Vgl. D. WILLERS, *Die Ökonomie des Aristoteles*, Breslau 1931.

(68) Vgl. Thomas de Aquino, 1.2., qu. 105, art. 4; 2.2., qu. 57, art. 4; *Sententia libri ethicorum*, 8, 10. Näheres S. KRÜGER, *Zum Verständnis der oeconomica Konrads von Megenberg*. Griechische Ursprünge der spätmittelalterlichen Lehre vom Hause, *Deutsches Archiv für Erforschung des Mittelalters* 20 (1964), pp. 475 ss.; dort auch zum Anteil Xenophons.

(69) Dazu meinen Aufsatz: *Die Familie als Vertragsgesellschaft im Naturrecht der Aufklärung*, *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 1 (1972), p. 361.

(70) Z. B.: ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars 4, tit. 2, cap. 5; pars 1, tit. 14, cap. 6, § 5; SUAREZ, *Tractatus de legibus*, lib. 3, cap. 11, § 8; MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 22; ALAMANNI, in 1., qu. 35, art. 1.

(71) Conf.: THOMAS HOBBS, *De cive* (1642), sect. 3, cap. 9, 10; SAMUEL PUFENDORF, *De iure naturae et gentium libri octo* (1672), lib. 6, cap. 3, § 1. Vor allem aber CHRISTIAN WOLFF, *Ius naturae methodo scientifica pertractatum*, (1766), pars 7, §§ 1147 ss.



Verwandtenehe <sup>(72)</sup> und vor allem — und dies sei herausgegriffen — für das *eheliche Verhältnis* selbst.

Die christliche Eheauffassung des Mittelalters hatte gegenüber den germanischen Rechten eine gewisse Gleichstellung der Frau bei der Eheschließung durchgesetzt, die sich auf das eheliche Verhältnis auswirken mußte und auch bis in das Güterrecht hinein ausgewirkt hat. Wenn nämlich die Ehe auf einem Vertrag der Brautleute beruht, so sind die Kontrahenten als Gleiche gedacht; sie verpflichten sich auf Gegenseitigkeit zur ehelichen Gemeinschaft und Treue und haben insofern gleiche Rechte. So sieht es auch die scholastische und spätscholastische Theorie <sup>(73)</sup>. Häufig wird der Satz zitiert, Gott habe die Frau nicht aus dem Haupte des Mannes gemacht, weil sie nicht seine Herrin sein soll; nicht aus seinen Füßen, weil sie nicht seine Sklavin sein soll; sondern aus seiner Seite als seine Genossin <sup>(74)</sup>. Auch in der Hauslehre der Scholastiker findet sich ein gewisses, auf Gleichwertigkeit der der Partner hinstrebendes Element, das in der Nikomachischen Ethik <sup>(75)</sup> vorgeprägt ist: Die Ehefrau ist nicht schlechthin eine Beherrschte, sondern hat Teil an der häuslichen Regierung, wenngleich sie zu anderem begabt ist als der Mann. Es wird das Bild einer Arbeitsteilung entwickelt; dabei wird auch der Topos vom aushäufigen Mann und der inhäufigen Frau formuliert <sup>(76)</sup> und in diesem Zusammenhang kann sogar gesagt werden, daß die Frau das Haus regiere <sup>(77)</sup>. Es ist nun aber nicht die Absicht der

<sup>(72)</sup> Näheres zum Ehehindernis der Verwandtschaft bei VITORIA, *Relectio de matrimonio*, p. 2 (pp. 464 ss.), dazu G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln-Graz 1964, pp. 127 ss.; H. THIEME, *loc. cit.*, p. 240. Besonders interessant zu diesem Problem ist auch der Text bei CAJETAN, in 2.2. qu. 154, art. 9.

<sup>(73)</sup> Z. B. PEDRO DE SOTO, *Tractatus*, pars 1, de matr., lect. 10 (p. 410): *Inter coniuges enim est societas et aequalitas quaedam, maxime ad generationem*; MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 4, tract. 3, disp. 95, n. 1; tom. 4, tract. 3, disp. 2, n. 1; siehe auch OTTE, *op. cit.*, p. 123.

<sup>(74)</sup> ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars. 3, tit. 14, cap. 9, § 2.

<sup>(75)</sup> *Ethica Nicomachea*, 1160 b 32 - 1161 a 1.

<sup>(76)</sup> VITORIA, *Relectio de matrimonio*, p. 1, (p. 429); DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 26, qu. 1, art. 1; MOLINA, tom. 4, tract. 3, disp. 2, n. 1.

<sup>(77)</sup> ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars. 1, tit. 6, cap. 2, § 2: *Vir enim vacat circa exteriora negotia, uxor ad gubernationem domus*. MOLINA

Scholastiker, die familiäre Gleichberechtigung von Mann und Frau im heutigen Sinne zu postulieren. Zur Begründung der Vorrangstellung des Mannes dient nun wiederum die Hauslehre: Der Hausvater ist an allen familiären Bezügen als Ehemann, Vater und Herr beteiligt, er bildet kraft seiner überlegenen Kräfte und seines überlegenen Urteilsvermögens die Spitze, die Frau hingegen erscheint als seine Gehilfin <sup>(78)</sup>. So begründet *Francisco de Vitoria* die Gehorsamspflicht der Frau mit dem einfachen Satz: *quin alias nun posset bene gubernari familia* <sup>(79)</sup>, und mit dergleichen Argumentation rechtfertigt er auch das ehemännliche Züchtigungsrecht <sup>(80)</sup>. So kann man sagen, daß die aus der theologischen Ehekonzeption zugunsten einer Gleichberechtigung der Frau gewonnenen Ansätze in der Anschauung vom Hause und der häuslichen Herrschaft ihre Grenze finden.

### 3. Die Familie als Teil des *respublica* (*civitas*).

Die Übernahme des aristotelischen Familienbegriffs zeitigt Konsequenzen für das Verhältnis von Familie und Staat. Aristoteles hat seine Familienlehre im Zusammenhang mit der politischen Doktrin entwickelt. Seitdem leben Staats- und Familienlehre — es gilt dies mindestens bis in das 19. Jahrhundert hinein — in einer spannungsreichen Nachbarschaft. Im politischen Anschauungsmodell schiebt sich zwischen den Staat und den Einzelnen das Naturgebilde der Familie und bürdet den Theoretikern Probleme auf: Ist die Familie genetisch gesehen der erste Staat, ist sie eine Vorform, ist sie ein Analogon des Staates? Kommt der Familie im Staat eine politische Teilfunktion zu oder bildet sie einen gegenüber dem Politischen autonomen Be-

---

bezeichnet Mann und Frau als *capita familiae*, *De iustitia et iure*, tom. 4, tract. 3, disp. 2, n. 1.

<sup>(78)</sup> Besonders deutlich bei LUIS DE MOLINA, tom. 1, tract. 2, disp. 22, n. 4: *Est enim vir suapte natura uxoris caput, cui proinde praesesse convenit: uxori vere subesse et oboedire, indicante id naturali excessu, viribus, ac iudicio, quo vir uxorem excedit. Qua de causa vir non fuit conditus propter mulierem, sed e contrario, mulier propter virum, ut adiutorium haberet ...*

<sup>(79)</sup> In 2.2., qu. 104, art. 1, 2.

<sup>(80)</sup> In 2.2., qu. 65, art. 2, 11 (tom. 3, p. 318).

reich? Wie verhält sich die Herrschaft des *paterfamilias* zur staatlichen Obrigkeit, wie die häusliche Ordnung zum staatlichen Gesetz?

Noch das aufgeklärte Naturrecht erörterte solche Fragen zu meist auf der Grundlage der aristotelischen Lehre vom Haus, die bei den Spätscholastikern fortgeführt und weitergebildet wurde. Bei Aristoteles finden wir zum Verhältnis des Hauses zur Polis zwei nur scheinbar auseinanderstrebende Aussagen. In der Ethik ist gesagt, der Mensch sei mehr noch als zur staatlichen Gemeinschaft zur Ehe geschaffen, da die Familie früher und notwendiger sei als der Staat und da die Erzeugung von Nachkommen allen Lebewesen gemeinsam sei <sup>(81)</sup>. Demzufolge begegnen wir in der Spätscholastik häufig der These, der Mensch sei im höheren Maße ein *animal coniugale* denn ein *animal civile* <sup>(82)</sup>. In der Politik hingegen stellt Aristoteles klar, daß — wenn auch die Familie geschichtlich früher ist — dem Staat der Seinsweise nach der Vorrang zukommt; insofern ist der Staat früher als die Familie, da das Ganze früher ist als der Teil <sup>(83)</sup>; der Staat aber ist die einzig vollkommene Gesellschaft.

Der Satz nun, die Familie verhalte sich zum Staat wie ein Teil zum Ganzen, ist in der Denkgeschichte außerordentlich relevant geworden, und zwar bis hin zur Familienanschauung des Absolutismus. Denn wenn dem so ist, dann erscheint es nicht möglich, die Familie als einen gegen den Staat hin abgrenzbaren Bezirk zu konstruieren, wie dies die restaurative Familientheorie des 19. Jahrhunderts versuchen wird. Wenn die Familie Teil der Polis ist, so nimmt sie — mag sie auch ihre beschränkten Zwecke haben — Anteil an der Zwecksetzung der Polis; soweit sie es tut, ist sie den politischen Zwecken unterworfen <sup>(84)</sup>. Deshalb kann der Staat nach dem Philosophen schon früh in die Kindererziehung eingreifen, deshalb kann er verlangen, daß in der Erziehung die Staatsform berücksichtigt wird <sup>(85)</sup>.

<sup>(81)</sup> 1162 a 16-19.

<sup>(82)</sup> DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 26, qu. 1, art. 1; LEDESMA bezeichnet die Familie — dies gegen Aristoteles — sogar als die *melior et perfectior societas*, Tractatus, qu. 41, art. 1 (p. 6).

<sup>(83)</sup> *Politica*, lib. 1, cap. 2, 1253 a.

<sup>(84)</sup> Vgl. *Politica*, lib. 1, cap. 13, 1260 b.

<sup>(85)</sup> *Politica*, lib. 1, cap. 13, 1260 b; lib. 7, cap. 17, und lib. 8.

Die Folge der aristotelischen Position ist die Offenheit der Familie gegenüber staatlichem Gesetz und Eingriff, die von einigen Autoren der Spätscholastik einen starken Akzent erhält. Der Mensch erscheint gleichzeitig als Individuum, Familienglied und Staatsbürger bestimmt. Dem entspricht die Dreiteilung seiner Fähigkeiten in eine ethische, häusliche (*oeconomica*) und politische<sup>(86)</sup>; die Dreiteilung der praktischen Wissenschaft in eine das Einzelwesen betreffende (*monastica*), häusliche (*oeconomica*) und politische (*politica*)<sup>(87)</sup> und demzufolge auch die Dreiteilung der Herrschaft in Selbstherrschaft, Hausherrschaft und politische Herrschaft<sup>(88)</sup>. Das alles aber ist in einem und demselben Menschen angelegt, die Bezüge überlagern sich, ohne daß sie ganz trennbar würden und ohne daß der eine den anderen ganz enthielte. Sehr deutlich wird dies bei Suarez. Nach ihm ist die politische Gewalt auf die politische Regierung hingeordnet und als solche *nicht auf die häusliche, es sei denn in den Dingen, die auf das öffentliche Wohl hinüberwirken und es hindern oder fördern können*. Alles übrige, was nur die *familia privata* angeht, wird nicht durch die bürgerlichen Gesetze, sondern durch die Klugheit des Hausvaters geordnet<sup>(89)</sup>. In der Familie begegnen sich also zwei Ordnungen, die staatliche und die häusliche, ohne fest gegeneinander abgegrenzt zu sein; denn was dem Gemeinwohl nützt oder schadet und allein darum schon in den politischen Rechtsbereich fällt, kann generell nicht bestimmt werden.

Die spätscholastische Theorie folgt im allgemeinen auch der Höherwertung des Staates gegenüber der Familie; unter keinen

---

<sup>(86)</sup> Z. B. ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars. I, tit. I, cap. 3.

<sup>(87)</sup> Siehe ALAMANNI, in I., qu. 35, art. I (p. 587); statt *monastica* steht *solitaria* im berühmten Aristoteleskommentar von Conimbra: In libros Ethicorum Aristotelis ad Nicomachum aliquot Conimbricensi cursus disputationes, Lyon 1594, disp. 8, art. 3.

<sup>(88)</sup> SUAREZ, *Tractatus de legibus*, lib. 3, cap. II, § 8.

<sup>(89)</sup> SUAREZ, *Tractatus des legibus*, lib. 3, cap. II, § 8 (p. 137). *Potestas autem civilis per se ordinatur ad gubernationem politicam ... et ideo per se non dirigit oeconomicum regimen, nisi in his, quae redundant in commune bonum civitatis, et illud possunt impedire, aut promovere: reliqua enim, quae ad privatam familiam spectant, non per leges civiles, sed per uniuscuique patrisfamilias prudentiam ordinantur.*

Umständen kann die Familie oder kann ein Familienverband den Staat ersetzen <sup>(90)</sup>. Die Konsequenzen, die sich aus einer solchen Deutung der Familie ergeben, seien anhand von zwei Problemen näherhin aufgewiesen.

4. *Die Rechtsmacht des Staates über die Ehe, Ehebehinderungen und Heiratszwang insbesondere.*

Die geschilderte Deutung des Verhältnisses von Staat und Familie muß Folgen zeitigen für die Frage, welche Rechtsmacht der Staat in Ehesachen habe. Denn sind Ehe und Familie unter anderen auf die Staatszwecke bezogen, so muß die staatliche Rechtsordnung die Befugnis haben, das Ehe- und Familienrecht auszugestalten.

Nun freilich hatte die Kirche seit dem Hochmittelalter in den Kernfragen des persönlichen Eherechts ein Jurisdiktionsmonopol inne, das bekanntlich im Laufe der Neuzeit auch von Staaten mit katholischem Selbstverständnis durchbrochen wurde. Die Hofjuristen in Frankreich und Österreich füllten seit dem 16. Jahrhundert Bibliotheken zum Beweise, daß nicht die Kirche, sondern der Staat über den sozialen Tatbestand der Ehe und insbesondere über die Eehindernisse verfüge. Nach dem vorausgesetzten Familienbegriff verwundert es nicht, daß sich die Juristen dabei weitgehend auf die spätscholastische Theorie stützen konnten. Die Grundlagen für eine staatliche Eherechtskompetenz in Fragen des *vinculum matrimonii* sind bereits bei Thomas von Aquin entwickelt. Nach seiner Auffassung ist die Ehe nicht nur sakramentales Zeichen, sondern sie ist instituiert zur Erfüllung gewisser Funktionen (*bona*). Sie besteht nämlich um eines *bonum naturale*, nämlich der Arterhaltung willen; um eines *bonum spirituale*, nämlich der Erhaltung des Gottesvolkes willen; schließlich um eines *bonum politicum*, nämlich der Erhaltung des Staatsvolkes willen. Infolgedessen unterliegt die Ehe vier Rechtsordnungen: der göttlich-sakramentalen, der natürlichen, der kirch-

---

<sup>(90)</sup> Eindringlich bei MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 22, n. 8; SUAREZ, *Tractatus de legibus*, lib. 3, cap. 1; lib. 1, cap. 8; siehe P. MESNARD, *L'essor de la philosophie politique au XVIIe siècle*, Paris 1951, p. 622.

lichen und der bürgerlichen (*lex civilis*) <sup>(91)</sup>. Damit ist die Ehe für den Staat als Regelungsobjekt grundsätzlich gesichert. Es bleibt nur zu klären, wie sich kirchliches und staatliches Recht zueinander verhalten. Thomas von Aquin neigt wohl dazu, der Kirche einen Vorrang einzuräumen; jedenfalls begründet er die Geltung des aus dem römischen Recht genommenen Eehindernisses der gesetzlichen Verwandtschaft damit, daß es von der Kirche gebilligt sei <sup>(92)</sup>. Zu einem ähnlichen Ergebnis kommt auch die Spätscholastik; dem Staat wird der Potenz nach ein Gesetzgebungsrecht auch im Kernbereich der Eheschließung, insbesondere das Recht, trennende Eehindernisse einzuführen, zugesprochen; gleichzeitig wird jedoch eine Oberhoheit der Kirche auf diesem Felde behauptet <sup>(93)</sup>.

Interessanter wiederum als dies Ergebnis sind die von den Spätscholastikern angestellten Erwägungen. Vitoria z. B. erörtert die Macht der Fürsten über trennende Eehindernisse vom Zweck der weltlichen Gewalt her und bejaht sie mit drei bemerkenswerten Gründen, die ich verkürzt wiedergebe. Erstens: die königliche oder bürgerliche Gewalt ist eingesetzt, um des Gemeinwohls willen, was immer es auch sei, oder für das friedliche Zusammenleben, oder einfach wegen jedes menschlichen Wertes; was für die Erreichung dieses Ziels nötig ist oder zu ihm führt, scheint daher gänzlich unter die bürgerliche Gewalt zu fallen; da aber ein guter Teil des Gemeinwohls von den Ehen herkommt, kann der Fürst Gesetze geben, welche die dem Gemeinwohl abträglichen Ehen vernichten. Zweitens: Die Eehindernisse — Vitoria bezieht sich dabei auf das Eehindernis der Verwandtschaft — sind entweder von der natürlichen Vernunft oder aber der politischen Klugheit

---

<sup>(91)</sup> Die thomistische Lehre ergibt sich aus folgenden Texten: *Summa contra gentes*, lib. 4, cap. 78; in 4. Sent., dist. 34, qu. 1, art. 1; *Summa theologica*, 3 suppl., qu. 50, art. 1 ad 4; qu. 54, art. 3; qu. 42, art. 42.

<sup>(92)</sup> *Summa theologica*, 3. Suppl., qu. 57, art. 2.

<sup>(93)</sup> Ich verweise auf: DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 39, qu. un., art. 1; dist. 40, qu. un., art. 5; LEDESMA, *Tractatus*, qu. 50, art. 1; HENRIQUE HENRIQUEZ, *Summa theologica moralis* (Venezia 1596), tom. 1, lib. 12, cap. 1, § 4; SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 7, disp. 3, n. 3; BELLARMINO, *Disputationes*, tom. 2, controuv. 5, cap. 21 (p. 215). Besonders weitgehend: PEDRO DE SOTO, *Tractatus*, pars 1, De matr., lect. 4, (p. 380); RUARD TAPPER, *Opera*, Köln 1583, tom. 2, art. 20 (p. 307).

her genommen; die politische Klugheit aber ist die Regel der Fürsten und der Vorsteher einer *respublica*. Drittens: Die Ehe ist Zivilvertrag oder auf einen solchen gegründet. Der Fürst hat aber Gewalt über alle Zivilverträge. Die Tatsache, daß die Ehe zum Sakrament erhoben wurde, hat an der menschlichen Gewalt über den Vertrag nichts geändert <sup>(94)</sup>.

Bei einer derart eindringlichen Begründung der staatlichen Rechtsmacht in Ehesachen blieb den Hofjuristen nichts weiter zu tun, als die Behauptung zu entkräften, die auch Vitoria hinzufügt, daß nämlich die Kirche die staatlichen Eherechtskompetenzen begrenzen könne und begrenzt habe, weil der geistlichen Gewalt der Vorrang in allen Dingen zukomme, die mit geistlichen Angelegenheiten zusammenhängen <sup>(95)</sup>.

Vitoria selbst bietet hier schon die Waffen: Wenn der Ehekonsens als Grundlage der Ehe bürgerlichrechtlicher Vertrag ist, so kann man das Sakrament als etwas Hinzugefügtes vom Vertrag ablösen. Es liegt dann nahe zu erklären, daß der Staat für den Vertrag, die Kirche aber für das Sakrament zuständig sei, und daß daher über den Vertrag als den Grundtatbestand allein das staatliche Recht entscheide <sup>(96)</sup>.

Der Umstand, daß die Theologen der Spätscholastik, die kirchliche Eherechtskompetenz zumeist als selbstverständlich voraussetzen, die staatliche hingegen ausführlich begründen, hat bei den Beratungen des Konzils von Trient zu einer merkwürdigen Umkehrung der Argumentation geführt. Auf dem Konzil war streitig, ob die Kirche die Gewalt habe, die Wirksamkeit der Eheschließung von der Einhaltung einer öffentlichen Eheschließungsform abhängig zu machen. Eine erhebliche Konzilsminorität bewertete eine solche Regelung als unzulässigen Eingriff in die vom göttlichen Recht verbürgte Freiheit der Eheschließung. Demgegenüber brachte die andere Seite das Argument vor, jede *respublica* habe die Befugnis, das für das Gemeinwohl Nötige anzuordnen, daher auch

---

<sup>(94)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. 2 (pp. 454-457).

<sup>(95)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. 2 (p. 459).

<sup>(96)</sup> Zur Ausfaltung der regalistischen Theorie siehe D. SCHWAB, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zu Beginn des 19. Jh.*, Bielefeld 1967, pp. 70-92.

die Kirche <sup>(97)</sup>; ja der Erzbischof von Granada schloß geradezu von der staatlichen Kompetenz auf die kirchliche zurück <sup>(98)</sup>. Der Staat als das Urbild der *respublica* rückte demnach in das Zentrum der Diskussion; für die kirchliche Kompetenz wurde z. T. auffälligerweise nicht theologisch, sondern mit Hilfe der irdischen Struktur der Kirche argumentiert. Man kann daher sagen, daß die Spätscholastik in der theoretischen Vorbereitung einen wesentlichen Anteil an der «Säkularisierung» der Ehe hat.

Dies gilt nicht nur für die Frage, wie sich staatliche und kirchliche Zuständigkeit zueinander verhalten, sondern auch für die eigentlich wichtigere: *nämlich inwieweit ein menschlicher Gesetzgeber überhaupt auf die Ehe Zugriff nehmen kann*. Wie eingangs betont, ist das kirchliche Eherecht des Hochmittelalters diesbezüglich zurückhaltend, und die Diskussionen auf dem Konzil von Trient beweisen, daß die Überzeugung, der Ehekonse sei als Entstehungstatbestand der Ehe vom göttlichen Recht abschließend festgelegt, noch lebendig war. Zwar hatte schon die mittelalterliche Kanonistik der Kirche das Recht eingeräumt, trennende Ehehindernisse zu schaffen; aber ein Blick auf das kanonische Recht zeigt, daß die Ehehindernisse überwiegend von einer primär theologischen Anschauung her gedacht sind. Ganz andere Möglichkeiten für eine menschliche Ehegesetzgebung mußten sich eröffnen, als die spätscholastische Doktrin der *respublica* die Macht zuwies, auch in Ehesachen alles, was immer das Gemeinwohl fördert, anzuordnen. Damit war die Ehe jeglichem Zugriff der Staatsraison offen. Der Potenz nach konnte der Staat — wie übrigens auch die Kirche — sonach jede sozial unerwünschte Eheschließung für unwirksam erklären. Man kommt kaum umhin, die spätscholastische Doktrin in Verbindung zu sehen mit der absolutistischen Ehehindernisgesetzgebung des 17. und 18. Jahrhunderts, welche aus jedem nur beliebigen Grund Eheverbote erteilte oder die Eheschließung von einer obrigkeitlichen Kon-

---

<sup>(97)</sup> Concilium Tridentinum, Diariorum, actorum, epistolarum, tractatum nova collectio, ed. Societas Goerresiana, Freiburg i.Br. 1900 ff., vgl. tom. 9 pp. 404, 650, 665, 721, 722.

<sup>(98)</sup> *Loc. cit.* tom. 9, p. 644: *Princeps saecularis posset irritare matrimonia clandestina, ergo a fortiori ecclesia.*



zession abhängig machte. Die scholastischen Autoren mögen an Auswüchse nicht gedacht haben. Jedenfalls aber macht ihre Theorie die Ehe jeder politischen Nutzerwägung zugänglich. Dazu ein Text von Giovanni Capreolo, der davon ausgeht, daß das Ehesakrament einen gültigen Vertrag voraussetzt und dann fortführt: *Si autem matrimonium non esset sacramentum, subesset statuto humano, sicut et contractus rerum. Homo enim, quod est, communitatis est: etiam debet se exponere morti pro republica, si oportet. Unde, sicut statutum humanum potest facere quod non valeat alienatio per se facta de rebus ejus, utputa facta a furioso, prodigo, vel minore; ita et potest facere quod non valeat alienatio de seipso. Sicut enim servus non potest dare id quod habet, ita nec seipsum dare vel vendere sine domini voluntate; sic et homo, qui est membrum communitatis, contra justam ordinationem rectoris non potest se dare in servum vel vasallum, nec per consequens in maritum* <sup>(99)</sup>.

Welche Macht dem Staate zuerkannt wurde, ergibt sich deutlich aus den Diskussionen darüber, ob die Ehe durch obrigkeitliche Gewalt gestiftet oder durch sie erzwungen werden kann. Francisco de Vitoria beschäftigt sich mit dem Problem der Eheschließung durch obrigkeitliche Anordnung im Zusammenhang mit der naturrechtlichen Begründung des Konsensprinzips. Nach seiner Meinung konnte Gott eine Ehe zwischen Mann und Frau — nämlich zwischen Adam und Eva — auch ohne deren Ehwillenserklärungen zustandebringen <sup>(100)</sup>. Vitoria knüpft daran die Frage, ob nicht auch der Staat und Kirche ein gleiches könnten. Das Ergebnis ist — um es vorwegzunehmen — negativ. Die Argumente jedoch, die für ein Verheiratsrecht des Staates erwo-gen werden, zeigen wiederum, wie stark die Spätscholastik auch in der Formulierung ihrer Gegenpositionen wirkt. Es scheint — schreibt Vitoria —, daß ein solches obrigkeitliches Verheiratsrecht zu bejahen ist. Denn jedes Recht, das jemanden aus einem Vertrag erwachsen kann, kann ihm auch durch Anordnung des Gesetzes zukommen, wie die Befugnis der *respublica* beweist, das Eigentum

<sup>(99)</sup> CAPREOLO, *Defensiones*, lib. 4, dist. 26-29, qu. 1, art. 3, § 1 (tom. 6, p. 499).

<sup>(100)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. 1 (pp. 433 s.).

des einen wider seinen Willen auf einen anderen zu übertragen<sup>(101)</sup>. Jeder gehört mehr der *respublica* als sich selbst, also hat die *respublica* ein größeres *dominium* über ihn als er selbst. Er selbst kann sich verpflichten: Also scheint es, daß auch die *respublica* sich seiner gegen seinen Willen bedienen kann, wenn sie dessen zu Ehezwecken bedarf, so wie sie ihn auch im Interesse des Gemeinwohls der Todesgefahr aussetzen könnte<sup>(102)</sup>. In diesem — auch für die Geschichte der Enteignungslehre interessanten Text — wird die Auffassung, daß die Ehe ein bürgerlicher Vertrag wie andere ist und daß Ehe und Familie den Anforderungen des Staates unterstehen, folgerichtig zu Ende geführt. Vitoria entgeht den Konsequenzen mit zwei bemerkenswerten Gegen Gründen. Zum einen sagt er, ist es den Theologen in ihren Disputationen nicht erlaubt wie den Juristen, etwas Ungewöhnliches, Neues und Ungehörtes gegen die Autorität der Mehrheit zu behaupten<sup>(103)</sup> (es ist dies im übrigen nur eine von vielen Seitenhieben, welche die scholastischen Theologen gegen die Juristen austeilen); zum anderen ist die Ehe so eingerichtet, daß ihr Gebrauch nur von Freiwilligen gefordert werden kann; die Unfreiwilligkeit würde die Zwecke der Ehe vereiteln; deshalb kann allein Gott eine Ehe ohne Konsens stiften, weil er auch die Herzen in seiner Gewalt hat<sup>(104)</sup>.

Mit diesen Erwägungen ist das Problem des staatlichen oder kirchlichen Heiratszwangs für die Scholastik freilich nicht erledigt.

---

<sup>(101)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. I (p. 436): *Et videtur quod sic, quia in omnibus aliis negotiis omne ius, quod convenit alicui ex pacto vel consensu, potest convenire ex ordinatione legis. Tam enim in republica seculari quam in ecclesiastica invenitur potestas transferendi ex legitimis causis dominium rei ab uno ad alterum dominum, priori domino invito. Vgl. auch LEDESMA, Tractatus, qu. 45, art. I (p. 146).*

<sup>(102)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. I (p. 437): *Praeterea Aristoteles in Politicis dicit quod homo plus est reipublicae quam sui ipsius, ergo respublica habet maius dominium super istum, quam ipsemet. sed ipse potest obligare: ergo si indiget respublica persona istius ad istos usus, scilicet matrimonii, videtur quod possit uti illo etiam invito, sicut posset illum etiam exponere morti propter salutem totius communitatis. Vgl. auch LEDESMA, Tractatus, qu. 45, art. I (p. 146).*

<sup>(103)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. I (p. 440).

<sup>(104)</sup> *Relectio de matrimonio*, p. I (p. 444): *... matrimonium autem in eos usus Deus et natura constituerunt, qui nisi a voluntariis exigi nullo modo possunt. Nunquam enim quisquam invitus operam liberis dare procreandis, aut procreatos educare et instituire.*

Es wird ferner erörtert im Zusammenhang mit der häufig behandelten Frage, ob für den Einzelnen eine Pflicht zur Eheschließung bestehe. Thomas von Aquin hatte dies verneint, vor allem mit der Begründung, daß das eheliche Leben der *vita contemplativa* hinderlich sei, welcher hinwiederum sich einige um der Vollkommenheit der Menschen willen widmen müßten <sup>(105)</sup>. Nicht alle Spätscholastiker sind dergleichen Auffassung. Aber auch diejenigen, die Thomas folgen, fragen sich, wen eigentlich — wenn nicht jeden Einzelnen — die Pflicht zur Arterhaltung oder zur Erhaltung des Staatsvolks trifft. Es liegt nahe, wenn nicht dem Einzelnen, dann der *respublica* diese Sorge aufzubürden <sup>(106)</sup>. Wenn aber der Staat für die Fortpflanzung zu sorgen hat und der Einzelne als ein Teil auf die Zwecke des Ganzen hingerrichtet ist, so folgt daraus, daß der Staat seine Bürger zur Ehe zwingen kann, wenn anders der Zweck nicht zu erreichen ist. So kann nach Pedro Ledesma der Staat zwar nicht eine Ehe ohne Ehekonsens der Brautleute schaffen; er kann aber ein Paar dazu zwingen, miteinander die Ehe einzugehen, wenn es dem gemeinen Besten dient. Denn wenn der Staat — wir kennen das Argument schon — dem Bürger befehlen kann, etwas unter Lebensgefahr zu tun, dann kann er ihm umso mehr befehlen, eine Ehe zu schließen <sup>(107)</sup>. Man sieht: Die Freiheit der Eheschließung endet vor zwingenden Interessen des Staates.

---

<sup>(105)</sup> In 4. Sent., dist. 26, qu. 1, art. 2.

<sup>(106)</sup> Zusammenstellung der Meinungen: LEDESMA, qu. 41, art. 2 (pp. 13 ss.); SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 2, disp. 3. Es wurde dabei auch erörtert, ob notfalls die Religiösen zur Ehe verpflichtet wären, wenn anders das Menschengeschlecht nicht erhalten werden konnte.

<sup>(107)</sup> LEDESMA, *Tractatus*, qu. 45, art. 1 (p. 151): *Ad secundam confirmationem dicendum est, quod Respublica potest cogere cives ut contrahant matrimonium, quando expedierit ad bonum Reipublicae, non tamen erit matrimonium nisi ipsi consentiant, tamen ex praecepto tenentur consentire, nam si Respublica potest cogere sponsum ut contrahat pro bono sponsi, multo magis poterit Respublica id praecipere pro bono Reipublicae. Item: nam Respublica potest aliquid praecipere civi etiam cum periculo vitae, ergo multo magis poterit praecipere matrimonium, quando expedierit ad bonum publicum, siehe auch qu. 47, art. 6 (p. 290); SANCHEZ, *Disputationes*, lib. 2, disp. 3, n. 3.*

### 5. Staat und elterliche Gewalt.

Die Einbeziehung der Familie in die größeren sozialen Zusammenhänge wird auch deutlich bei dem Problem, wie sich Staat und elterliche Gewalt zueinander verhalten. Heute nimmt man vielfach ein naturrechtlich begründetes Elternrecht an, das unter anderem auf Grundlage der scholastischen Doktrin im 19. und 20. Jahrhundert entwickelt worden ist. Dabei ist an ein Sorge- und Erziehungsrecht der Eltern gedacht, das sich auch gegen den Eingriff der politischen Gewalten wendet; das Elternrecht im heutigen Verstand trägt polemischen und ausgrenzenden Charakter gegenüber dem Staat.

Bei den Philosophen der Spätscholastik ist eine derartige, gegen den Staat gerichtete Konzeption des Elternrechts, soweit ich sehe, nicht zu finden. Gewiß ist die Vorstellung einer starken elterlichen Gewalt vorhanden. Mit Aristoteles wird behauptet, der Sohn sei gleichsam ein Teil des Vaters <sup>(108)</sup>; deshalb bestehe auch keine eigentliche Rechtsbeziehung (*iustum simpliciter*) zwischen ihnen wie zwischen beliebigen Personen, sondern eine Rechtsbeziehung nur in gewissem Sinne (*secundum quid*) <sup>(109)</sup>. Auch der Gedanke der Hausherrschaft schließt eine starke väterliche Gewalt ein. Selbst das Recht des Vaters, die Kinder im Falle der Not zu verkaufen, findet Erwähnung <sup>(110)</sup>. Es ist für die spätscholastische Familientheorie auch selbstverständlich, daß die elterliche Gewalt im Naturrecht gründet <sup>(111)</sup>, da die Familie Naturkörper ist. Aber aus all dem ergibt sich noch kein gegen die *respublica* gewendetes Elternrecht.

---

<sup>(108)</sup> *Ethica Nicomachea*, 1134 b 8-11, siehe: ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars. 4, tit. 2, cap. 5, § 3; LEDESMA, *Tractatus*, qu. 47, art. 6 (p. 284); VITORIA, in 2.2., qu. 57, art. 1.1.

<sup>(109)</sup> Vgl. THOMAS DE AQUINO, *Summa theologica*, 2.2., qu. 57, art. 4; CAJETANUS, in 2.2., qu. 57, art. 4; VITORIA, in 2.2., qu. 57, art. 4; MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 8.

<sup>(110)</sup> Z. B. MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 228, n. 2; LEDESMA, *Tractatus*, qu. 47, art. 6 (p. 286).

<sup>(111)</sup> Ausdrückliche MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 22, n. 5; VITORIA, in 2.2. qu. 88, art. 9, 1 (auch für die Zeit nach Erlangung der Verstandesreife).

Vielmehr finden wir den Gedanken ausgeprägt, daß die elterliche Gewalt begrenzt und begrenzbar sei. Einen besonderen Anlaß dazu gab das kanonische Recht mit seiner Regelung, wonach die Knaben mit 14, die Mädchen mit 12 Jahren befähigt sind, selbständig die Ehe zu schließen und ins Kloster einzutreten<sup>(112)</sup>. Da die Spätscholastiker das kanonische Recht nicht aus den Angeln heben wollten, mußten sie erklären, wie die genannte Regelung mit der elterlichen Gewalt zu vereinbaren sei. Es bot sich an, der elterlichen Gewalt einen gewissen höchstpersönlichen Bereich zu entziehen, oder ihre Maßgeblichkeit in diesem Bereich zu mindern. So unterscheidet Thomas von Aquin beim jungen Menschen Angelegenheiten *quae ad personam ipsius pertinent* und in denen er mit etwa 14 Jahren schon urteilsfähig ist von solchen, *quae extra ipsum sunt*<sup>(113)</sup>; Antonin von Florenz stellt dem häuslich-wirtschaftlichen, in dem nichts ohne die Zustimmung des Vaters geschehen kann<sup>(114)</sup>, einen persönlichen Bereich gegenüber. Luis de Molina wiederum unterscheidet im Vater-Sohn-Verhältnis zwei Beziehungen, nämlich die eine, in der Vater und Sohn sich als solche (d. h. in ihren familiären Rollen) gegenüber treten und die andere, in der sie sich wie Mitbürger zueinander verhalten<sup>(115)</sup>. In solchem Zusammenhang ist zu beachten, daß oft weniger von der elterlichen Gewalt als von der elterlichen Pflicht die Rede ist und daß der später von John Locke<sup>(116)</sup> ausgebaute Gedanke anklingt, die elterliche Gewalt bestehe nur zum Zwecke der Pflichterfüllung<sup>(117)</sup> und ende kraft

(112) Näheres: W. v. HÖRMANN, *Die Desponsatio impuberum*, 1891, pp. 27 ss.

(113) In 4. Sent., dist. 27, qu. 2, art. 2.

(114) ANTONINO DI FIRENZE, *Summa theologica*, pars 2, tit. 11, cap. 2, § 4: *Tertio filii-familias post annos pubertatis possunt quantum ad ea, quae pertinent ad personam suam, vovere, et tenentur etiam implere, invititis parentibus, puta de ingressu religionis, vel contrahere matrimonium et huiusmodi. Sed quantum ad ea, quae pertinent ad dispensationem domesticam non possunt sine consensu patris, puta de eleemosyna.*

(115) MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 1, disp. 8, n. 4; anders VITORIA, in 2.2. qu. 57, art. 4, 4.

(116) The second treatise of Government (1690), § 58.

(117) Vgl. MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 22, n. 7: *Quod cum liberi sint gratia sui, servi vero gratia dominorum, liberorum regimen praecipue*

Zweckerreichung, wenn die Kinder erwachsen sind <sup>(118)</sup>. Die Spätscholastiker betrachten das Problem also nicht nur aus der Sicht der Eltern, sondern auch von den Bedürfnissen des Kindes her <sup>(119)</sup> und hüten sich, die elterliche Gewalt zu verabsolutieren.

Für die Begrenzung und Begrenztheit des *regimen domesticum* kommt noch ein ganz anderer Gesichtspunkt ins Spiel, nämlich der Versuch, staatliche und elterliche Gewalt trotz der behaupteten Analogie als andersartig aufzuweisen, weil eben der Staat qualitativ etwas anderes ist als die Familie. Anlaß dazu gibt die Frage, ob die Väter (Eltern) ihre Kinder züchtigen, und darüberhinaus mit einer echten Strafe belegen, etwa töten, verstümmeln oder ins Gefängnis bringen dürften. Die Spätscholastiker bejahen ein mäßiges Züchtigungsrecht, lehnen indes das Recht zur Verletzung der körperlichen Integrität der Kinder ab <sup>(120)</sup>. Zur Begründung ist angegeben, daß es den Eltern an einer Zwangsgewalt (*vis coactiva*) fehle <sup>(121)</sup>, die nur dem Staat zukomme. Ähnlich argumentiert Ledesma in Zusammenhang mit der selbständigen Eheschließungsbefugnis der zur Pubertät gelangten Hauskinder. Zwar soll der Sohn nach Meinung Ledesmas nach dem Willen der Eltern heiraten, und er sündigt schwer, wenn er es nicht tut, obwohl der Vater ihn aus vernünftigem Grund zu einer Ehe veranlassen möchte. Trotzdem kann der Vater dem Sohn keinen

---

*bonum eorum, qui reguntur spectare debet...* Freilich, so fügt Molina mit Aristoteles an, gebrauchen arme Familienväter, die eine vollkommene und vollständige Familie nicht haben, Frau und Kinder anstelle der Sklaven. DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 28, qu. 1, art. 1: ... *attamen filii non sunt sic sub eorum (scil. parentum) potestate, ut bruta vel mancipia, quae sui corporis potestatem non habent, sed seu liberi, ut educentur ab illis.*

<sup>(118)</sup> Vgl. DOMINGO DE SOTO, in 4. Sent., dist. 33, qu. 2, art. 1.

<sup>(119)</sup> Interessanterweise unternimmt es ANTONINO DI FIRENZE, in das 4. Gebot des Dekalogs auch die Pflicht der Eltern, die Kinder zu ernähren und zu erziehen, einzuschließen, Summa theologica pars. 1, tit. 14, § 5.

<sup>(120)</sup> THOMAS DE AQUINO, 2.2., qu. 65, art. 2; ANTONINO DI FIRENZE, Summa theologica, pars 1, tit. 14, § 5; MOLINA, *De iustitia et iure*, tom. 1, tract. 2, disp. 228, n. 26.

<sup>(121)</sup> ANTONINO DI FIRENZE, *loc. cit.*; vgl. MEDINA, in 1.2., qu. 90, art. 3: *Ultimo dicendum est, quod praecepta parentum non sunt vere leges: tum ex eo, quia non diriguntur in commune bonum, sed in bonum familiae particulare: tum vere et potissime, quoniam parentes non habent vim coactivam, et coercitivam...*

Rechtsbefehl zur Eheschließung erteilen, denn er entbehrt der *virtus praeceptiva* <sup>(122)</sup>.

Daraus folgt, daß die elterliche Gewalt, wenn auch naturrechtlich begründet, in gewisser Weise aus dem Bereich des Rechts herausgenommen und als primär moralische Beziehung gedeutet wird. Das kann unterschiedliche Konsequenzen haben: Man kann daraus folgern, daß das staatliche Recht sich aus diesem wesentlich moralischen, für das Recht nicht faßbaren Bereich herauszuhalten habe (so die Familientheorie des 19. Jahrhunderts); man kann aber auch den als von Natur aus rechtsfrei begriffenen Raum dem positivem Gesetz des Staates öffnen. Den zusetzt genannten Schritt geht z. B. Francisco de Vitoria, mit dessen Lehre von der elterlichen Gewalt wir uns zum Schluß beschäftigen wollen. Aus der These, daß es zwischen Vater und Sohn kein eigentliches Recht (*iustum simpliciter*) gebe, folgert Vitoria, daß sich Vater und Sohn gegenseitig auch nicht im eigentlichen Sinne Unrecht tun können. Dies gilt übrigens auch für die anderen häuslichen Beziehungen. Behandelt der Vater den Sohn schlecht, so soll nicht von Ungerechtigkeit, sondern von *impietas* die Rede sein, desgleichen wird der Sohn, der sich dem Vater gegenüber schlecht trägt, nicht ungerecht (*iniustus*) sondern *impius* oder *ingratus* genannt. Selbst wenn der Sohn den Vater töten würde oder umgekehrt, könnte nicht schlechthin von Unrecht sondern müßte von *impietas* gesprochen werden <sup>(123)</sup>. Auch die natürliche Erziehungspflicht des Vaters läßt eine eigentliche Rechtsbeziehung zum Sohn nicht entstehen. Vitoria gesteht zu, daß es natürlich ist, daß der Vater den Sohn erzieht. Aber das Natürliche ist nicht schlechthin Recht (*ius simpliciter*), sondern es ist Recht nur *secundum quid*. Wenn also der Vater, der die Kindererziehung unterläßt, gegen Naturrecht handelt, dann folgt daraus noch nicht, daß eine Rechtsbeziehung zwischen Vater und Kind besteht <sup>(124)</sup>.

<sup>(122)</sup> LEDESMA, *Tractatus* qu. 47, art. 6 (p. 288).

<sup>(123)</sup> In 2.2., qu. 57, art. 4, 2 und 3.

<sup>(124)</sup> *Loc. cit.*: *Naturale est quod pater educet filium; sed quod est naturale est ius, non simpliciter, sed secundum quid, ita quod ly « naturale » non cadit supra ly « ius ».* *Unde verum est quod est contra ius naturale non educare filium etc., tamen non sequitur quod sit ius inter eos, sed dicitur potius impietas non educare filium.* Siehe auch CAJETANUS, in 2.2., qu. 57, art. 4.

Die Behauptung, daß das Natürliche an sich kein eigentliches Rechtsverhältnis schaffe, erweist sich als Einfallstor des positiv-menschlichen Rechts. Denn dann bleibt die Konstituierung der familiären Beziehungen als Rechtsverhältnisse dem positiven Gesetz vorbehalten. Konsequenter geht Vitoria den eingeschlagenen Weg zu Ende: Zwischen Vater und Sohn gibt es nicht Recht und Unrecht, weil diese Begriffe auf die positiven Gesetze bezogen sind, und weil solche positiven Gesetze über die häuslichen Beziehungen nicht existieren <sup>(125)</sup>. Vitoria wendet das Gesagte bei der Frage, ob der Vater den Sohn verstümmeln dürfe, folgerichtig an. Er verneint die Befugnis unter Hinweis auf das menschliche Recht. Einen absoluten Verstoß gegen natürliches und göttliches Recht hingegen nimmt er nicht an. Vielmehr verweist er auf das römische Tötungsrecht des Vaters und fügt hinzu, die Verstümmelung sei heute nicht mehr erlaubt in dem Sinne, daß den Vätern diese Befugnis im *forum conscientiae* genommen sei <sup>(126)</sup>.

Wenn nicht die Natur, sondern erst das Gesetz des *respublica* die Rechtsverhältnisse schafft, so muß dem Staat eine gewaltige Rechtsmacht über die Familie zustehen. Die elterliche Gewalt ist von Natur; inwieweit und in welcher Gestalt sie aber *de iure* besteht, bestimmt das Gesetz des Gemeinwesens. Vitoria wählt zur Erläuterung das modern anmutende Beispiel: Angenommen der Sohn will Medizin studieren, während der Vater ein Studium der Rechte wünscht; muß der Sohn gehorchen? Vitoria macht das Ergebnis ganz von den positiven Gesetzen abhängig. Wenn auch — so argumentiert er — der Staat den Eltern die Gewalt über die Kinder nicht ganz wegnehmen kann, weil sie natürlichen Rechts ist, so kann er die väterliche Fürsorge doch näher bestimmen (*determinare*). Im Ergebnis hat der Sohn dem Vater bei der Studienwahl deshalb zu gehorchen, weil insoweit die väterliche Gewalt vom Staat nicht aufgehoben ist <sup>(127)</sup>. Daß der Staat die

---

<sup>(125)</sup> *Loc. cit.: Et inter virum et uxorem, patrem et filium, dominum et servum, cum nullae sint latae leges, inde est quod non est ius nec iniuria inter patrem et filium etc., quia ius vel iniuria sunt contra leges latas.*

<sup>(126)</sup> In 2.2., qu. 65, art. 2, 2.

<sup>(127)</sup> In 2.2., qu. 104, art. 5, 2: *Verum est quod, quamvis sit de iure naturali quod filii obediant parentibus, et quamvis respublica non possit tollere postestatem parentum supra filios, cum sit de iure naturali, nihilominus tamen potest determi-*



elterliche Gewalt aber in diesem Punkt beschränken könnte, ist zweifelsfrei die Auffassung des Spaniers.

#### SCHLUSS.

Die geschilderten Tendenzen in den spätscholastischen Ehe- und Familienlehren — Relativierung des christlich-mittelalterlichen Naturrechts und Einbindung von Ehe und Familie in die politisch-sozialen Zusammenhänge — stehen im Zusammenhang miteinander. In beidem wird die Beweglichkeit der spätscholastischen Doktrin <sup>(128)</sup> deutlich. Es werden sowohl die Grenzen des Denkbaren als auch des durch menschliche Rechtsschöpfung Bewirkbaren abgetastet. Dem gewaltigen Terrain der im Widerspiel der Argumente erschlossenen Denkmöglichkeiten steht die stark erweiterte Rechtsmacht des Staates gegenüber. Durch beides verliert das Unverbrüchliche — das durch Glauben und Tradition Selbstverständliche — an Boden zugunsten des Veränderlichen <sup>(129)</sup> und zweckrational Konstruierten.

Diesem Charakteristikum zur Seite steht die Hinwendung der Spätscholastik zu den Gegebenheiten und Bedürfnissen der diesseitigen Welt, zur menschlichen Sozialität, mit deren Hilfe die Kirche selbst begriffen und erfaßt wird. Vielleicht ist es übertrieben, aber es enthält einen Kern Wahrheit, wenn man sagt: Der von der Spätscholastik beschrittene Weg führt vom Heiligen zum Profanen, vom Mysterium in die irdische Zweckwelt, von der Theologie zur Sozialwissenschaft. Im Naturrecht bilden die profanen Zwecke

---

*nare curam patris erga filium; potest facere et determinare quod filius non possit contrahere et nubere sine licentia patris. Et sic si filius vult incumbere medicinae, et pater dicat quod incumbat legibus, si sit licitum et honestum, tenetur filius ei obedire et etiam in omnibus licitis et tolerabilibus in quibus a patribus non est ablata potestas ab ipsa republica. Et sic uxor marito suo. Et si ex contemptu oppositum facerent, peccarent mortaliter.*

<sup>(128)</sup> J. KOHLER, *Die spanischen Naturrechtslehrer des 16. und 17. Jahrhunderts*, Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie 10 (1916-17), p. 235; H. THIEME, *op. cit.*, p. 230; W. WEBER, *op. cit.*, pp. 25 ss.

<sup>(129)</sup> Zur Gewinnung der historischen Perspektive des Naturrechts, vgl. G. AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano 1951, pp. 76 ss., A. DUFOUR, *op. cit.*, p. 54 f.

den Ausgangspunkt, die Glaubensgehalte haben eher die Funktion von Notstützen zur Aufrechterhaltung des kulturellen Selbstverständnisses der katholischen Kirche. Der menschlichen Gesetzgebung hinwiederum wird ein breiter Zugang in einen vordem den sozialen Anforderungen formal entrückten, von schlichtem Bibelverständnis beherrschten Bereich eröffnet. Nichts beweist den Vorgang klarer als die Deutung des Ehesakraments als einen Zusatz, ein *superadditum* des natürlich-bürgerlichen Ehekonsenses.

Es darf die Beobachtung solcher Tendenzen freilich nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese keineswegs geradlinig verfolgt werden — sonst wäre die weltimmanente Sozialdoktrin der frühen Aufklärung fast gänzlich vorweggenommen. Vielmehr befindet sich die Spätscholastik in einem beständig spürbaren Zwiespalt, der mit dem Versuch der Apologie des katholischen Glaubens mit den Mitteln der zweckrationalen Vernunft von selbst gegeben ist. Die Glaubenspositionen in bezug auf die Ehe, seit dem Konzil von Trient weiter verfestigt, sollen nicht aus den Angeln gehoben, sondern auf die Vernunft gegründet werden. Es gehört aber zu den eigentümlichen Resultaten einer solchen Bemühung, daß der Vernunftbeweis zwar — entsprechend den auf ihn hin konzipierten Prämissen — gelingt, gleichzeitig aber — infolge der Vervielfältigung möglicher Prämissen — entwertet wird. Es wird dies von den Autoren der Spätscholastik augenscheinlich vermerkt, denn nur so kann man den häufigen Einsatz der Offenbarung für den Vernunftbeweis erklären. Bei allen Bemühungen um die *natura seclusa fide* bleibt an schwierigen Stellen die Offenbarung — sei es als naturrechtliches Element, sei es als der in nichts als der göttlichen Allmacht gründende Wille Gottes — die letzte Stütze.

Die Naturrechtssysteme der Aufklärung, von apologetischen Rücksichten befreit, konnten unschwer zu neuen Konzepten von Ehe und Familie gelangen; ich erinnere in diesem Zusammenhang an den Austausch der institutionenrechtlichen Grundlegung der Familie durch eine vertragsrechtliche, die auch die Lösung der Einzelprobleme nachhaltig beeinflußte. Gleichwohl ist auffällig, daß vieles, was der Aufklärung als Wahrheit einleuchtete, längst zuvor am Horizont der Spätscholastiker als Denkmöglichkeit erschienen war. Es kann auch nicht übersehen werden, daß die naturrechtlichen Ehe- und Familienkonzepte der Spätscholastik

und der Frühaufklärung in zwei zentralen Punkten übereinstimmen, nämlich der Deutung der Ehe von biologischen und sozialen Zwecken her und der Öffnung der Familie gegenüber den politischen Anforderungen. Erst im letzten Viertel des 18. Jahrhunderts gelangten Anschauungen zum Durchbruch, welche die Ehe dem Zweckdenken entzogen und ihren Begriff in Richtung auf eine Personalisierung und Entrechtlichung grundlegend veränderten. Auch dieser personalistische Ehebegriff, der die Ehe letztlich als die mit dem Eros verschmolzene Gattenliebe deutete, hat freilich eine längere Vorgeschichte seit dem Humanismus, die — so scheint es — im großen und ganzen an der Spätscholastik und dem Naturrecht der frühen Aufklärung vorbei verlaufen ist.

PAOLO GROSSI

## LA PROPRIETÀ NEL SISTEMA PRIVATISTICO DELLA SECONDA SCOLASTICA

I. Il discorso sulla proprietà e il suo impianto giuridico. I teologi e la tradizione giuridica. — II. Fondazioni culturali del discorso sulla proprietà: l'eredità volontaristica. — III. Soggetto e beni nella strutturazione del sistema privatistico. — IV. Fondazioni antropologiche della proprietà: la continuità logica tra il 'me' e il 'mio'. — V. Visione ontologica del *dominium*: il problema dell'isolamento concettuale del 'mio'. — VI. La proprietà come posizione di libertà del soggetto e i suoi caratteri tipizzanti: la *ratio independentiae* e la *ratio superioritatis*. — VII. Ancora sui caratteri tipizzanti: la proprietà nell'area del *libitum* e del *commodum*. — VIII. *Ad omnem usum*: il contenuto del *dominium* e la nozione di *usus*. — IX. Titolarità ed esercizio nell'analisi del diritto soggettivo di proprietà. — X. Esercizio della proprietà e intervento del potere costituito. — XI. Esercizio della proprietà e divisione della proprietà: il problema del dominio utile. — XII. La definizione della proprietà: la prima riflessione postumanistica e il contributo del volontarismo teologico. — XIII. La definizione della proprietà: il realismo gesuitico e l'aggancio alla tradizione giuridica. — XIV. *Dominium in genere* e *divisio rerum*. — XV. A mo' di conclusione.

I. Una constatazione — che ha carattere generale ma un particolare rilievo chiarificatore per la nostra specifica materia — si pone necessaria all'inizio del nostro itinerario: ed è la constatazione ferma e precisa che anche per quei singolari operatori culturali che sono i teologi della Seconda Scolastica l'unico modo di far scienza è quello che passa attraverso i canali obbligati della conoscenza giuridica; anche per essi — che pur sono inseriti vivacemente nel loro tempo e di questo osservatori attenti e compiaciuti; che nelle loro soluzioni (e lo vedremo) dimostrano la massima propensione a sbarazzarsi dei dati tradizionali — l'approccio prevalente per l'analisi della realtà sociale è quello che fa perno

sull'istrumentario tecnico e concettuale elaborato e collaudato nella 'scientia juris'.

Né basta, per giustificare questa premessa, il facile rilievo che i loro interessi sono rivolti più a problemi di teologia morale che dogmatica e che l'oggetto delle loro indagini è, per buona parte, costituito da rapporti di indole economico-sociale (1). L'importante è che questi rapporti divengano, tra le loro mani, *sic et simpliciter* giuridici, che tutta questa realtà sociale sia da loro pensata come ordinata e ordinabile solo in termini di diritto.

Continua in questo maturo Cinquecento un impianto conoscitivo non dissimile da quello della cultura medievale. Per l'inerzia che troppo spesso accompagna, al di là del divenire storico, le posizioni epistemologiche, l'assetto mentale e la *ratio intelligendi* restan quelli pòrti dalla esperienza scientifica della Scolastica, che i movimenti volontaristici e le nuove visioni del mondo dei tardi filoni tre-quattrocenteschi non avevano neppure scalfito (2).

Teologia e diritto continuano quel folto interscambio che ha caratterizzato la loro vita e vitalità per tutto il Medioevo, senza acuire ma anzi elasticizzando al massimo il problema della loro confinazione, con una disponibilità totale ad apporti reciproci; e

---

(1) Ciò è stato notato anche da chi si è mosso a ricostruirne i caratteri, sollecitato da un interesse puramente storico-filosofico. Così nell'ampia trilogia di C. GIACON, *La Seconda Scolastica*, Milano, 1944, 1946, 1950 (I. *I grandi commentatori di San Tommaso*; II. *Precedenze teoretiche ai problemi giuridici: Toledo, Pereira, Fonseca, Molina, Suarez*; III. *I problemi giuridico-politici: Suarez, Bellarmino, Mariana*). Ma si vedano le importanti notazioni di H. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, in *ZSS-GA*, LXX (1953), *passim*, ma soprattutto p. 250 ss., e di W. WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus. Höhepunkt und Abschluss der scholastischen Wirtschaftsbetrachtung durch Ludwig Molina S.J. (1535-1600)*, Münster, 1959, p. 20 ss. La ricchezza degli spunti in proposito è messa ben in evidenza da J. HÖFFNER, *Statik und Dynamik in der scholastischen Wirtschaftsethik*, Köln-Opladen, 1955 (Arbeitsgemeinschaft für Forschung des Landes Nordrhein-Westfalen-Geisteswissenschaften, H. 38), *passim*, e da G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln, 1964 (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte, B. 7), *Introduzione*.

(2) Per le correnti di speculazione francescana, si veda quanto abbiamo avuto occasione di puntualizzare recentemente: *Usus facti. La nozione di proprietà nella inaugurazione dell'età nuova*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, I (1972), *passim*. Quelle nostre conclusioni possono essere estese — ci sembra — anche ai filoni scolastici successivi.

ciò è tanto più singolare e rilevante, dal momento che non ci troviamo sul terreno delle *summae casuum*, dove l'angolatura casistica poteva, per sua natura, condurre a una simile mistione<sup>(8)</sup>, ma siamo anzi, come si avvertiva nelle parole di apertura di questo incontro, su di un terreno culturale sensibilmente diverso, dove i problemi sono i grandi problemi esistenziali della comunità umana e dove l'impegno è volto a individuare e fissare le fondamentali architetture teoretiche come supporto valido di una *res publica christiana* e di una *societas ecclesialis* in un mondo culturalmente e strutturalmente in via di rinnovazione.

Accanto a questo assetto conoscitivo in essi profondamente radicato come un carattere si fanno notare le tracce esterne della intima giuridicità del discorso: l'abbondanza delle citazioni di fonti giuridiche varissime, che vanno dai testi romani del Digesto e del Codice a quelli canonici del *Decretum* e delle *Decretales*, alle *auctoritates* consuete della letteratura di diritto comune. Con una

---

(8) Nella Seconda Scolastica l'interesse teoretico è nettamente prevalente su quello pratico-pastorale; il fine e la intrinseca giustificazione dei grandi trattati 'de iustitia et iure' stanno nell'essere questi trattati un tentativo di conoscenza del mondo sociale attraverso gli strumenti etici della Rivelazione cristiana e gli strumenti formali della scienza giuridica. È questo carattere che segna un discrimine dottrinalmente rigoroso tra Seconda Scolastica e letteratura casistica, e segna anche il confine naturale delle nostre fonti di ricerca. Dalle quali è pertanto consapevolmente esclusa ogni indagine entro la quantitativamente enorme dottrina a carattere penitenziale. Con questa precisazione: talora, al di là delle intenzioni formali, è dato rinvenire in alcune di queste opere un taglio speculativo che le pone in un non ben definito spartiacque fra Seconda Scolastica e casistica; in tal caso le abbiamo fatte oggetto di studio. Tipico ci sembra l'esempio della opera del benedettino Gregorio Sayr (Redgrave (Suffolk) 1560, Venezia 1602), che, malgrado il suo titolo ('Clavis regia sacerdotum casuum conscientiae...'), eloquentissimo, denuncia, nel contenuto, la propria estraneità alla sommistica confessionale. Si veda, in proposito, quanto rileva J. MERCIER, voce *Sayer*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. XIV, p. I, Paris, 1939. Sulle *summae casuum* utili indicazioni, generali e specifiche sulle singole somme, sono offerte da P. MICHAUD QUANTIN, *Sommes de casuistique et manuels de confession au moyen âge (XIIe-XVIIe siècles)*, Louvain-Lille-Montréal, 1962 (*Analecta Mediaevalia Namurcensia*, n. 13). Per la tarda casistica post-tridentina occorrerà integrare con i dati contenuti in E. DUBLANCHY, *Casuistique*, in *Dictionnaire de Théologie catholique*, t. II, p. II, Paris, 1923. Sulla loro collocazione culturale ci sia consentito rinviare al nostro saggio: *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, in *Annali della Facoltà giuridica dell'Università di Macerata*, N.S., I (1966).

notabile peculiarità: i fitti richiami ai testi legislativi nazionali e ai commentatori nazionali, nonché i continui agganci alla prassi giuridica locale dei vari istituti spesso evocati nel colorito linguaggio incolto della pratica quotidiana dei fòri e dei mercati (4).

Quel che conta però — ripetiamolo — è l'orditura formale del loro discorso, orditura che lo pone al centro del divenire delle idee giuridico-sociali dei secoli XVI<sup>o</sup> e XVII<sup>o</sup>, nel pieno della incandescenza di questo divenire, e che consente a noi giuristi, come dicemmo all'inizio dei nostri lavori, di chiedere a degli scrittori di teologia morale risposte non deludenti sul piano del diritto.

Altro problema — ben oltre quello del metodo scientifico di cui s'è ora parlato — è di cogliere il significato dei continui richiami a fonti giuridiche tanto diverse, di rifarsi — almeno estrinsecamente — al solco d'una tradizione giuridica formalmente ininterrotta; è il problema delle scelte sostanziali che i nostri teologi son chiamati a operare sul tema scottante dei rapporti fra uomo e beni e a cui si tenterà di dare una motivata soluzione nel corso del nostro itinerario. Vorremmo solo segnare fin d'ora — almeno dall'angolo visuale della nostra specifica tematica — il coagularsi di due momenti nella evoluzione della Seconda Scolastica, abbastanza precisati da condizionare in qualche modo, come vedremo, l'articolazione del nostro percorso: un momento iniziale di marca tipicamente postumanistica, legatissimo a certi vivi filoni della riflessione teologica prerinascimentale e maggiormente sottratto al peso della tradizione giuridica; un momento posteriore, di straordinaria complessità, entro il quale, sotto il segno del consapevole realismo dei maestri gesuiti, primo fra tutti Ludovico Molina, si

---

(4) È un atteggiamento generale dei nostri Maestri. La testimonianza più significativa e più evidente è quella offerta da Ludovico Molina e dai suoi continui riferimenti alle prassi portoghese e castigliana. Si leggano, a semplice titolo d'esempio, queste sue righe in tema di enfiteusi: « contractus hic lusitane appellatur *aforamento*, dicitur etiam *prazo*, appellatur quoque *fateosi*, quando est perpetuum. Is, cui res in emphyteusim traditur, emphyteuta dicitur; aliquando etiam appellatur emphyteuticarius. Lusitane vero nuncupatur *foreiro*. Is, qui in emphyteusim tradit, quique illi in eo iure succedit, appellari consuevit proprietarius (Lusitane dicitur *o senhorio*) resque ipsa dicitur emphyteutica (lusitane, *foreira*) respectu talis vel talis personae, ecclesiae vel monasterii, cuius est directum dominium » (LUDOVICO MOLINA, *De justitia et jure*, Moguntiae, 1602, t. I, Tract. II, disp. 10, col. 62).

opera un appariscente recupero dei valori della tradizione giuridica e a questo recupero si affida un insieme di conseguenze rilevanti.

II. Ma il legame più incisivo, che informerà di sé tutta la visione che la Seconda Scolastica ebbe del rapporto fra uomo e cose, è quello con il corrosivo e, nel tempo stesso, sollecitante clima culturale che, ai primi del Cinquecento, percorre in lungo e in largo l'Università di Parigi e che respirano profondamente — tanto profondamente da esserne nell'intimo caratterizzati — Francesco da Vitoria e Domenico Soto.

Il viaggio, il soggiorno, gli studi, i rapporti personali di discepolato e di amicizia dei due teologi spagnoli a Parigi — sui quali una risalente storiografia ha avuto l'indubbio merito di richiamare l'attenzione <sup>(5)</sup> — sono fatti storicamente significativi, giacché è soprattutto grazie ad essi che si opera nella Spagna 'salmanticense', nell'ambito di una rinnovata osservanza tomista, il trapianto d'un'esperienza culturale in serrata posizione dialettica con quella e, per ciò stesso, la messa a disposizione delle nuove leve teologiche spagnole di strumenti emersi nell'età nuova contro l'ufficialità medievale e carichi di virulente istanze innovatrici <sup>(6)</sup>.

Nel clima parigino — esattamente qualificato di 'préreformé' <sup>(7)</sup> — da un lato, si presenta la grande crisi che avrebbe tra

---

<sup>(5)</sup> Ci riferiamo, in particolare, alle importanti ricerche su Soto di P. DUHEM, *Dominique Soto et la Scolastique parisienne*, pubblicate originariamente nel *Bulletin hispanique*, XII (1910), XIII (1911), XIV (1912), e alla ben documentata indagine su Vitoria, di R. VILLOSLADA, *La Universidad de Paris durante los estudios de Francisco de Vitoria O.P. (1507-1522)*, Romae, 1938 (*Analecta Gregoriana*, vol. XIV, sect. B), (si veda la significativa affermazione conclusiva di p. 391). Notazioni di rilievo anche in V. BELTRAN DE HEREDIA, *Introduzione a FRANCESCO DA VITORIA, Comentarior a la Secunda Secundae de Santo Tomás*, ed V. Beltrán de Heredia, t. III *De justitia* (qq. 57-66), Salamanca, 1934, pp. xxvii-xxx. Dello stesso, cfr. anche l'ampia biografia di Soto: V. BELTRAN DE HEREDIA, *Domingo de Soto. Estudio biográfico documentado*, Salamanca, 1960, p. 17 ss. Concorde, G. AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951, p. 23.

<sup>(6)</sup> Sulle complesse istanze che prendon vita e forma nella tarda Scolastica e sulle sue motivazioni filosofiche, cfr. C. VASOLI, *La filosofia medievale*, Milano, 1961, p. 403 ss.

<sup>(7)</sup> Da A. RENAUDET, *Préreformé et humanisme à Paris pendant les premières guerres d'Italie (1494-1517)*, Paris, 1916 (la vasta e documentatissima opera del



breve investito la scienza teologica e la struttura ecclesiale, dall'altro, si respira a pieni polmoni l'inebriante vicenda umanistica.

Presentimento della Riforma e visione umanistica dell'uomo e del mondo emergevan però, quali derivazioni ultime, da quel grande nodo culturale che da più di due secoli stringeva a morte l'edificio intellettuale del Medio Evo e, sordamente ma efficacemente, ne minava le fondazioni stesse. È il groviglio di idee e di diagnosi nominaliste e volontariste, continuamente accumulatesi nel corso della tarda Scolastica dalle sistemazioni francescane in poi, che ribolle a Parigi, dove maestri come Majr e Almain portano innanzi le logoranti analisi di Scoto, di Occam, di Gerson, di Gabriele Biel <sup>(8)</sup>.

Sono essi i 'moderni' <sup>(9)</sup>, gli 'juniores' <sup>(10)</sup>, i 'parisienses' <sup>(11)</sup>, i 'neoterici' <sup>(12)</sup>, i 'recentiores' <sup>(13)</sup> cui fanno continuo riferimento Soto e Vitoria, tesi formalmente a una polemica con le loro conclusioni, ma, nella sostanza, da queste condizionati e determinati; sono essi gli autori, apparentemente respinti ma citati quasi con maggior frequenza di quanto non lo sia San Tommaso; sono essi gli autori di formule e definizioni su cui i nostri teologi modeleranno le proprie, com'è il caso di Gerson e d'una sua definizione del *dominium* che assurge a base e punto obbligato d'ogni discussione almeno fino a Molina <sup>(14)</sup>.

---

Renaudet costituisce un importante contributo per la conoscenza dei filoni scolastici parigini di cui si discute nel testo).

<sup>(8)</sup> Cfr. A. RENAUDET, *Paris de 1494 à 1517: Eglise et Université, réformes religieuses, culture et critique humaniste*, in *Courants religieux et humanisme à la fin du XVe et au début du XVIe siècle. Colloque de Strasbourg 9-11 mai 1957*, Paris, 1959. Si può ancora utilmente vedere P. FERET, *La Faculté de Théologie de Paris et ses docteurs les plus célèbres. Epoque moderne*, t. II, Paris, 1901, e P. IMBART DE LA TOUR, *Les origines de la Réforme*, t. II: *L'Eglise catholique, la crise et la renaissance*, Paris, 1909.

<sup>(9)</sup> VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, n. 3.

<sup>(10)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure ...*, Venetiis, 1568, lib. IV, quaest. I, art. I (f. 79v).

<sup>(11)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. I, art. I (f. 80r).

<sup>(12)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. I, art. II (f. 80v).

<sup>(13)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. II, art. 1 (f. 81v).

<sup>(14)</sup> Per la definizione di Gerson, cfr. più sotto al § XII. È interessante notare come questa sostanziale consonanza tra i primi Maestri della Seconda Scolastica e i 'parisienses' fosse rilevata con precisione già alla fine del Cinquecento; un

Non solo; ma quando Vitoria e Soto (e, dietro, gli altri salmanticensi) guardano a un testo di diritto privato per costruire poi il proprio sistema in relativa autonomia, il libro di ordinaria consultazione sarà il fortunato 'Tractatus septipartitus de contractibus', di Corrado Summenhart, dove il teologo tubingense, educato a Parigi nell'identico clima, traduce in termini più rigorosamente tecnici le premesse generali delle correnti volontaristiche (15).

Non poteva, del resto, che essere così: è il mondo culturale dei discussi 'moderni' che preme sulla coscienza di Vitoria e di Soto, che essi sentono non a disagio, ma anzi congeniale con la loro natura di 'homines novi', figli autentici del loro tempo, costruttori d'un sistema teorico perfettamente coerente alla situazione storica più che ideologi d'una realtà cristallizzata da conservare indefinitamente.

*In interiore homine* lo spozalizio fra Vitoria, Soto e i loro seguaci, e il provocante bagaglio ideale dei 'moderni' si realizza per il tramite della visione del mondo essenzialmente umanistica dei Maestri spagnoli (16). In questa loro visione, l'analisi individualistica e volontaristica della realtà sociale si collocava alla perfezione, e si può senza tema di smentita affermare, come dimostra tutto il discorso della Seconda Scolastica, che la loro polemica ufficiale non è tanto contro il nucleo filosofico originale di quell'analisi, quanto contro le eccessive esasperazioni cui l'avevano portato le ultime correnti nominalistiche parigine.

ingegno acuto e disincantato come il gesuita Gregorio di Valencia non può fare a meno di segnare nei suoi commentarii che la definizione di *dominium* proposta da Soto « *verbis tantum, non re differt a definitione Gersonis et Conradi ... ad rem quidem significatam, non differt* »; e ciò, malgrado la formale reiezione da parte di Soto (GREGORIO DI VALENCIA, *Commentariorum theologorum tomus tertius ...*, Venetiis, 1598, *Disputatio quinta generalis. De iustitia et eius speciebus* (quaest X): *De furto et rapina*, col. 994).

(15) J. HALLER, *Die Anfänge der Universität Tübingen, 1477-1537*, I, Aalen, 1970 (rist. ed. Stuttgart, 1927) (sui suoi studi a Parigi, cfr. p. 172; sulle sue predilezioni scotiste, *ibidem*; sui caratteri del trattato 'de contractibus', p. 173 ss.; sulla fortuna di questo nei primi decenni del Cinquecento, p. 176; sui suoi rapporti con i nominalisti e con Gerson, p. 182; sulla sua impostazione umanistica, p. 182 ss.).

(16) Basti qui rinviare ad AMBROSETTI, *Il diritto naturale della Riforma cattolica*, cit., p. 21 ss.

L'interpretazione volontaristica della realtà economico-sociale si fondava su alcune intuizioni decisive: innanzi tutto, una visione dualistica del mondo dei soggetti e del mondo dei fenomeni, con il conseguente tentativo di costruire una metafisica del soggetto sulle cose, di compiere il suo distacco metafisico dalla natura; e, insieme, il tentativo di operare una lettura delle cose solo attraverso il filtro del soggetto costituendole mera ombra di questo e della sua sovranità.

Ne derivava un acuito soggettivismo che investiva in pieno le concezioni del diritto, deformandone la natura da misura obbiettiva del giusto a strumento potestativo della libertà del singolo; una libertà concepita come forza espansiva e dominativa (17). Nel suo compiaciuto distacco metafisico dalle cose il soggetto operatore tendeva a identificarsi sempre più nella posizione di *dominus* riposante unicamente nell'autonomia della sua volontà, e l'ordine giuridico tendeva a essere valutato come un cumulo di situazioni dominative; il *dominium*, inteso in un senso giuridicamente rigoroso, diventava la generale categoria interpretativa dei rapporti sociali e la chiave di volta di tutto il sistema (18).

È questa intuizione che hanno costantemente presente Vitoria e Soto (e non essi soltanto), che essi discutono ampiamente, che essi respingono nelle estreme derivazioni, ma che — ci sembra — accettano nel limpido filo conduttore.

Si aprano le *relectiones* e i commentarii di Vitoria e di Soto, e si constaterà come ogni pagina sia una discussione fitta dello schema proposto da Summenhart nel 'De contractibus' e incentrato su una parossistica dilatazione del concetto di *dominium*; come il primo problema che essi si impegnano a tentar di risolvere è « an dominium sit idem quod ius » (19). Problema che assume un

(17) M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne. Cours d'histoire de la philosophie du droit 1961-1966*, Paris, 1968, p. 183 ss.

(18) È quanto abbiamo tentato di mostrare in una nostra precedente ricerca. Cfr. *Usus facti*, cit., p. 315 ss.

(19) VITORIA, *In Secundam Secundae*. De justitia, quaest. LXII, art. I, n. 5 (« non enim est facile explicare quid sit dominium nisi prius videamus quid sit ius, ut sciamus an dominium sit idem quod ius ... »); DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. I, art. I, f. 79r. La problematica prosegue in modo ricorrente nei Maestri successivi. Vedila, *exempli causa*, riproposta con lucidità dal-

suo preciso significato logico e storico soltanto se collochiamo i Maestri domenicani spagnoli in posizione dialettica con un patrimonio interpretativo che, contro le conclusioni tomiste, si era andato consolidando, dalla fine del Duecento, nelle trame della filosofia francescana, e attraverso Scoto ed Occam era arrivato, fresco di vitalità e di fertilità, alle avide coscienze del mondo umanistico, che pure aveva potentemente contribuito a sollecitare e indirizzare.

La Seconda Scolastica respingerà l'identificazione del diritto in situazione dominativa, ma non si creda che lo faccia in nome di una rigorosa fedeltà al tomismo. Certo, i teologi nuovi commentano la Somma dell'Aquinate, che ha per loro sostituito il *Liber Sententiarum*, e si esercitano sul canovaccio costituito dalla sua struttura; certo, Tommaso è fonte relevantissima del loro discorso; certo, essi possono respingere gli eccessi volontaristici in nome del realismo giuridico che reperivano in Tommaso; ma dedurre da queste giuste considerazioni il loro puro e semplice inserimento tra gli esegeti tomisti rappresenterebbe un fraintendimento della loro complessità culturale.

Si guardino attentamente i loro commentarii e sarà facile osservazione che ben spesso l'intelaiatura della *Summa* e i suoi contenuti sono assunti e ridotti a pura occasione di discorso. Il tema del *dominium* lo dimostra: nozione marginale nell'ambito della sua costruzione, San Tommaso la confina soprattutto all'interno della trattazione del furto, senza dargli né respiro né autonomia<sup>(20)</sup>; nozione invece centrale e fondamentale per i nostri commentarii « de justitia et jure », entro i quali il trattato ' de dominio rerum ' ha non solo una sua quasi perfetta isolabilità e autonomia, ma è addirittura pensato come posizione preliminare e insostituibile di dati condizionanti l'intero ordine giuridico; e di ciò han coscienza

---

l'agostiniano Pietro d'Aragon, il cui ' de justitia ' risale al 1585: « est difficultas, utrum dominium sit idem quod ius. Ad cuius explicationem Conradus [Summenhart] in libro de contractibus ... dicit multa. Primum est ... (PIETRO D'ARAGON, *In Secundam Secundae D. Thomae Doctoris Angelici commentaria. De justitia et jure ...*, Venetiis, 1608, ad quaest. LXII: *De restitutione. Materia de dominio*, p. 82).

<sup>(20)</sup> S. TOMMASO, *Summa theolog.*, IIa IIae, q. LXVI, art. I et II. Ma si veda anche la trattazione che Tommaso ne fa, *ibidem*, Pars prima, q. XCVI.

i nostri autori, quando a chiare note rilevano l'esiguità degli interventi tomisti sul tema, comparandola con la latitudine estrema delle analisi dei *moderni* in proposito <sup>(21)</sup>.

Né il lavoro della Seconda Scolastica, almeno per quanto attiene al rapporto uomo-cose, può minimizzarsi al rango di integrazione dei dati offerti da Tommaso; c'è, al di sotto, una lucida esigenza di andar ben oltre, anche a costo di deformare il senso originario di quei dati. È per questo che i continui riferimenti all'Aquinate ci paiono, dal nostro angolo visuale, assai simili ai riferimenti continui fatti dalla giurisprudenza medievale alle fonti romane: ben spesso mero richiamo autoritativo, momento di sem-

---

<sup>(21)</sup> VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, n. 3. Eloquentissimo l'agostiniano Salòn, il cui trattato risale al 1581; mette conto di citare per esteso un suo passo: « Divisa justitia in commutativam et distributivam, agit. D. Thomas de propriis utriusque actibus et vitiis utrique oppositis, initium sumens a proprio actu commutativae, qui est restituere: et ita agit statim, q. 62, de restitutione. Discipuli autem et interpretes eius, quos hic imitabimur, considerantes omnem restitutionem oriri ex violato dominio, adeo ut dominium collocetur in definitione restitutionis, tum etiam esse dominium basim et fundamentum omnium commutationum, contractuum et pactorum, quae secundum iustitiam commutativam celebrantur, disputationi de restitutione, de emptione et venditione, de usura, de cambiis et caeteris quae sequuntur praemittunt hanc de dominio, tanquam maxime necessariam et a qua aliarum intelligentia pendet. Agunt de dominio Doctores in 4. dist. 15 ... D. Thomas non ex professo, sed incidenter, infra q. 66, art. 1 et 2, et I. par. q. 96, ubi agit de dominio primi hominis, Conradus in suo opere erudito de contractibus quindecim quaestionibus; Gerson ...; Joan[nes] de Medina ...; Soto, toto 4. Libro de justitia copiosissime ... » (MICHELE BARTOLOMEO SALON, *Controversiae de justitia et jure atque de contractibus et commerciiis humanis licitis ac illicitis* ..., Venetiis, 1608, *Tractatus de dominio rerum. Prologus*, p. 105). Altrettanto eloquente il domenicano Bañez: « antequam tractatum valde necessarium de restitutione aggrediamur, necesse est, ut de dominio prius disseramus. Et enim in diffinitione restitutionis ponitur dominium ... et quidem Divus Tho[m]as agit de dominio infra, quaest. 66, artic. 1 et 2 breviter quidem et occasione tractatus de furto. Item etiam alia consideratione agit de dominio in prima parte quaest. 96, per totam, scilicet quatenus primo homini competeat universale dominium. Doctores Theologi ... jurisperiti ... et Gerson ... Item quidem Conradus ... et Joan. de Medina ... et Magister Soto ... » (DOMENICO BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia* ..., Venetiis, 1595, *Praeambulum de dominio*, ad quaest. LXII, p. 73). Lo ripete, ai primi del Seicento, il SAYR (*Clavis regia sacerdotum*, pars secunda, lib. IX, cap. I, in fine) in una completa visione panoramica di tutti gli apporti teologici da S. Tommaso a lui.

plice validità, ma privo di una effettività culturale e sociale che da ben altro proviene.

Confessiamolo pure: il discorso tomista, nella sua integrità, non era agevolmente traducibile in un mondo, come quello del pieno Cinquecento, segnato profondamente da premesse volontaristiche e percorso dal respiro ancor vivo dell'Umanesimo e della Riforma; e rappresentava forse un discorso relativamente comprensibile per coscienze individualisticamente indirizzate e inserite in strutture socio-economiche orientate a un individualismo di marca precapitalistica. Per la Seconda Scolastica l'aggancio a San Tommaso ebbe soprattutto il valore di aggancio a una voce oggettivistica in viva dialettica con le consapevolezze cinquecentesche; ebbe il valore di occasione — non perduta — di verificare e ridimensionare gli eccessi d'una diagnosi soltanto volontaristica della società, in un crocevia turbinoso com'è, per la storia dell'Occidente, quello del maturo Cinquecento.

D'altronde, tutta la scienza teologica, in ogni suo genere letterario, è percorsa, nei primi decenni del secolo, da una crisi, che pesca nel profondo, se per crisi intendiamo una accurata riflessione in sé stessa e un tentativo di nuove aperture metodiche <sup>(22)</sup>; investe addirittura la letteratura casistico-penitenziale, e un dottore tra i più celebrati, il domenicano Silvestro da Priero, campione dell'ufficialità romana e curiale, che scrive la sua 'Summa Summarum' nel 1516, riecheggia, nella redazione delle voci 'Dominium' e 'Usus', motivi molteplici e dimostra, a ben leggervi, la confluenza di varie correnti dottrinali, tra le quali quella volontaristica non è senza rilievo. Silvestro da Priero sarà, tra i sommisti, il più caro ai Maestri spagnoli e il più citato; sarà senza dubbio anche il più congeniale <sup>(23)</sup>.

---

<sup>(22)</sup> Basti rinviare a *L'Eglise et la Renaissance (1449-1517)* (in *Histoire de l'Eglise depuis les origines jusqu'à nos jours*, dir. A. Fliche - V. Martin, vol. 15, Paris, 1951) e ai varii capitoli in cui si articola il libro secondo (*Vie religieuse du monde chrétien, 1449-1517*) tutti dovuti a R. AUBENAS.

<sup>(23)</sup> Per alcuni cenni sulla *Summa* silvestrina, cfr. GROSSI, *Somme penitenziali, diritto canonico, diritto comune*, cit., pp. 103-104. Interessanti le notazioni di F. STEGMÜLLER, *Francisco de Victoria y la doctrina de la Gracia en la escuela salmantina*, Barcelona, 1934, p. 19 ss. Particolarmente significativa, in relazione a quanto si afferma nel testo, la voce *Dominium* della *Summa*, nella struttura della quale

Ci sia consentita un'ultima considerazione che può riuscire chiarificatrice: tutti i Maestri della Seconda Scolastica, spagnoli e non spagnoli, quando trattano del problema uomo-beni, dedicano un capitolo del proprio discorso alla relazione proprietà-uso così come l'aveva elaborata e definita la grande disputa sulla povertà del tardo Medioevo e fan quasi universalmente proprie le conclusioni francescane all'interno della disputa <sup>(24)</sup>.

Come abbiamo avuto modo di notare in altra sede, è nei sviluppi di quella grande controversia che si matura una rinnovata visione dei rapporti fra uomo e cose, e che la proprietà e l'uso subiscono una analisi autenticamente moderna; che il problema della proprietà, inoltre, arricchito, nei robusti canali della filosofia francescana, dal congiungimento con quello della libertà del soggetto, si presenta sostanzialmente rinnovato e proiettato per l'innanzi. Richiamarsi costantemente alla disputa sulla povertà come a un punto obbligato ha quindi tutto il sapore di premettere una fondazione culturale alla propria indagine; nel corso della quale i risultati della disputa sono presenti con straordinaria lucidità, e collocati, ben oltre il modesto significato di chiarimento per lo *jus regularium*, a livello di contributi a una teorica generale della proprietà e dell'uso. Risultati, per giunta, appartenenti più all'emisfero culturale dei 'moderni' che a quello di San Tommaso, e rivelanti più d'una consonanza con le proposizioni dei 'parisienses'.

Con questo cumulo di istanze e di proponimenti, su questa ampia e complessa piattaforma storica, prende l'avvio la meditazione della Seconda Scolastica sul tema uomo-cose; e sarà meditazione complessa, rifuggente la qualificazione semplificatrice. Proprio perché complessa, recherà in sé, come abbiamo già segnalato, alcune contraddizioni. Sarà questo il segno della sua storicità,

---

è palese la confluenza di diverse matrici culturali pur riassorbite nella sostanziale adesione al realismo di marca canonistica. Eloquenti l'esordio («*Dominium secundum aliquos est idem quod ius*»), nel quale Silvestro si fa portavoce delle impostazioni di un Gerson o di un Summenhart. Cfr. SILVESTRO DA PRIERO, *Summa sylvestrina quae Summa summarum merito nuncupatur...*, Venetiis, 1612, voce *Dominium*.

<sup>(24)</sup> Non mette conto di fare citazioni. È un *topos* obbligato di ogni commentario.

del suo impegno a una rinnovata teoria della proprietà e dei diritti reali per i tempi nuovi.

III. Alcuni anni fa un giurista singolarmente aperto alla indagine sociologica, il Savatier, si divertì a compiere, con gusto finemente ironico, una elementare ma rivelatrice analisi quantitativa sulle tessere del mosaico del *Code civil* napoleonico, e ne trasse l'aritmetica conclusione che, a fronte di 515 articoli dedicati al diritto delle persone, i compilatori ne avevano destinato 1766 a problemi inerenti ai beni <sup>(25)</sup>. Recentissimamente un nostro civilista, nel tentativo di una identificazione ideologica e tecnica del Codice civile italiano del 1865, ha riproposto all'attenzione la sistematica di quel Codice imperniata sul regime « dei beni, della proprietà e delle sue modificazioni » nonché « dei modi di acquistare e di trasmettere la proprietà e gli altri diritti sulle cose », ripetendo a suggello interpretativo le frasi notissime di un autorevole giureconsulto coevo alla compilazione che coglievano il supporto di essa nella proprietà come « idea fondamentale » e nelle « persone considerate non altrimenti che come proprietari » <sup>(26)</sup>.

Le due codificazioni del maturo liberalismo ottocentesco parlano, in una maniera tanto rigida quanto spietata, il linguaggio d'una civiltà che ha colto nell'aver una dimensione insostituibile del soggetto e sull'aver ha costruito se stessa; una civiltà che si identifica, pur tra sensibilmente diverse tonalità e angolature, in quell'assetto della società e della cultura occidentali che nasce, in chiave individualistica, sulla crisi dell'ideario medievale; una civiltà cui proclama inequivocabilmente di appartenere anche la Seconda Scolastica.

È proprio della tradizione occidentale, con un filo conduttore ininterrotto dal mondo romano ad oggi — non smentita ma avallata e coadiuvata dalla stessa esperienza religiosa <sup>(27)</sup> — di avvertire

---

<sup>(25)</sup> R. SAVATIER, *Les Métamorphoses économiques et sociales du droit privé d'aujourd'hui*: II. *L'universalisme renouvelé des disciplines juridiques*, Paris, 1959, p. 9.

<sup>(26)</sup> Lo scritto, cui si fa riferimento, è di P. RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, in *Rivista di diritto civile*, XVIII (1972), p. 9. Il giureconsulto, citato dal Rescigno e segnalato nel nostro testo, è Giuseppe Pisanelli, che tanta parte ebbe nella formazione del Codice.

<sup>(27)</sup> L'esperienza giuridica della Chiesa cattolica, testimoniata da tutta la



i valori espressi dalle temporalità, di viverli senza teorizzare impossibili distacchi, di costruire sul reale il proprio ordine, anche quello giuridico. Viverli però, lungo lo stesso filo conduttore, con inverse disponibilità che si affacciano nel corso plurisecolare: per i medievali, soggetti e beni sono porzioni autonome di un ordine onnicomprensivo; essi tendono a cogliere l'autonomia del reale in tutta la ricchezza delle sue forme; v'è in loro il rispetto per l'essere e l'esistere delle cose come dimensioni intrinseche e proprie alle cose, nella più franca propensione a concedere autonomia alla cosa nella sua struttura fenomenica o tutt'almeno economica <sup>(28)</sup>.

Per una coscienza situata nell'emisfero moderno, il reale è invece concepibile solo come zona d'espansione del soggetto, come strumento della sua sovranità, nel tentativo di farne una dimensione del soggetto, un elemento integrante della sua libertà, dignità, capacità; più che *l'essere delle cose è l'averle* le cose il momento rilevante, e l'averle è sempre e soltanto una dimensione soggettiva che ingloba il bene all'interno di quella realtà preponderante e assorbente che è la vita dell'operatore.

Crediamo di aver sufficientemente puntualizzato in altra sede le motivazioni di quel rinnovamento nelle concezioni antropologiche che è all'inaugurazione dell'età nuova e di nuove misure nei rapporti tra uomo e beni <sup>(29)</sup>. Certo, quando dalla armonia condizionante dell'ordine medievale il soggetto balzò, in tutta la sua solitudine, messo a nudo e sollecitato e provocato da suadenti intuizioni teologiche e filosofiche, affermò solo delle pretese verso il mondo esterno che ambì ad *avere* in modo sempre più stretto ed intenso; e si riscoprì sempre più *dominus*, e riscoprì nel *dominium* lo strumento più congeniale ed efficace, come quello che riassume l'averle nella massima qualificazione.

Il diritto medievale, nel suo impianto naturalistico, poteva e doveva disinteressarsi del *dominium*; ma quando, al di sopra del-

---

plurisecolare elaborazione canonistica, è in questo senso. Né crediamo sia senza significato che, nel relativamente recente *Codex juris canonici*, il libro terzo, pur dedicato per buona parte alla materia sacramentale, sia sotto l'intestazione 'de rebus'.

<sup>(28)</sup> Cfr. P. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, Padova, 1968, *passim*.

<sup>(29)</sup> *Usus facti*, cit., p. 306 ss.

l'ordine delle cose, il mondo si costruisce sul soggetto e si risolve nel soggetto, rilevare, fissare, irrigidire i confini del 'mio', renderli rigorosi e geometricamente indiscutibili costituisce un essenziale contributo, prima ancora che economico e giuridico, addirittura antropologico. E il patrimonio, nel suo vincolo al soggetto per il tramite dell'avere, è qualcosa di più di un cumulo di ricchezza e di mezzi di produzione.

Non ci stiamo attardando in precedenti remoti disarticolati dal clima della Seconda Scolastica; stiamo piuttosto abbozzando un volto a quel patrimonio concettuale che, attraverso le correnti volontaristiche di cui abbiamo discusso, la indirizzerà in un senso sostanzialmente individualistico, facendo della grande scuola teologica cinque-secentesca una testimonianza viva e verace del proprio tempo.

Operiamo alcune brevi verifiche nella sistematica posta in essere dai nostri Maestri.

La *res* — intesa non come primordiale entità autonoma recante in sé regole proprie ma come oggetto di volizioni — si pone al centro dell'ordinamento; una visione sostanzialmente patrimonialistica di questo domina e conduce il sistema: la giustizia che loro interessa è quella commutativa, che è tipicamente giustizia dell'individuale; al suo interno il principio base è fissato nell'idea di *restitutio* « ad servandam aequalitatem rerum inter homines »<sup>(30)</sup>; *restitutio* sempre pensata come ripristino di una situazione lesa di proprietà o di possesso<sup>(31)</sup>, in una realtà sociale fatta di operatori economici qualificati e soprattutto di proprietari.

Talvolta, nelle coscienze più vigili, la precedenza data, entro il sistema, alla trattazione della proprietà e degli altri *jura in re* è causa di palese imbarazzo; come in Molina, che però riafferma il proprio disegno sistematico, prescindendo dalla *dignitas materiae*

<sup>(30)</sup> Cfr. ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII. De restitutione, Preamb., p. 82. Sulla relevantissima nozione di *restitutio*, si veda G. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, München, 1969 (Dissert.).

<sup>(31)</sup> Basti citare la testimonianza di avvio di Vitoria, nella quale il problema viene irrigidito più di quanto facciano altri Maestri, ma che è sintomatica: « omnis restitutio fundatur in dominio » (VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, n. 6).

e dall'*ordo naturae*, giacché il discorso intorno ai beni esterni può ben essere pregiudiziale in quanto interpretativo della persona e della posizione della persona nel tempo <sup>(32)</sup>.

La *res*, intesa come sappiamo, è il polo d'attrazione di ogni rapporto giuridico; è notevole, a questo proposito, la dilatazione cui viene sottoposta la nozione di *ius ad rem* <sup>(33)</sup>. Questa, nata nel grembo della dottrina medievale come soluzione tecnica a specifici problemi del diritto beneficiario <sup>(34)</sup>, viene insensibilmente a raccogliere un numero sempre più largo di figure sino a giungere ad essere nozione comprensiva di ogni diritto di credito, in una sistemazione dicotomica dei rapporti giuridici in *jura in re* e *jura ad rem*, dove la *res* funge da elemento unificante e denominatore comune <sup>(35)</sup>.

<sup>(32)</sup> È l'esordio dell'ampio e complesso *tractatus* di Molina 'de justitia commutativa circa bona externa': « licet autem, si ad materiae dignitatem attendas, naturae ordo postulet, ut tractatus hic, non secundus, sed quartus esset ordine, eo quod bona externa bonis corporis, honoris, famae ac spiritualibus sint longe inferiora; quia tamen, quae in hoc tractatu dicenda sunt, lucem dicendis in sequentibus tractatibus afferent, doctrinae ordo postulavit, ut de justitia commutativa circa bona externa hunc secundum instituere tractatum. Primo autem loco de jure et dominio rerum in genere, nec non de partibus quibus dominium quasi integratur et perficitur, tanquam de fundamentis, quae jacienda sunt dissesemus » (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, col. 27). Si noti, a convalida di quanto sarà detto poco oltre nel testo, come il problema dei rapporti reali venga quasi a identificarsi, o comunque a reperire il suo profilo tipico, nel *dominium*, concepito come matrice e fondamento e giustificazione di essi.

<sup>(33)</sup> In armonia con l'indirizzo — ben precisato — della stessa dottrina giuridica. Notazioni finissime possono reperirsi in E. M. MEIJERS, *Le soi-disant « jus ad rem »*, in *Etudes d'histoire du droit*, t. IV, Leyde, 1966, p. 188, e *Art. 584 B.W. en de zakelijke rechten*, ora in *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen*, t. II, Leyde, 1955, p. 8 ss. Per interessanti cenni alla nozione nello specifico contesto della Seconda Scolastica, cfr. THIEME, *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik*, cit., p. 256 ss.

<sup>(34)</sup> Si veda la lucida esposizione di G. PUGLIESE, voce *Diritti reali*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XII, Milano, 1964, 761.

<sup>(35)</sup> Questo è riscontrabile in alcuni autori più tardi, che registrano forse anche certe sistemazioni operate dalla *jurisprudencia*, nei quali lo *jus ad rem* ha perduto la caratterizzazione specifica ed originaria per divenire una categoria generale. Cfr. FERDINANDO DE CASTRO PALAO, *Operis moralis de virtutibus ... pars septima. De justitia et jure*, Lugduni, 1651, Tract. XXXI, punctum V, p. 44: « Superius diximus ius, quod est obiectum justitiae, esse facultatem aliquid faciendi, habendi vel obtinendi, cui, si contravenias, iniuriam irrogas. Quam facultatem in duplicem

Al di sopra della piattaforma patrimoniale e ad essa complementare, l'idea fondamentale del *dominium*, cui viene affidato un ruolo non secondario in ordine alla unità del sistema: atti unilaterali e contratti, liberalità, successioni *mortis causa* e rapporti di garanzia, ricompresi tutti nello schema della 'translatio domini', ruotano, insieme a tutto un ordinamento patrimoniale, intorno a un solo e solido asse portante <sup>(36)</sup>.

IV. « Idem esse censetur nostros actus esse liberos et nos illorum habere dominium » <sup>(37)</sup>. La frase, che troviamo inserita nelle preziose lezioni 'de justitia' tenute al Collegio romano dal giovane Suarez <sup>(38)</sup> e che presenta in forma succinta ed efficace un nucleo riflessivo costantemente presente ai nostri Dottori, è in un duplice senso ben adatta ad avviare il discorso sulla teorica della proprietà nella Seconda Scolastica: innanzi tutto, perché ne segnala il fondamento più riposto, e, insieme, la sua giustificazione sul piano antropologico; in secondo luogo, perché testimonia concretamente gli agganci culturali sinora segnalati.

---

partem divisimus, alteram appellavimus ius in re, alteram ius ad rem; ex hac actio personalis oritur, non realis, cum res ad quam habes ius tibi non sit devincta; ex illa vero actio nascitur, quae rei vindicatio appellatur ... ».

<sup>(36)</sup> Esemplare, a questo proposito, è come STEFANO FAGUNDEZ (*De justitia et contractibus et de acquisitione et translatione domini ...*, Lugduni, 1641) veda e risolva sistematicamente la materia negoziale e successoria nella intelaiatura della *translatio domini*, e i diritti reali di garanzia in quella della *assecuratio domini*, assumendo la nozione di *dominium* — della quale pur non tratta esplicitamente — come riferimento centrale che dà unitarietà del sistema. Vediamone l'interessante partizione: Liber primus: De contractibus; Liber secundus: De acquisitione domini ... per primam rerum divisionem et per alias subdivisiones et modos acquirendi circa res, quae remanserunt extra primam divisionem indivisae; Liber tertius: De translatione domini per promissionem; Liber quartus: De translatione domini per donationem; Liber quintus: De translatione domini per emptionem et venditionem; Liber sextus: De translatione domini per ultimam voluntatem et haereditariam successionem; Liber septimus: De assecuratione domini per contractum pignoris et hypothecae.

<sup>(37)</sup> FRANCESCO SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, quaest. XII, p. 34, ed. in J. GIERS, *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suarez. Edition und Untersuchung seiner römischen Vorlesungen de justitia et jure*, Freiburg i.B., 1958 (*Freiburger theologische Studien*, LXII).

<sup>(38)</sup> Queste lezioni 'de justitia' possono farsi risalire al 1584 (cfr. GIERS, *Die Gerechtigkeitslehre des jungen Suarez*, cit., pp. 27-28).

Sostiamo un momento sul significato della proposizione: la libertà del singolo è una posizione essenzialmente dominativa, giacché il soggetto libero è essenzialmente un *dominus, dominus sui, dominus suorum actuum*.

I maestri spagnoli non creano alcunché di nuovo, quando ci tramandano questo insegnamento; essi lo reperiscono già perfettamente elaborato e logicamente conchiuso nella scolastica francescana — dalla quale, in un rivolo medestissimo, si era travasato anche ai margini del sistema di Tommaso — e nella tarda Scolastica postscotista <sup>(39)</sup>; essi non fanno che riprendere, perché a loro funzionale, un'idea base che costituisce, sul piano d'un rinnovamento antropologico, il punto alfa di un itinerario proiettato in un lontano futuro e l'intuizione fondamentale di tutta la *coiné* culturale della nascente età nuova.

Il soggetto del tardo medioevo <sup>(40)</sup>, sempre più distaccato dall'ordine sociale e fenomenico, o almeno tale da pensare quest'ordine come un suo prodotto, solitario e aggressivo, ha bisogno d'uno strumento che sia, nello stesso tempo — per così dire — di difesa e di offesa, per munire la sua solitudine e rinsaldarla da ogni lato, per garantire successo alla sua vitalità espansiva verso i fenomeni; e il teologo gli crea una nuova nozione di *dominium* in misteriosa armonia con le esigenze delle strutture economiche o addirittura presentando i futuri assetti e fermenti di quelle; gli affida insieme una maggior vitalità interiore e uno strumento oggettivo di azione esterna. Con questa tecnica elaborativa rilevantissima e singolare: che si costruisce lo strumento oggettivo come necessaria conseguenza d'una qualità soggettiva <sup>(41)</sup>.

<sup>(39)</sup> Per la dimostrazione di questo assunto, cfr. GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 309 ss. Sul posto da assegnare al *dominium sui* nella antropologia tomista e sulla derivazione francescana della nozione, nonché su alcune ipervalutazioni di certa storiografia domenicana, cfr. p. 306 ss.

<sup>(40)</sup> La nozione di 'tardo medioevo' è necessariamente molto elastica come quella che si costruisce su di un rinnovamento di coscienze e di valori; a questo rinnovamento, ad esempio, appartiene, secondo noi, anche la più sensibile Scolastica francescana ducentesca con i suoi presentimenti e le sue istanze rinnovatrici sul piano antropologico.

<sup>(41)</sup> Ci è sembrata questa la tipicità dell'insegnamento francescano e la sua carica corrosiva (GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 312.).

Si capisce come la Seconda Scolastica, nel suo respiro umanistico e nella coerenza a un mondo cinquecentesco che comincia a spogliarsi delle architetture medievali, aderisca con entusiasmo a questa idea base; perché essa combacia, alla perfezione, con l'aspetto essenziale dell'ordine umanistico — ispirato a un rigoroso monismo — che si attua e si consuma nel microcosmo dell'individuo, entro il quale i beni hanno lo scopo prevalente di rafforzare le sue suture. E si capisce come ogni trattato sulla proprietà dei nostri Maestri abbia un capitolo iniziale sempre dedicato al *dominium sui*.

Il libero arbitrio, costruito in chiave volontaristica per meglio garantire l'autonomia del soggetto, è il presupposto insopprimibile di ogni *dominium*, perché è esso stesso *dominium*.

L'interscambiabilità tra libertà e proprietà, *leit motiv* di tutte le correnti individualistiche dell'età moderna, è qui già pienamente posta. La 'mia' libertà coincide con la proprietà che io ho di me stesso e delle mie azioni, la mia esistenza di soggetto libero consiste in una serie di comportamenti dominativi, insomma nella proprietà che io ho di me stesso <sup>(42)</sup>.

A taluno sembrerà stonato l'uso che si fa del termine proprietà; a taluno potrà un simile termine parere troppo tecnico, troppo giuridico per descrivere quell'atteggiamento psicologico, che, nel linguaggio comune, a livello appunto psicologico, vien qualificato padronanza di sé e che soffre d'un contenuto generico affatto estraneo all'area del diritto. L'uso del termine proprietà è da noi previsto e voluto in tutta la sua provocatorietà; giacché nulla di generico, di vago, di meramente psicologico ha la nozione di *dominium sui*.

La proprietà di sé e delle proprie azioni, che a ciascun essere razionale la Divinità stessa ha fornito nel momento in cui lo ha

---

<sup>(42)</sup> Le citazioni dovrebbero essere troppo numerose, trattandosi di insegnamento costante. Citiamo qui solo una frase di Soto, perché ci sembra puntualissima: « homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum ut illa libertate creatori servirent » (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, quaest. III, f. 85r). L'equazione fra libertà e dominio di sé, l'identificazione della essenza del libero arbitrio nel *dominium suarum actionum* vi sono efficacemente segnate.

creato a sua immagine <sup>(43)</sup>, è una proprietà in senso teologico-giuridico, costitutivamente niente affatto dissimile dalla proprietà d'un bene, tant'è vero che il discorso giuridico 'de dominio' è sempre rigorosamente unitario e di questo discorso unitario la proprietà delle proprie azioni è, come dicevamo, il primo capitolo <sup>(44)</sup>.

È questo l'importante: che la Seconda Scolastica — in una scelta che non ci sembra subisca perplessità o variazioni — ne avverta la natura di proprietà e come tale la costruisca; e non è importante solo per dimostrare l'assetto giuridico del suo pensiero ordinante, ma anche e soprattutto perché in tal modo la proprietà viene collocata all'interno del soggetto, viene concepita come qualità intrinseca del me, viene ad assumere, con implicazioni notevoli per la storia della dottrina della proprietà, una sua dimensione intrasoggettiva.

Si legga questo testo del fiammingo Malderus: «Omnis et sola rationalis natura domini capax est; est enim domini capacitas adaequata proprietas libertatis. Quod omnes patet. Quia dominium et potestatem habet proprii actus, eo ipso quo liberi est arbitrii» <sup>(45)</sup>. Dove, se mal non intendiamo, la dimensione

---

<sup>(43)</sup> Qualche testimonianza: FRANCESCO DA VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior* (ed. T. Urdanoz, in *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teologicas*, Madrid, 1960), p. 654: «Dominium fundatur in imagine Dei» (cfr. anche p. 663); ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 87 e p. 88 («fit ut convenientissime dicatur imago Dei propter praecellentiam domini»); SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, quaest. II, concl. IIII, p. 114; SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, quaest. XVI, p. 77; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 79; MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 18, col. 91 («confirmatur ex illo Genesis. I: Faciamus... quasi dicat et eo ipso quod ad imaginem et similitudinem nostram sit, praesit et dominus sit sicut et nos domini sumus») e col. 92 («quo fit ut dominium, quod creaturae libero arbitrio o praeditae in alias res habent, cum sit participatio quaedam divini domini...»); LEONARDO LESSIUS, *De justitia et jure*, Mediolani, 1613, p. 23, n. 1.

<sup>(44)</sup> Le differenziazioni fra *dominium sui* e *dominium rerum* non toccano la struttura delle due forme dominative, che è una e deve essere unitariamente valutata. Su di un altro piano, quello della connessione del bene oggetto di dominio con la personalità del *dominus*, le differenziazioni non possono non porsi. Cfr. più avanti, p. 213, nota 250.

<sup>(45)</sup> GIOVANNI MALDERUS, *De virtutibus theologis et justitia et religione. Commentaria ad Secundam Secundae D. Thomae*, Antverpiae, 1616-*Tractatus pri-*

‘ proprietà ’ è divenuta vitale alla dimensione ‘ libertà ’, e la capacità di esser proprietari è capacità di realizzare pienamente la propria personalità, libera in quanto libera di volere e tanto più autenticamente libera in quanto capace di tradurre la propria volontà astratta nelle espressioni dominative che le sone naturali.

L’individuo, nelle varie affermazioni della sua libertà, è sorpreso come proprietario; e l’individuo si vede non giustapposta ma naturalmente compenetrata la qualità di proprietario.

È una proprietà che ha intanto un oggetto e una prima ben definita funzione: l’oggetto è costituito dalle ‘ mie ’ azioni morali, dal ‘ me ’ espresso nelle mie libere scelte. Ovviamente, oggetto del *dominium* non potrà essere il ‘ me ’ fisico, il mio corpo, le mie membra, rispetto ai quali non ho nessuna libertà dominativa ma un uso vincolato secondo i fini della creazione; la Seconda Scolastica è sul punto decisa e recisa, anche se, per completezza, va registrato — e lo registrò l’impetosa, acuta lettura di Gregorio di Valencia — che nei primi sistematori, Vitoria e Soto, potentemente influenzati dalle conclusioni dell’umanesimo laico, si parla non equivocamente di « *dominium corporis sui* » e di « *dominium membrorum* » (46), con un discorso che il coro degli altri teologi si rifiuta di accogliere in armonia con le proprie premesse (47).

È chiaro infatti che ci troviamo qui di fronte a una versione in chiave spiritualistica del fondamento individualistico della

---

*mus. De justitia, iure et dominio in genere*, caput IV, dubium I (p. 287). Giovanni Malderus, gesuita, nacque a Leuw-Saint Pierre (Bruxelles) nel 1563, morì ad Anversa nel 1633; studiò a Douai e a Louvain, dove seguì anche le lezioni di Lessius. Il suo ‘ *De virtutibus theologicis et justitia et religione* ’ appare ad Anversa nel 1616.

(46) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, p. 110; Id., *De Indis recenter inventis, relectio prior*, p. 654. Una affermazione esplicita (« *homo coepit esse dominus in primis sui corporis et membrorum* ») è in DOMENICO SOTO, *Relectio ... in Quartum Sententiarum de Dominio* (ed. J. Brufau Prats, in DOMINGO DE SOTO, *Releccion « de dominio »*, Granada, 1964), p. 110. La ‘ *Relectio* ’ di Soto è del 1535; nel più tardo e più maturo ‘ *de justitia et jure* ’ la affermazione non sembra riprodotta.

(47) Che il rifiuto di una proprietà del proprio corpo sia assunto a vera e propria *communis opinio* lo attesta GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, quaest. X, col. 999. Egli però, dopo aver citato Vitoria tra gli adesivi alla tesi comune, aggiunge: « *contra vero fertur sensisse aliquando idem Victoria* » (*ibidem*, col. 999).



proprietà: tra poco, in un clima estraneo a teologie rivelate, tutta una cultura — quella inglese e non soltanto inglese — parlerà a gran voce di proprietà personale, cioè della propria persona intesa in senso affatto corporeo (48). È chiaro però anche, come più sopra rilevavamo, che ci troviamo di fronte a due modi diversi di sentire e risolvere la medesima esigenza, che appare pertanto a noi come l'esigenza d'una *coincé* socio-culturale.

Una funzione infatti che si affida a una simile proprietà è quella dell'autoconservazione (49), questa singolare pietra filosofale della riflessione etico-politica moderna, che tende a trasformare in proprietà tutte le situazioni nelle quali si concreta; e affiora qua e là un discorso — che avrà echi molteplici — in cui si legano proprietà, autoconservazione, energie e industriosità individuali (50).

Ma un operatore sociale di tanta vitalità qual'è l'*homo novus* dell'età postmedievale non può contentarsi d'una posizione soggettiva di semplice autonomia e di tutela di questa autonomia, ma deve tentare l'avventura aggressiva nel mondo delle cose concepito come un mondo opaco in attesa delle sue iniziative; e il *dominium sui* si traduce immediatamente nel *dominium rerum externarum* (51).

Questo è ancora poco: il *dominium rerum* altro non è che la dilatazione e l'espansione del primo, la conseguenza logica del primo, la insopprimibile plenitudine che corona il primo e compie

(48) Basti rinviare alle sollecitanti pagine di C. B. MACPHERSON, *The political Theory of possessive Individualism. Hobbes to Locke*, Oxford, 1964. Una lettura proficua è poi quella del recente saggio di D. SCHWAB, *Die « Selbstverwaltungsidee » des Freiherrn vom Stein und ihre geistigen Grundlagen*, Frankfurt am M., 1971.

(49) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, quaest. LXII, art. I, pp. 72-73; DOMENICO SOTO, *Relectio in Quartum Sententiarum de dominio*, p. 110; ID. *De justitia et jure*, Lib. IV, quaest. II, art. I, f. 8IV; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 97.

(50) Siamo però ben lontani da quella insistenza sul principio 'lavoro', che è invece tipico dei nuovi filoni liberali, primo fra tutti quello lockiano.

(51) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, p. 35; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 92 e 96; LESSIUS, *De justitia et jure*, p. 31; ANTONIO D'ESCOBAR, *Universae Theologiae moralis receptiores absque lite sententiae nec non controversae disquisitiones. Tomi quinti pars prima, Justitia et jus ...*, Lugduni, 1663, liber XXVI. *Dominium, Sectio prima, caput II, n. 14.*

appieno l'autonomia del *dominus*. Dice Vitoria, nel suo linguaggio conciso, a proposito della capacità soggettiva alla proprietà: « si ergo bruta non habent dominium suorum actuum, ergo nec aliarum rerum » (52). E Domenico Soto, di rincalzo, con la lucidità e concretezza che gli è propria: « Dominium exterarum rerum nemini nisi hac ratione convenit, quod sit ipse suarum actionum dominus; dominium enim quod quisque habet in suos actus, causa est et radix eius quod habet in alias res » (53).

Dietro Vitoria e Soto è un coro unanime; la Seconda Scolastica non ha evoluzioni o variazioni in merito; è un suo principio fisso, indiscusso e forse indiscutibile (54). Perché è un principio che suggella nel profondo l'istituto della proprietà e, prima ancora, ne suggella le estreme fondazioni antropologiche.

Era questa dei nostri Maestri una operazione vitale, perché assumeva il significato di recuperare il 'mio' entro l'area del 'me' nel momento in cui costituiva il 'mio' quale ipostasi necessaria della mia individualità. Sul piano della storia della cultura giuridica moderna essi compivano, né più né meno, se pure con

(52) VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prima*, p. 662.

(53) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, f. 81r.

(54) DOMENICO SOTO, *Relectio in Quartum Sententiarum de dominio*, p. 102 (« sicut solus homo est dominus actionum, solus ipse est dominus rei ») e p. 110 (« homo coepit esse dominus in primis sui corporis et membrorum ... item in totum mundum exteriorem accepit dominium »); ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 86 (« qui sui aut suarum actionum dominus non est, aliarum rerum exterarum dominium habere nullo modo potest, cum hoc secundum ex priori derivetur aut illud saltim necessario praesupponat »); SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, quaest. II, concl. I, p. 113 e concl. IV, p. 114 (« homo habet dominium sui ipsius et suarum actionum ... fuit ergo maxime consonum rationi, ut haberet homo omnium rerum huius universi dominium, quo fit ut fundamentum domini in homine sit liberum arbitrium ipsius »); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 75; MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 37 (« quenamque suorum actuum dominium non habent, multo minus aliarum rerum poterunt dominium habere »), col. 91 e 92; LESSIUS, *De justitia et jure*, p. 23, n. 1 (« illud est fundamentum domini, per quod homo habet potestatem disponendi de rebus; hanc autem habet per intellectum et voluntatem, quia per haec immediate habet potestatem in suos actus et per suos actus in res externas »). SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, pars secunda, lib. IX, cap. IV, De Subiecto domini, n. 2 (p. 548) (« qui suarum actionum dominus non est, multo minus aliarum rerum dominium habere potest »); MALDERUS, *De virtutibus theologis*, tract. I, cap. IV. De subiecto domini, dub. I (p. 287).

diversi strumenti e con diverse prospettive, la fondazione anche ideologica della proprietà, affanno che impegnerà tutta la speculazione etico-politica attraverso il Seicento e il Settecento <sup>(55)</sup>.

La proprietà delle cose esterne è l'ipostasi necessaria d'una dimensione di me che è pur essa *dominium*; ne è quasi il riflesso, il contraccolpo obbligato: « [homo] per [intellectum et voluntatem] immediate habet potestatem in suos actus et per suos actus in res externas » <sup>(56)</sup>. Con il risultato di concepire tutto questo come emanazione del soggetto che, pur da lui provenendo, a lui rifluisce in un moto sempre centripeto; con il risultato di interiorizzare la proprietà nella sua costituzione intima, di vederla e di coglierla, almeno nel nucleo fondamentale, come fenomeno intrasubiettivo; con il risultato di proporre l'avere come una dimensione dell'essere di un uomo che è per vocazione, per missione, per natura un proprietario.

L'operazione ideologica era di straordinaria solidità: l'avere si agganciava nel profondo, nella natura stessa del soggetto, nel costituirsi a *dominus* dell'uomo in quanto figlio di Dio 'dominus supremus' <sup>(57)</sup>. Almeno questa particola minima del 'proprio' era assolutizzata, ontologizzata, era sicuramente di diritto divino e, come tale, non discutibile <sup>(58)</sup>.

In tal modo era l'idea del *proprium* ad essere assolutizzata con rilevanti conseguenze — come vedremo — per la teorica della proprietà. Il *dominium* diventava volontà di affermazione di se stesso nel tempo, privilegio della creatura razionale che vuole

---

<sup>(55)</sup> È quasi superfluo ricordare le affinate analisi di cui la proprietà è oggetto nella riflessione lockiana e, più tardi, nella accurata sistemazione fisiocratica, dove è problematico individuare il livello della diagnosi scientifica e quello della fondazione ideologica.

<sup>(56)</sup> La frase è di Lessius, ed è già stata da noi citata alla nota 54.

<sup>(57)</sup> « Deus hominem ad sui imaginem condidit, hoc est rationalem et liberum, per quam rationem et voluntatem dominium habet suarum actionum, inde factus est rerum dominus » (DOMENICO SOTO, *De iustitia et jure*, lib. IV, q. V, art. I (f. 88r).

<sup>(58)</sup> « Homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum, ut illa libertate creatori servirent. Quo fit, ut aliqua dominiorum divisio iure naturali facta fuerit, nempe haec actionum et quod homo habet proprii honoris et famae. Haud enim iure gentium, sed naturali factum est cuique proprium » (DOMENICO SOTO, *De iustitia et jure*, lib. IV, q. III, f. 85r).

espandere se stessa sul terreno delle cose; e nella sua volontà, nella *vis* che intrinsecamente gli è propria, si scopriva e si motivava la saldezza della *connexio* fra uomo e cose realizzata con la proprietà e che soltanto dalla volontà — e non *aliunde* — traeva vita <sup>(59)</sup>.

Insegnerà Molina: « quae mente sunt praedita, per suum arbitrium dominium habent suorum actuum ...; sic etiam per idem arbitrium capacia sunt dominii aliarum rerum » <sup>(60)</sup>. È lo stesso *arbitrium* — tradurremmo noi: la stessa volontà libera — che sorregge le due proprietà: queste sono non istituti diversi, ma semplicemente manifestazioni in direzione diversa della stessa nozione di proprietà, che è una e che è tecnicamente rigorosa, ed è una perché una è la sua radice.

Nessun salto qualitativo dalla proprietà delle mie azioni alla proprietà di un fondo <sup>(61)</sup>, ma l'una e l'altra rappresentano una sola identica risposta di un individuo che tende a realizzare in forme possessive la vitalità della sua libertà: « potissimum radicatur dominium in libertate voluntatis » <sup>(62)</sup>.

È un domenicano, il Bañez, a precisarcelo, esprimendoci felicemente una convinzione generale <sup>(63)</sup> e riallacciandosi idealmente

<sup>(59)</sup> Sono parole del cardinal De Lugo, che mette conto di trascrivere: « ad dominium autem videtur requiri [voluntas libera], cum dominium sit in ipsa voluntate, sine qua non videtur posse fieri dominus rei, qui aliunde non habet connexionem cum re, ratione cuius debeat aliis omnibus praeferrì in eius usu » (GIOVANNI DE LUGO, *Disputationum de iustitia et jure tomus primus*, Venetiis, 1751, disput. tertia, sectio prima, n. 15 (p. 26). L'instaurazione di un vincolo tanto saldo fra uomo e cosa, come quello del proprietario con la sua cosa, desta la curiosità intellettuale dei più sensibili Maestri della Seconda Scolastica; il De Lugo ne ravvisa esplicitamente il fondamento nella forza dominativa della volontà del soggetto operatore, capace di inglobare la cosa nella sua sfera d'azione.

<sup>(60)</sup> MOLINA, *De iustitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 18, col. 91.

<sup>(61)</sup> Non incide sull'assetto intrinseco dei due *dominia* il fatto che il primo possa essere di diritto naturale e il secondo di diritto delle genti.

<sup>(62)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de jure et iustitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

<sup>(63)</sup> Testimonianze significative in tal senso sono quelle di DOMENICO SOTO, *De iustitia et jure*, Lib. IV, art. I, f. 79v; di ARAGON, *De iustitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 86; di SALON, *Controversiae de iustitia et jure*, Tractatus de dominio rerum, quaest. II, concl. IIII, p. 114 (« quo fit ut fundamentum dominii in homine sit liberum arbitrium, ipsius »); di SUAREZ, *Quaestiones de iustitia et jure*, q. XII, pp. 34, 35, 36; dello stesso BAÑEZ, *Decisiones de jure et iustitia*, ad quaest. LXII,

alle conclusioni della controversia della povertà e alle saldezze antropologiche della antropologia francescana <sup>(64)</sup>. La citazione di Tommaso, che la sua fedeltà di religioso appartenente allo stesso ordine gli impone di scrivere, ha quasi sapore di *auctoritas* formale.

Tra il sistema dell'Aquinate e queste moderne invenzioni la distanza è grande; e quasi ci verrebbe voglia di affermare che molti agganci culturali tra il testo della *Summa* e questi trattati cinquecenteschi — che pur sono formalmente un commento di essa — sono stati impietosamente resecati. San Tommaso si sarebbe ben guardato dal fare del *dominium* l'asse portante del suo ordine: fra le sue trame riecheggia l'idea del *dominium sui* rimbalzata dalle pagine dove i francescani avevano cominciato la loro insistente, sempre più insistente riflessione, e vi è appena accennato il nesso fra *dominium suorum actuum* e *dominium rerum*: occorrerà una lunga avventura intellettuale in altra direzione a che i tempi, gli operatori culturali, la società siano maturi per esprimere in tutta la sua pregnanza e compiutezza un nesso che si contraddistingue ai nostri occhi d'una lucida, straordinaria 'modernità'.

Un'ultima considerazione, prima di chiudere su questo punto: alla luce di quanto detto poco sopra si giustifica tutta la foltissima letteratura 'de dominio' che, dal Trecento in poi, sempre più si infittisce; e si giustifica soprattutto quella letteratura 'de dominio Christi', 'de dominio divino' <sup>(65)</sup>, che ostenta piena vitalità ancora nel Cinquecento: affannandosi nel dimostrare che Cristo, durante la sua vita terrena, fu proprietario di alcunché, si veniva da parte di questi scrittori ad affermare la pienezza della sua dignità almeno per quanto atteneva alla sua natura umana <sup>(66)</sup>. Lo zelo encomiabile messo nella dimostrazione, interpretabile da un osservatore superficiale come patologica degenerazione di un

---

p. 80, 81; di LESSIUS, *De justitia et jure*, cap. IV, p. 23; di SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. IIII, p. 548; di DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. III, sect. prima.

<sup>(64)</sup> Abbiamo indicato queste saldezze nel nostro lavoro: *Usus facti*, cit., cui non ci resta che rinviare (cfr. pp. 306 ss.).

<sup>(65)</sup> Qualche indicazione in tal senso nel nostro: *Usus facti*, cit., *passim*.

<sup>(66)</sup> In fondo, malgrado che la conclusione ultima sia addirittura capovolta, l'itinerario logico e le scelte sostanziali sono le stesse dei teologi francescani disputanti sulla questione della povertà.

malinteso senso devozionale, riassume, per il riconnettersi della proprietà alla pienezza della sfera volitiva, una sua maggiormente autentica validità storica, sottraendosi alla opacità di certa letteratura ascetica.

Osserviamone, per un momento, un distinto esemplare ben inserito nel nostro alveo culturale, il 'De dominio Christi' dell'agostiniano Alfonso Mendoza, una *relectio* tenuta nel 1586: ciò a cui il buon frate tende è provare che il Cristo, anche se non esercitò mai il diritto di proprietà, lo ebbe almeno come titolarità, come dignità « *solum quantum ad ius et proprietatem* » (67). Questo

---

(67) ALFONSO MENDOZA, *Relectio de universali Christi dominio ac regno, quod rerum habet et qua Deus et qua homo est*, in appendice ad A. M., *Quaestiones quodlibeticae ...*, Salmanticae, 1596: « *potestatem itaque ac dominationem Christum non quantum ad usum et exercitium ... sed solum quantum ad ius et proprietatem regni et (ut ita dicam) quantum ad habitum, in hac vita habuisse contendimus* » (p. 708). *Dominium* significa volontà creativa e potestativa, e sarebbe ingiusto defraudarne il Cristo nella pienezza della sua natura umana; di questa natura il *dominium* è una *dignitas*, perché esso è affermazione della propria individualità, segno importante dei meriti del soggetto. La povertà è circostanza rispettabile, che attiene alla perfezione spirituale, soltanto quando essa è frutto di un consapevole e generoso atteggiamento volitivo, com'è nel caso del religioso che ne ha fatto oggetto di voto. Diversamente, la povertà è uno stato che suscita diffidenza nel teologo, quasi che essa sia direttamente proporzionata ai meriti, allo zelo, alle energie individuali (oh, il vecchio Max Weber!). È per questo che Mendoza respinge sdegnosamente le affermazioni di certi riformatori che descrivevano povera la Vergine Maria: « *opportune hic, ne dicam necessario, examinandum restabat an Christus vere fuerit mendicus in hac vita existens et verus pauper. Lutherus namque et Bullingerus et alii insani fabulatores Beatae Virgini infensi, sic loquuntur, apud Petrum Canisium, Mariam pauperulam nullius aestimationis puellulam credi potest, adeo obscuram fuisse apud Nazareth ... Nos vero breviter, etsi negamus Mariae et Christi Domini vitam aliquando cum paupertate fuisse coniunctam, tamen eam penuriam voluntariam et possessionem propriam habuisse* » (p. 710). Dopo aver provveduto di beni la Beatissima Vergine e San Giuseppe, il buon frate può starsene tranquillo. Due ultime notazioni sul testo mendoziano: innanzi tutto, che il teologo agostiniano apprezza positivamente l'intervento legislativo con cui Giovanni XXII volle porre termine alla questione della povertà e col quale definì eretica l'affermazione che Cristo e gli Apostoli « *nihil proprium habuisse* » (p. 711). Senza preoccuparsi minimamente del contesto entro cui la decretale pontificia si inseriva, Mendoza ne afferra solo quanto a lui preme: l'elogio del 'proprium', l'immagine dell'uomo Cristo dotato di un 'proprium'. In secondo luogo, che egli si rifa significativamente a Jacopo Almain, il quale nel suo 'De potestate ecclesiastica' tuonò contro la mendicizia del Cristo. Almain, com'è noto, è il teologo

si esigeva per esaltare in lui la perfetta natura umana accanto alla divina.

V. Il discorso si veniva facendo complesso, e complessa l'analisi della proprietà, che ne scaturiva. Forse mai prima della Seconda Scolastica, eccezion fatta della controversia sulla povertà, il tema della proprietà — questo segno rivelatore dell'età nuova — è stato agitato con tanta dovizia di trattazione, tanta autonomia d'indagine, tanto interesse da parte del ricercatore.

L'interesse nasceva dall'aver inserito il problema all'interno dell'autonomia del singolo e dall'aver coscienza quindi che non era più in questione un istituto della organizzazione meramente obbiettiva della società. La lama indagatrice del teologo-giurista si immergeva ormai in un corpo vivo, entro i confini della individualità stessa. E da più parti si conclama sempre più consapevolmente che le proprietà « *pertinet ad dignitatem* »<sup>(68)</sup>, che essa è « *quaedam perfectio* »<sup>(69)</sup>: consapevolezza consequenziale all'aver impostato il 'mio' come prosecuzione e completamento del 'me' sul terreno delle cose.

È da questo nodo concettuale che nasce la drammaticità del problema del 'mio' come problema di una definizione e di una determinazione rigorosa di esso. Siamo al centro del patrimonio di pensiero di tutta la Seconda Scolastica e siamo nel nucleo essen-

---

della *nouvelle vague* parigina, la quale, a cavaliere tra il Quattrocento e il Cinquecento, contribuì potentemente a una inclinazione della scienza teologica in chiave nominalistica e volontaristica. Non si creda che l'atteggiamento di Mendoza sia isolato; anzi, si inserisce in una coscienza dottrinale che è comune. Della quale possono reperirsi molteplici testimonianze; significativa quella offertaci dal teologo italiano LUDOVICO CARBONE, che, nel suo *Tractatus de omnium rerum restitutione*, Venetiis, 1592 (q. II, p. 10), concepisce il *dominium* come attributo di ogni entità, anche metafisica: « *primum igitur dominium tanquam in fonte reperitur in Deo et Sanctissima Trinitate. Deinde in Christo domino, etiam secundum naturam humanam considerato; quod dominium acquisivit vel ex unione naturae humanae cum divina, vel etiam ex merito ... Beatissima etiam Virgo privata quadam ratione est omnium rerum domina. Angeli quoque et tandem homines, de quorum dominio in praesentia privatim loquimur* ».

<sup>(68)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXIII, p. 84.

<sup>(69)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXIII, p. 75. Ma si vedano anche SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XVI, p. 77, e SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. II, concl. II, p. 113.

ziale dell'itinerario dei prossimi capitoli. Qui vogliamo solo seguire alcune manifestazioni più aperte della generale vena sotterranea come affiorano in talune sensibilità particolarmente acute, nelle quali la ricerca del 'vero' si attua più distesamente e il problema ha una sua impostazione icastica.

È quanto sorprendiamo in Molina, il pensatore che — situato, come vedremo, in un delicato spartiacque nel divenire della Seconda Scolastica — spinge più a fondo lo sguardo. Qual'è — egli si domanda — la identificazione prima della relazione fra soggetto e cosa che chiamiamo *dominium*? Consiste essa nel cumulo dei poteri, o in uno dei poteri, che il *dominus* ha riguardo alla cosa, oppure in qualcosa che antecede, cronologicamente e logicamente, il coagularsi dei poteri? Risponde fermo Molina: « *facultas seu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis* » (70). A livello dei poteri del proprietario non siamo insomma ancora nel momento costitutivo del *dominium*; rispetto ad essi il *dominium* è ancora un *prius*, tant'è vero che io posso trasferirli a un *procurator* o a un amico senza che io abbandoni necessariamente la mia titolarità di proprietario.

Ma l'indagine del teologo va oltre. Lo « *ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distinctum quid est a dominio* », il quale « *in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter* ». Più sotto ripeterà ribadendo: « *ratio dominii circa unam rem est unica et simplicissima* » (71).

(70) MOLINA, *De iustitia et iure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35.

(71) Trascriviamo qui, per intero, in tutta la sua organicità, l'importante testo moliniano: « *Dubium est hoc loco an dominium formaliter et essentialiter sit ius, ita ut ius sit genus comparatione dominii, an vero relatio dominii sit quippiam antecedens facultatem iusve perfecte disponendi de re cuius sumus domini, quasi dominii definitio descriptiva sit, tradita per effectum proprium dominii. Et quamvis metaphysica haec non multum ad rem moralem conferat communiterque dici consueverit ius esse verum genus dominii, contrarium mihi videtur verius. Primo, quoniam recte dicimus, quia Petrus est dominus huius rei, habet facultatem perfecte de illa disponendi; e contrario vero non recte dicimus, quia habet facultatem perfecte disponendi de hac re, est dominus illius; sicut etiam non recte dicimus, quia non habet facultatem ridendi est homo, ergo facultas seu ius perfecte disponendi est effectus dominii, non secus ac facultas ridendi est effectus hominis. Secundo, quoniam esse suum seu proprium alicuius videtur correlativum domini; dominus enim est qui habet aliquid suum simpliciter: quod si id sit*



La proprietà è cioè l'area del ' mio ', di ciò che è autenticamente mio; in quanto tale, non può che proporsi come una relazione elementare, la più elementare possibile, tra soggetto e cosa; una relazione immediata, anzi per sua natura sottratta a possibilità di intermediazioni, unitaria, giacché vede impegnata la mia individualità rispetto alla individualità della cosa a tal punto che essa diventa ' mia '.

Non siamo alla soluzione del problema, non si identifica ancora e si isola il segno non equivoco del ' mio '. Si indica però, da parte di Molina, che la soluzione va raggiunta al di là di facili appagamenti che si fondino sulle manifestazioni esterne e va cercata nel più riposto dell'umana natura; il *dominium* come *relatio simplicissima* non può che radicarsi nella costituzione del soggetto; e di « ius radicale » <sup>(72)</sup>, di « potentia radicalis » <sup>(73)</sup> si parlerà da qualche dottore più tardo.

L'indicazione del grande Maestro di Evora è di non baloccarsi tra il cumulo degli ' jura ' e delle ' facultates ' che rappresentano la manifestazione sociale del proprietario; il *dominium* è qualcosa

---

alius homo, appellatur servus, qui relative dicitur ad servi dominum, suum autem simpliciter, sive id sit alius homo, sive quaecumque alia res est correlativum adaequatum domini in commune; cum ergo esse suum, quod correlativum est domini et obiectum iuris facultatisve ad utendum re, sive sua ea sit sive aliena (quod correlativum est iuris) sint longe diversa, efficitur ut ius et dominium non sint idem formaliter, sed relatio iuris relationem dominii ea ratione consequatur, quod idcirco unusquisque facultatem habeat non solum utendi sed etiam disponendi perfecte de re aliqua, quod illa sit sua ipseque dominus sit illius. Tertio, potest quis conferre procuratori suo aut amico in bonum amici ius tum ad utendum re sua omnibus modis quibus ipse uti potest, tum etiam ad illam alienandum et consumendum retento sibi dominio, interim dum rem non consumit aut alienat: ergo ius ad utendum re aliqua et ad illam alienandum et consumendum distinctum quid est a dominio, quod in eo praecise est positum, quod res sit sua simpliciter. Confirmatur, quoniam ius ad utendum re aliqua et ius ad eam alienandum sunt iura distincta potestque unus et idem habere multa iura circa unam et eandem rem pro diversitate obiectorum, ad quae sunt ea iura, sed ratio dominii circa unam rem est unica et simplicissima; ergo ratio iuris ad perfecte utendum et disponendum de re aliqua diversa est a ratione dominii ... » (MOLINA, *De iustitia et iure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 36).

<sup>(72)</sup> DE LUGO, *De justitia et jure*, T. I, disp. II, sect. I, n. 9 (« dominium sonat ius radicale et ex quo oriuntur seu cui subordinantur alia iura »).

<sup>(73)</sup> CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. VI, n. 1.

di più e di diverso da ritrovarsi nell'area del pregiuridico, oltre lo schermo forse falsificante delle situazioni giuridiche, in zone dove il giurista può, dai confini estremi, gettare uno sguardo di sgomento e dove solo il teologo-giurista può presumere di avventurarsi.

È una visione ontologizzante della proprietà che esaspera il discorso antropologico del precedente capitolo: taluno si rifiuterà di seguire Molina in questo suo procedere oltre <sup>(74)</sup>, talora si identificherà la *ratio prior* a livello dei poteri giuridici e se ne resterà paghi <sup>(75)</sup>, ma la riflessione critica moliniana sull'esigenza di non scambiare per motivazioni di base dei semplici effetti è presente nelle sensibilità più vive; come in Gabriele Vasquez <sup>(76)</sup> o in Domenico Bañez <sup>(77)</sup>. Quest'ultimo arriva addirittura, nel processo di assolutizzazione della proprietà, a negargli il carattere di relazione <sup>(78)</sup>: proporre il *dominium* come rapporto, come 'relatio ad', ha per Bañez il significato di operarne un deformante condizionamento, una pericolosa relativizzazione, mentre è in lui ferma la convinzione che « *dominium est perfectio animae et hominis dignitas* », « *non est relatio formaliter, sed potestas absoluta ordinata ad actus reales* » <sup>(79)</sup>.

<sup>(74)</sup> Come MALDERUS, *De virtutibus theologis*, tract. I, cap. III, dub. I.

<sup>(75)</sup> Afferma con franchezza Gregorio di Valencia che, a proposito della somma dei diritti del proprietario, « *neque huius est petenda ratio prior; agimus nam iam de prima ratione ipsius domini quam dicimus esse uniuscuiusque facultatem libere utendi rebus propter seipsum* » (GREGORIO DI VALENCIA, *De iustitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, coll. 994-995). Non dissimile è anche la conclusione di LESSIUS, *De iustitia et iure*, lib. 2, cap. 3, dub. II, p. 17, quando insegna che « *perfecta ratio domini non est prior iure et potestate disponendi de re, sed hanc essentialiter includit* » (ma si veda, a p. 23, l'ammissione che « *dominium ... immediate fundatur in potentiis* »).

<sup>(76)</sup> « *quamvis enim dominium sic definiatur: facultas alienandi rem in quoscumque usus, tamen haec definitio traditur ab effectu ipsius domini. Dominium autem consistit in radice et quasi fonte huius facultatis ...* » (GABRIELE VASQUEZ, *Commentariorum ac disputationum in Primam Secundae Sancti Thomae tomus secundus ...*, Lugduni, 1631, disput. CLXIX, cap. IV, n. 32).

<sup>(77)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de iure et iustitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

<sup>(78)</sup> È chiaro che qui si attribuisce al termine 'relazione' tutta la pregnanza tecnica che ha nella metafisica e nella logica della Scolastica. Su questa nozione, cfr. A. KREMPEL, *La doctrine de la relation chez Saint Thomas*, Paris, 1952.

<sup>(79)</sup> *Loc. cit.*, alla nota 77.

Non v'ha dubbio che con Molina, Vasquez, Bañez ci troviamo di fronte a testimonianze esasperate che non sarebbe lecito generalizzare. Un dato è però certo: l'invito ad approfondire il problema è generalmente raccolto, e generale è la tendenza a risolverlo sul piano intrasubbiiettivo, mostrando che gli stessi semi — che han dato qualche frutto più vistoso — fecondano tutta l'area culturale della rinascita teologica cinquecentesca.

VI. Seguiamo i nostri Maestri in questo loro approfondito tentativo di non equivoca identificazione del 'mio' e raccogliamo soprattutto la loro indicazione di metodo a non cercare quella identificazione in appariscenti circostanze estrinseche al soggetto e a non allontanarsi troppo da lui; perché in lui è la radice del problema e la sua soluzione.

Non dimentichiamo l'insegnamento di Suarez, cui abbiamo accennato poco sopra: «idem esse censetur nostros actus esse liberos et nos illorum habere dominium ...», «actus ... vere est sub hominis dominio, quia simpliciter est liber», «dominium ... in intrinseca facultate libere operandi consistit», «nihil deest ... ad perfectam domini rationem», se è in gioco la «nostra libera et propria facultas»<sup>(80)</sup>.

Con insistenza, nel giro d'una pagina, si ribadisce lo stesso principio: che la condizione necessaria perché si abbia una posizione dominativa è una posizione di libertà; che il *dominium* costituisce di essa la rappresentazione storica più fedele ed autentica, è anzi di essa, sul piano storico, la dimensione prevalente.

La visione individualistica della realtà sociale elaborata nel seno della filosofia francescana ha qui, in questo maturo Cinquecento, una straordinaria possibilità di traduzione concreta; la comunità non è sorpresa tanto come valore soprastante riposto in essa quale fatto globale, quanto come somma di valori individuali; e ciascun valore si afferma tale per sua intrinseca costituzione che precede la comunità e che viene anzi opposto alla comunità come un *quid* intangibile e inalienabile. La libertà del singolo è il presupposto ineliminabile di ogni *dominium*, ma il *dominium* è l'aspetto dinamico stesso della libertà, è la libertà in azione nel

<sup>(80)</sup> SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, pp. 34 e 35.

suo più tipico meccanismo protettivo; è, se vogliamo, la libertà stessa, esaminata dall'esterno del microcosmo, nella sua realizzazione in forme possessive della natura.

Al fondo di tutte le teoriche, che andiamo studiando, c'è la consapevolezza sentita e sofferta di un interscambio intimo fra libertà e proprietà, di una interpenetrazione, che avviene già a livello teologico, per cui l'uomo-proprietario rappresenta la pienezza dell'uomo-libero, l'uomo-libero garantito nella sua vicenda storica da uno strumento scaturito dalla sua più intima natura e che si identifica addirittura con la sua immagine più vivace e dinamica.

Le premesse volontaristiche della tarda Scolastica sono qui pienamente operanti, e ci consentono di non aver dubbi sul significato del nesso libertà-proprietà; ci consentono anche di giustificare perché, nel pensiero della Seconda Scolastica, le caratteristiche prime del *dominium* siano fissate nella 'ratio independentiae' e nella 'ratio superioritatis'. Nella logorante ricerca dei segni del mio, che conduce i nostri teologi per ardui sentieri di indagine, spetta ad esse il primo posto.

Il 'mio' è la sfera del *proprium*, cioè della mia autonomia dagli altri, corroborata verso gli altri da una cintura non insignificante di beni. La mia posizione giuridica — perché possa ascendere al rango di *dominium* — deve prima conseguire la elementare qualità dell'indipendenza; il *dominus* deve poter compiere ogni operazione che gli si compete « propria autoritate »<sup>(81)</sup>, in virtù di un processo volitivo che nasce, si evolve e si risolve all'interno della sua autonomia; la *dependentia* ferisce a morte la possibilità dell'uomo di realizzarsi e compiersi in proprietario<sup>(82)</sup>.

Consisterà proprio qui una difficoltà quasi insormontabile per arrivare ad elevare a *dominia* i diritti reali limitati d'uso e di usufrutto. A tacer d'altre considerazioni inerenti al raggio d'azione di quei diritti, il discorso pregiudiziale e che solo vale ad escluderli

---

(81) L'affermazione è comune: vedine un esempio in MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 34: « Propria virtute » dirà invece FRANCESCO SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda. De statu perfectionis et religionis*, in *Opera omnia*, t. XV, Parisiis, 1859, p. 563.

(82) Cfr. soprattutto SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. 2, concl. I, p. 111.

dall'area del *proprium* è la relativa *dependentia* dal *dominus rei* che, per loro natura, affermano anche sotto il profilo logico <sup>(83)</sup>. E quando, nella scia della grande controversia post-medievale della povertà, i nostri Maestri, ognuno di essi, dedicherà, nei trattati 'de dominio', un capitolo speciale alla condizione giuridica di quei beni che l'ordine francescano sembra di fatto possedere perpetuamente, si negherà a quella condizione ogni carattere dominativo per essere quella — se pure di fatto perpetua — dipendente dalla volontà del Sommo Pontefice e perciò revocabile in ogni momento: « *dominium est ius in re absolutum et firmum non dependens ex alterius nutu et arbitrio, hoc autem est conditionatum et debilissimum* » <sup>(84)</sup>. Dove, se non andiamo errati, *absolutus* riassume il suo significato primo di sciolto da rapporti e vincoli d'ogni sorta, e, nella specie, configura un diritto liberato dai condizionamenti che dagli altri soggetti possono provenire, e perciò assolutizzato.

Affermare — come nel testo di Lessius ora citato e come generalmente si fa — la indipendenza del proprietario significa perciò marcare il distacco del proprietario dagli altri consociati, segnarne con precisione i confini, risolvere il problema del 'suum' nel problema della perfetta autonomia della volontà del *dominus*. Esordendo sul tema del *dominium* lo stesso Lessius aveva detto *in limine* a tutta la sua riflessione: « *Suum autem dicitur, quod ita*

---

<sup>(83)</sup> Dirà Soto, descrivendo la sua definizione del *dominium* come 'facultas propria': « *Addiderim autem 'propria', ut dominium distinguatur a mera possessione, usu et usufructu. Etenim qui tantum habet usum aut usufructum, non habet propriam facultatem sed dependentem a vero domino vel a iudice id permittente. Itaque, quod non soli barbari verum et latinissimi, iurisprudentium more, iam proprietatem dicunt, id magis latine dicitur propria facultas* » (DOMENICO SOTO, *De iustitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v). Si veda anche GREGORIO DI VALENCIA, *De iustitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 993, di cui è significativa la seguente — ridondante e pleonastica — espressione tendente a cogliere il nucleo costitutivo del *dominium* « *in propria facultate, id est independente ab alterius hominis voluntate, sed dependenter a voluntate eius, qui habet verum et directum (ut vocant) dominium... Unde ius usuarii sive usufructuarii non est proprie dominium, quamvis solet quidem improprie appellari dominium utile sive indirectum* ». L'insegnamento è costante: cfr. VITORIA, *In Secundam Secundae. De iustitia*, q. LXII, art. I, n. 7 (p. 66). Cfr. anche la testimonianza riassuntiva di SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3 (p. 538).

<sup>(84)</sup> LESSIUS, *De iustitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. VIII, n. 32 (p. 20).

subiectum et astrictum illi, cuius esse dicitur, ut possit de eo disponere proprio iure, non ex commissione alterius » <sup>(85)</sup>.

L'indipendenza del soggetto proprietario, mentre eleva uno schermo invalicabile verso l'esterno (sia esso composto di altri soggetti o di cose), agevola il moto centripeto dei beni oggetto di dominio verso il *dominus*, accentuando quella osmosi tra ' me ' e ' mio ' cui abbiám dato rilievo nelle pagine precedenti. Tra le funzioni che gli sono congeniali, spetta anche questa al *dominium*: di costituire il soggetto *absolutus*, di essere di lui più una *perfectio* che una relazione; di essere anzi quasi un valido strumento rescatore di rapporti nel momento in cui si irrobustisce il carattere di monade.

Ma l'indipendenza è ancora una qualità troppo generica; se essa marca nettamente i confini esterni del ' mio ', è anche vero che essa pone il *dominus* allo stesso livello degli altri consociati. Non v'è infatti nella nozione di indipendenza nulla che possa operare un distacco sostanziale del *dominus*, che possa costituirlo in posizione particolare e diversa; come nozione a carattere prevalentemente negativo, l'indipendenza segna dall'esterno i confini senza svolgere all'interno una sua positiva azione. Affermando che un soggetto è in posizione di indipendenza si afferma infatti soltanto l'inesistenza o l'impossibilità di esistere di legami umilianti, di derivazioni condizionanti, lasciando intatta una zona di vuoto che la nozione non può né vuole coprire.

È chiaro — quindi — che porre l'indipendenza come prima manifestazione della proprietà e del proprietario fosse per la Seconda Scolastica soltanto il primo, generalissimo momento d'una analisi che doveva necessariamente procedere oltre e dare un contenuto non equivoco al ' mio '.

Nell'idea di libertà — almeno così come era porta dalla tradizione volontaristica e accettata dai nostri Maestri — emergeva con chiarezza, accanto all'idea sottostante di indipendenza, quella di superiorità <sup>(86)</sup>: la proprietà, quale espressione della ' dominante facultas ' che è la libertà, tende a costruirsi come superio-

<sup>(85)</sup> LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 2, dub. I, n. 1 (p. 16).

<sup>(86)</sup> GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 310 ss. Si rileggano però anche le chiarificatrici pagine del VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, cit., pp. 263 ss.

rità e a operare per il proprietario un sensibile spostamento di piano.

Non dimentichiamo le premesse teologiche in cui affonda la teorica della proprietà: l'uomo fruisce della libertà grazie alla sua filiazione da Dio, per essere strutturato, lui creatura, a immagine del modello increato; ed è sempre a lui come immagine della Divinità che conviene al massimo grado il *dominium*, visto e sentito come aspetto di quella libertà <sup>(87)</sup>.

La mia libertà, la mia indipendenza, la mia preminenza sulle cose — che sono le fondazioni ontologiche della proprietà — hanno radice in una antropologia che si fonde con le certezze prime d'una teologia della creazione, ma che diviene articolazione anche giuridica di forme storiche del soggetto. La *ratio superioritatis* è intrinseca al soggetto: nel momento stesso in cui egli lascia la sua generica capacità di *dominium*, e la traduce in uno specifico potere, nel momento cioè in cui egli realizza in sé specificamente, in quanto *dominus*, l'ombra — sfocata forse ma sufficientemente fedele — del *dominus* supremo, in quel momento si realizza in lui e prende contorni concreti quella *potentia* nascosta in lui che è la superiorità sulle cose.

Ma che si vuol dire con questo termine sonoro ma semanticamente vuoto? Se si vuol soltanto significare una posizione di distacco che generi, come correlativo, posizioni di inferiorità, allora questa stessa *ratio* compete al padre sui figli, al marito sulla moglie, al principe sui sudditi, al prelato sopra i suoi *subiecti* <sup>(88)</sup>. Col che si sarebbe giunti a una totale mistura tra situazioni di diritto pubblico e di diritto privato, che, come vedremo in seguito e per le ragioni che esporremo <sup>(89)</sup>, la Seconda Scolastica vuole accuratamente evitare.

<sup>(87)</sup> Basti una citazione: « ut convenientissime dicatur imago Dei propter praeminentiam dominii » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 88. Cfr. J. BRUFAU PRATS, *La noción analogica del « dominium » en Sanio Tomás, Francisco de Vitoria y Domingo de Doto*, in *Salmanticensis*, IV (1957), p. 96 ss.

<sup>(88)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. II, p. 106; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73; LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. I, n. 1 (p. 16).

<sup>(89)</sup> Cfr. più avanti, p. 160.

E infatti con decisione la evita: il *dominium*, per funzione e per contenuto, nulla ha a che spartire con la *jurisdictio*; la superiorità che esso provoca non è generica, ma identificabile con assoluta precisione, ed è esattamente quella che si concreta nella correlazione *dominus-servus* <sup>(90)</sup>.

Il discorso aveva trovato una sua naturale trasfusione dal teologico al giuridico, dal generico allo specifico, mentre cominciava a mettersi in luce un profilo contenutistico; e si metteva, nello stesso tempo, a frutto una correlazione che era stata vivissima nella Scolastica e che aveva avuto straordinaria utilizzazione da parte dei disputanti sulla povertà e soprattutto da San Bonaventura <sup>(91)</sup>.

Nel rapporto *dominus-servus* tutto è strumentale al *dominus*, tutto è a lui finalizzato: « herus possidet servum tanquam instrumentum quo utitur » <sup>(92)</sup>. In questo rapporto, la superiorità del *dominus* si concreta in una forza assorbente di straordinaria intensità, la quale non consente situazioni di autonomia; ogni situazione che in esso venga a inserirsi si degrada a mera proiezione dei diritti e dei poteri del proprietario.

Il *servus* non emerge oltre il rango modestissimo di dato terminativo della latitudine dei poteri del *dominus*, non ha né può avere scopi ed esigenze suoi; gli scopi e le esigenze rilevanti all'interno del rapporto (usiamo ancora questa espressione senza addurvi alcun significato tecnico) sono soltanto del *dominus* <sup>(93)</sup>.

Se lasciamo da parte l'immagine icastica e puntuale del servo e vi sostituiamo quella più generale di cosa, oggetto normale di dominio nella società cinquecentesca, si vede come questo avvio d'un'analisi del *dominium* aveva una direzione immediata: quella di negare rilevanza alle istanze che provengono da una lettura

<sup>(90)</sup> Particolarmente puntuali le testimonianze di DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. II (p. 106); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73.

<sup>(91)</sup> GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 325.

<sup>(92)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.

<sup>(93)</sup> Ribadisce Salon (*loc. cit.* alla nota 90): « hoc enim est esse servum, ut totus sit domini ».



disponibile delle cose e da una interpretazione fedele del senso delle cose stesse. Le cose — al pari del servo che giuridicamente è loro equiparato — avevano una collocazione semplicemente strumentale.

VII. La strumentalità delle cose all'uomo, elementare principio della visione cristiana del mondo, che tutta la Scolastica conclama e che lo stesso Tommaso non manca di enunciare limpidamente <sup>(94)</sup>, viene qui drasticamente esasperata. Non credo che si esagererebbe affermando che la cosa è qui vista e valutata soprattutto come pretesto per la affermazione della 'mia' libertà, come occasione per rendere più stabile e solida la 'mia' libertà; e la proprietà è costruita più come una libertà sulle e dalle cose che come istituto con una funzione economica prevalente.

Se v'è infatti un dato che sfugge — ci sembra opportuno ripeterlo ancora una volta — è il mondo delle cose come entità organica autonoma, come entità in qualche modo condizionante per il mondo del soggetto.

Insegna Soto: « *dominium ... non quodcumque ius et potestatem significat, sed certe illam quae est in rem, qua uti pro libito nostro possumus in nostram propriam utilitatem quamque ob nos ipsos diligimus* » <sup>(95)</sup>. Rinviamo a più tardi l'esame della prima parte della precisazione e limitiamo per ora la nostra attenzione all'inciso finale. Le cose sono oggetto di manifestazioni volitive senza disponibilità recettizie da parte del volente, ma con l'unica disponibilità a inglobarle all'interno della sfera individuale e a costituirle quale ulteriore fondazione di quella sfera. L'attenzione dell'uomo verso di esse non è contemplazione neutrale, ma moto possessivo; l'unica contemplazione rilevante di esse è quella che si rifrange sul soggetto, che apporta qualcosa al soggetto: solo in quanto diano un contributo alla 'mia' individualità, esse possono rappresentare oggetto di dominio. E ha ragione Soto di sottolineare che nel *dominium* il moto del soggetto è solo apparentemente e mediatamente verso l'esterno, ma che conclusivamente non potrà non convertirsi in un moto di ritorno; il vero fine sostan-

<sup>(94)</sup> Cfr. *Summa Theolog.*, Pars Prima, q. XCVI, art. II.

<sup>(95)</sup> DOMENICO SOTO, *De iustitia et iure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.

ziale di ogni atto dominativo è niente altro che il 'me': « ob nos ipsos ».

Ci sia consentita la citazione di un altro testo, che scaturisce dallo stesso filone culturale e che esplicita e puntualizza il discorso or ora fatto: grazie alla proprietà « conservatur delectatio, quam quisque naturaliter in se ipso et in suo proprio bono habet. Sicut enim quilibet naturaliter amat seipsum et seipso delectatur, nec hoc est malum nec vanum modo amet se et delectetur ut decet ... sic etiam naturaliter amat et gaudet bonis propriis, tanquam mediis deservientibus suae conservationi. Hanc autem naturalem delectationem aufert qui bonorum communitatem constituit. Parum enim amatur parumque gaudium affert bonum quod in dominio amantis non continetur, et tale est bonum commune » (96).

Il discorso dell'agostiniano Aragon, a ben leggervi, è gremito di indicazioni: in primo luogo, sembra ripetere le enunciazioni programmatiche dei volontaristi francescani e della tarda Scolastica e riproporre un soggetto narcisisticamente compiaciuto di sé, tendenzialmente portato a guardare il mondo attraverso il filtro di se stesso e quasi a ricomprenderlo in sé; in secondo luogo, e conseguenzialmente, colloca al centro dell'etica sociale, il principio di autoconservazione cui i beni sono strumentalizzati; in terzo luogo — ed è quanto ci interessa particolarmente in questo punto — riafferma l'idea di un soggetto essenzialmente colto nei suoi atteggiamenti volitivi, e questi, a loro volta, sorpresi nella loro forza espansiva verso la realtà esterna, nella loro innata propensione a diventare atteggiamenti dominativi e immettere, grazie alla propria forza attrattiva, i loro oggetti nell'orbita individuale grazie all'unico strumento autenticamente individualizzante, cioè il *dominium*. Da qui, l'equazione perfettamente reversibile: si ama e si vuole (non dimentichiamo che la volontà è tipicamente *vis amativa*) soprattutto ciò che è *in nostro dominio*, giacché il 'mio' corrisponde a ciò che io voglio e che a me piace.

È inutile tornare qui a segnalare l'osmosi tra il 'me' e il 'mio' su cui abbiamo già insistito; ciò che ora ci preme di segnalare è la motivazione antropologica d'un enunciato così individuali-

---

(96) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 97.

stico; motivazione che corre, per così dire, su un doppio binario, sulla efficace operazione di distacco metafisico del soggetto sulla natura e sulla lucida constatazione della priorità psicologica del *proprium* sul *commune*.

Non vogliamo con ciò dire che l'insegnamento generale della Seconda Scolastica sia per la priorità del *bonum proprium* sul *bonum commune*; più semplicemente vogliamo dire che le molteplici e non indubbe venature individualistiche che sono tipiche della scuola hanno questa fondazione e queste motivazioni.

Fondazioni e motivazioni che rendono pressante il quesito sulla funzione che viene attribuita alla proprietà: certamente, sarebbe impensabile una funzione sociale, ma relativamente pensabile anche una funzione tecnico-economica.

Una proprietà economicamente funzionalizzata sarebbe stata portatrice di istanze tecniche, cioè oggettive, provenienti 'ex natura rei'; qui, almeno nel primo momento che va da Vitoria a Molina e che impegna tutto il Cinquecento, si parte dalla premessa che « non ex praestantia rei sed ex potestate, quam quis habet supra illam, ratio domini debet desumi »<sup>(97)</sup> e che proprietà è soltanto una dimensione del soggetto. E il soggetto — che non ha più limiti alle sue esigenze — reclama il totale recupero della proprietà alla sfera del suo *libitum* e del suo *arbitrium*.

Funzione della proprietà è il *dominus* stesso, il compimento della sua individualità<sup>(98)</sup>, e suoi caratteri essenziali non potranno non essere che gli stessi del *dominus*, il quale è entità individuale soprattutto per ciò che vuole e per ciò che gli piace. Per cui *dominium* è quella posizione soggettiva di libertà, di indipendenza e superiorità sulla cosa in forza della quale il proprietario può fare « quidquid vellet »<sup>(99)</sup>, disporre della cosa « suo arbitratu ob suumque commodum »<sup>(100)</sup>, « ad suum proprium commodum »<sup>(101)</sup>,

<sup>(97)</sup> È sempre Aragon che lo avverte (*loc. sup. cit.*, p. 97).

<sup>(98)</sup> È Aragon che, quasi per fugare ogni idea di funzione sociale connessa alla proprietà, insegna che la cosa oggetto di dominio « debet ordinari in dominum tanquam in finem » (*loc. sup. cit.*, p. 98).

<sup>(99)</sup> VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. 1, n. 20 (p. 77).

<sup>(100)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.

<sup>(101)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.

« pro libito sui domini » (102), « in propriam utilitatem et commodum » (103). E si dichiara capaci di proprietà le sole creature razionali, perché esse sole sono giudici e interpreti del « suum commodum », e pertanto capaci di atti dominativi intrinsecamente a quello finalizzati (104).

Si capisce come non sia possibile fissare un contenuto tipico della proprietà, cristallizzarla o nell'usare, o nell'alienare, o nel tutelare processualmente, e così via. Si potrebbe anzi dire che, secondo questa singolare riflessione teologico-giuridica, l'unico comportamento autenticamente dominativo sta nella libertà di tenere sulla cosa qualsivoglia comportamento, sta cioè in un atteggiamento volitivo che è logicamente precedente ai mille comportamenti limitati e concreti che il soggetto proprietario può tenere (105).

Il momento proprietà attiene al momento della scelta d'una attività dominativa, non dell'attività dominativa scelta. E non si ha esitazione a ripetere che tale scelta non ha condizionamenti se non quelli che il soggetto si pone nell'autonomia della sua volontà e quelli che derivano dalla possibile *iniuria* arrecata ad altri soggetti (106).

(102) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83. Ma si veda anche DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v e f. 83r; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio*, q. I, art. I, concl. II, p. 106.

(103) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 107.

(104) Così GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, coll. 994-995: « uti nam est rem aliquam usurpare referendo illam ad finem aliquem. Itaque sicut solae creaturae intellectuales et liberae agunt propter finem proprie, quippe eae solae cognoscunt formaliter rationem finis et mediorum; sic etiam solae illae vere ac proprie utuntur rebus in suum commodum ac proinde solae habent vere dominium ».

(105) « natura dominii humani est illa, cuius usus omnis est in nostra potestate libera » (SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 34); « colligitur dominium proprie esse tantum illud liberum ius, quod qui habet in rem sibi subiectam ad omnes usus » (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 107).

(106) Indicative queste frasi di Soto: « ad verum dominium ... requiritur praeterea ut possit ipsam [rem] ... in omnem usum absumere: puta alienare, vindicare in iudicio, legare, negligere, etc. » (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 80v); « dominus rei cuiusque ille est, qui citra iniuriam, quae cuiquam irrogetur, potest illa, ut libuerit, uti etiam usque ad eius dispendium et consumptionem » (Soto, *ibidem*, f. 83r).

Altrimenti, non vi sono limiti costituzionali al *libitum* del proprietario; e ci si compiace di precisare che la sua ordinazione della cosa può concretarsi in un « uti illa, ut libuerit, etiam usque ad eius dispendium et consumptionem » (107), o, con frase che ricorda le trionfalistiche e tracotanti enunciazioni del futuro liberalismo economico-giuridico, in un « re [sua] uti pro [suo] arbitrato eam vel [sibi] servando vel vendendo vel donando vel vastando » (108). Perché, posto che si sia il *libitum* come termine della proprietà, gli unici limiti pensabili in linea ordinaria son quelli che potrebbero definirsi meramente potestativi.

La proprietà ha completamente abbandonato il terreno del *bonum publicum* per restar rinserrata nell'area del *bonum privatum* (109); l'istituto non guarda alla comunità, alla utilità, al vantaggio calcolati secondo misure oggettive, ma unicamente alla utilità e al vantaggio del soggetto proprietario. La visione patrimoniale dell'ordinamento si converte in una visione in qualche modo utilitaristica.

Il glossatore medievale aveva definito un certo tipo di proprietà « utilitas fundi » (110) e aveva inteso valorizzare sul piano del diritto quanto, per misterioso processo indipendente dal soggetto, si era consolidato nella « officina delle cose » (111): *utilitas* era, in quel contesto, il risultato di una lettura disponibile delle cose, d'una umiltà dell'operatore che rinunciava alla sua voce per ascoltare la voce della natura; *utilitas* era insomma un cumulo di cir-

(107) Così si legge nel testo di Domenico Soto citato nella nota precedente.

(108) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. 3, dub. II, n. 8 (p. 17).

(109) « qui habet dominium et proprietatem aliquorum bonorum potest illis uti pro libito in quoscumque usus, at Principes non possunt uti bonis suorum civium pro libito, sed solum quatenus postulaverit bonum commune » (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. III, concl. I (p. 141). Dove è segnato marcatamente il discrimine fra *libitum*, cioè *bonum privatum* e *bonum publicum* quale unico spazio disponibile al principe per la sua azione.

(110) Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 191.

(111) È una felice e fortunata espressione di E. FINZI, *Diritto di proprietà e disciplina della produzione*, in *Atti del Primo Congresso Nazionale di Diritto Agrario* (Firenze, 21-23 ottobre 1935), Firenze, 1935, p. 180.

costanze oggettive, tecniche, scritte *in re ipsa*, variabile per il solo variare dei presupposti oggettivi sui quali si fondava.

La nozione di *utile*, di *commodum*, cui fan riferimento i nostri dottori, si modella invece sul soggetto <sup>(112)</sup>, e nel soggetto — nelle sue fantasie, nei suoi umori, nei suoi motivi personali, nei suoi interessi particolari — trova l'occasione delle sue variazioni. Ora, l'utile — soggettivizzandosi al massimo — si è identificato col *libitum*, rovesciando l'utilitarismo medievale di marca naturalistica. L'utile, ormai un tutt'uno con il piacevole, ha le proprie misure solo all'interno di ciascun microcosmo individuale, che è microcosmo perfetto perché la regola del *libitum*, che non ammette confronti verifiche o smentite, è regola sovrana cui l'ordinamento, per il tramite d'una scienza giuridica sensibilissima, fa rinvio <sup>(113)</sup>.

A fronte della funzione sociale conclamata dalla scienza giuridica e dalle legislazioni contemporanee, la proprietà della Seconda Scolastica afferma una sua rigorosa funzione individuale nell'ambito di un'etica dell'individuo altrettanto rigorosa.

Apertamente dichiarata proprio come enunciazione di carattere innanzi tutto etico-religioso, non soffre incrinature né rivela perplessità nel grande coro dottrinale del momento postumanistico del rinnovamento teologico; da tutti si ripete che alla proprietà è affidato il compito di realizzare il mio *libitum* e il mio *commodum*.

È solo con Molina — nel quadro di quella spregiudicata ma attenta rilettura di San Tommaso che operano i grandi Maestri gesuiti — che l'indirizzo individualistico di un Vitoria e di un Soto, senza smentirsi affatto e anzi vieppiù fondandosi speculativamente, approda a conclusioni più complesse <sup>(114)</sup>.

<sup>(112)</sup> « ad hoc, ut quis dicatur habere alicuius rei dominium, sufficit ut illa ordinetur ad utilitatem ipsius » (ARAGON, *De iustitia et iure*, ad quaest. LXII, p. 88 (cfr. però anche p. 97).

<sup>(113)</sup> Si veda, a titolo d'esempio, una pagina di SALON, *Controversiae de iustitia et iure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 107. Non è senza significato la precisazione, che il proprietario prodigalmente dilapidatore del proprio patrimonio, purché la sua prodigalità non rechi *iniuria* ad altri, non compie qualcosa contro la virtù della giustizia, ma solo contro la carità, Significativa e interpretativa anche la precisazione aggiuntiva, che non può commettere *iniuria* « qui iure suo utitur aut iure aliquid facit ». La nozione di abuso nel diritto sembra estranea a questi filoni individualistici.

<sup>(114)</sup> WEBER, *Wirtschaftsethik am Vorabend des Liberalismus*, cit., p. 62 ss.

Lo vedremo tra poco a proposito della divisibilità del dominio, e lo constatiamo ora quando leggiamo che il raggio potestativo del proprietario è così precisato dal grande teologo di Cuenca: « omni modo et propria autoritate, sive in proprium sive in alienum commodum ea [re] utendo et sive eam distrahendo aut consumendo, sive reservando » (115). La funzione rigorosamente individuale e individualistica si dilata, e si ipotizza la legittimità teorica di una proprietà funzionalizzata anche « in alienum commodum ».

Riferimento che sarà ripreso anche da altri Maestri gesuiti successivi a Molina (116), ma che non perderà mai il suo carattere incidentale né diventerà mai un coraggioso discorso autonomo; varrà soltanto a indicare che la Seconda Scolastica, pur nelle sue motivazioni culturali di fondo che sono sostanzialmente unitarie, è segnata in una articolazione varia e complessa piuttosto che presentarsi a noi con una struttura monolitica.

Monolitico è invece un insegnamento conclusivo che si inserisce nel capitolo del 'libitum' o si trae da esso; insegnamento di altissimo valore storico: ed è la universalmente e recisamente proclamata separazione concettuale fra *dominium* e *jurisdictio*, fra potere privato e potere pubblico. Il confine non potrebbe essere più netto: la proprietà appartiene all'area del *libitum*, dell'individuale, del *proprium*; il *bonum* cui essa naturalmente tende è affatto privato come quello che si identifica con la completa realizzazione di chi ne è titolare. Il fine della *jurisdictio*, al contrario, è esterno al suo titolare, è per sua natura proiettato verso la collettività, è collocato — né potrebbe essere diversamente — nell'area del *publicum*.

Quanto la proprietà è — ci si perdoni la tautologia — imperniata sul proprio, tanto il potere pubblico sugli altri; quanto la proprietà serve a rafforzare le chiusure e le difese dell'individuo in se stesso, tanto il potere pubblico è abdicazione di istanze individuali e recezione di istanze circolanti nella collettività (117).

(115) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

(116) Cfr. CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1.

(117) « Inter dominium, ut opponitur servituti, et dominium, ut opponitur subiectioni, hoc est discriminis inter alia, quod habens dominium primo modo potest uti servis ad propriam utilitatem sicut et aliis rebus quarum habet dominium,

E con rigorosa esattezza si opera, presso taluni dottori, una differenziazione anche lessicale riservando alla prima il termine della tradizione giuridica *dominium*, alla seconda quello di *dominatio* <sup>(118)</sup>; e con lucidità si nota che a una sola condizione l'*imperium* si fonderà col *dominium*: che cioè esso lasci il suo assetto naturale e subisca una profonda deformazione patologica, si cambi da potere pubblico in tirannide <sup>(119)</sup>.

Il recupero privatistico della proprietà è circostanza assai rilevante nella storia del pensiero giuridico: si afferma per profonda novità rispetto alle concezioni medievali, nelle quali sin dai tempi più risalenti dell'età romano-barbarica il patrimoniale e il giurisdizionale erano stati pensati e vissuti come facce diverse di un medesimo fenomeno; si afferma però anche a fronte delle prime concezioni volontaristiche dell'età nuova, nelle quali il *dominium* subendo una progressiva dilatazione era divenuto qualcosa di più della proprietà, addirittura una generale categoria interpretativa unitaria dell'azione dell'uomo nel mondo storico, nella quale venivano a fondersi e confondersi aspetti privatistici e aspetti pubblicistici.

La Seconda Scolastica, che ha fatto in gran parte sue le premesse della rivoluzione umanistica e che è attentissima alla rilettura dei testi classici operata dalle nuove scuole giuridiche, può riproporre la separazione concettuale tra le due nozioni in tutta

---

unde potest illos vendere et alienare. At vero habens dominium secundo modo debet ordinare illud non ad propriam utilitatem, sed ad illorum commodum, quibus praeest » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 89). E rinalza BAÑEZ (*Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 83): « Nullus omnino princeps est dominus secundum proprietatem bonorum, quae applicata sunt civibus. Hoc asseritur ab omnibus theologis philosophisque et jurisperitis ... asseritur etiam iure regio hispaniensi ... Ratione vero probatur. Princeps is dicitur, qui rempublicam gubernat propter ipsius reipublicae commodum et utilitatem ». Il quale *commodum* non si identifica col suo *libitum* ma col bene comune (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. III, concl. I, p. 141). Queste conclusioni, espresse più o meno marcatamente, sono proprie a tutti i Maestri della Seconda Scolastica.

<sup>(118)</sup> ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 82; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, p. 106. In senso difforme, DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79r.

<sup>(119)</sup> Cfr. per tutti DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.



la sua rigidità <sup>(120)</sup>. Al sistema privatistico che andava elaborando essa era congeniale e funzionale.

VIII. La proprietà — dunque — è quella posizione di libertà del soggetto, per sua natura conferentegli indipendenza e superiorità, grazie alla quale egli tende a realizzare la propria individualità, magari facendo ciò che a lui piace e ciò che è a suo esclusivo vantaggio.

Fin qui manca ancora ogni accenno al contenuto o ai contenuti della proprietà, e da qui converrà riprendere il filo del nostro itinerario e portarlo innanzi.

Nel momento in cui il discorso della Seconda Scolastica si fa, in proposito, concreto, si dirà da tutti i Maestri, sia del primo che del secondo momento (con la sola posizione autonoma di Molina e dei moliniani <sup>(121)</sup> che non smentisce ma convalida in altra forma e con alcune rettifiche la sostanza della impostazione), che esser proprietari significa esser titolari sulla *res* di una « *facultas ad omnem usum* » (o « *ad omnes usus* »).

Dirà Soto: « *Verum dominium ... in hoc consistit, quod in omnem usum res possit assumi* » <sup>(122)</sup>. Rincalzerà Salon che esso è semplicemente « *liberam facultatem utendi re pro libito et ad omnem usum et ad suam utilitatem* » <sup>(123)</sup>. Preciserà, con la consueta forza speculativa, Suarez: « *natura dominii humani est illa, cuius usus omnis est in nostra potestate libera* » <sup>(124)</sup>.

Arrestiamoci a queste testimonianze autorevoli e chiarificatrici, che sono d'altronde ripetute da tutto il coro dottrinale <sup>(125)</sup>;

<sup>(120)</sup> Riteniamo l'asserzione sostanzialmente esatta, anche se è d'uopo notare che la discriminazione, rigidissima nell'ambito del filone postumanistico, sembra in seguito un po' elasticizzarsi senza smentirsi affatto.

<sup>(121)</sup> Cfr. più sotto, al cap. XIII.

<sup>(122)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 80r.

<sup>(123)</sup> SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. II, pag. 106.

<sup>(124)</sup> SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 34.

<sup>(125)</sup> VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. I, n. 52 (p. 109); CARBONE, *Tractatus de omnium rerum restitutione*, q. II, p. 8; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73; GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994; SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3 (p. 537);

lasciando da parte il problema della qualificazione prima del *dominium* come « facultas », « potestas », « ius » che preferiamo affrontare nei prossimi capitoli, non si può, per ora, non constatare un collegamento tra *dominium* e *usus* che ci sembra estremamente interessante, sia sotto un profilo di qualificazione culturale dei nostri interpreti, sia sotto l'aspetto della storia della costruzione giuridica.

Sotto il primo profilo, essi si ponevano nell'alveo già scavato a fondo dalla controversia della povertà, nella quale il momento speculativo centrale consiste, come abbiamo altrove cercato di dimostrare, in una intensa dialettica fra le nozioni di *dominium* e di *usus* <sup>(126)</sup>.

Non ci stancheremo mai di ripetere, anche a costo di sembrar trascinati nel viluppo di una ipervalutazione storiografica, che la grande controversia apre o tutt'almeno consolida un rinnovato discorso sul rapporto uomo-beni; che essa colpisce al centro di una coscienza in crisi come quella dell'uomo del tardo medioevo e contribuisce a decantarla e rinnovarla; che essa, con diversa forza e a un diverso livello dalla interpretazione giuridica ormai tutta presa nella sua funzione sistematrice della ufficialità medievale, sminuzza senza riguardi tutto un enorme materiale, mette a nudo impietosamente le regole prime dei rapporti fra uomo e cose, le ridiscute, le rielabora, le porge ormai sufficientemente assimilabili alla digestione dell'uomo nuovo, fornisce insomma archetipi duraturi e, quel che più conta, validi per l'innanzi.

Non v'ha dubbio, a nostro parere, che i teologi impegnati nella disputa danno vita e forma a un discorso giuridico autonomo sul nesso uomo-cose, un discorso che ha la ventura di divenire un modello di discorso sull'assillante problema, scandito in momenti che paiono ormai definiti e definitivamente acquisiti <sup>(127)</sup>.

---

GABRIELE VASQUEZ, *In 1. 2. t. II, disput. CLXIX, cap. IV, n. 32*; FERNANDO REBELLO, *Opus de obligationibus justitiae, religionis et caritatis ...*, Lugduni, 1608, lib. I, q. VII, n. 3, p. 55; MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. III, dub. I (p. 283); LESSIUS, *De justitia et jure*, cap. III, dub. II, n. 8 (p. 17); DE LUGO, *De justitia et jure*, disp. II, sect. I, p. 14.

<sup>(126)</sup> GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 318 ss.

<sup>(127)</sup> Cfr. *ibidem*, pp. 291-293.

E la Seconda Scolastica, a quasi duecento anni dal Concilio di Costanza che aveva formalmente risolto la disputa, dedica, in ogni suo commentario, un capitolo autonomo all'oggetto di essa e ai termini di essa, appropriandosi di tutto il materiale che quella aveva analizzato, magari modificandolo secondo le esigenze del secolo, ma costruendovi sopra come su fondamenta solide, al pari di chi erigesse architetture nuove con le pietre d'un edificio remoto e diruto, che si mostrano però intatte dall'usura dei tempi.

Le elaborazioni teoriche della disputa prima delle particolari deviazioni occamiane — che sono poi le conclusioni riprese dai Maestri cinquecenteschi — sono note, e sono riassumibili in queste conclusioni assai nette, frutto indubbio del volontarismo dei francescani che vi presero parte: rigida discriminazione fra mondo della volontà e mondo dei fenomeni, mondo dei soggetti e mondo dei fatti; rigida discriminazione e quasi separazione assoluta senza possibilità di interscambi tra proprietà, intesa come espressione prima della volontà e della libertà del singolo, dimensione stessa del singolo, e l'uso, inteso come l'atteggiarsi economico della cosa, dimensione stessa della cosa, e perciò fenomeno, e perciò fatto, estraneo — in quanto tale — al mondo della sovranità del soggetto e relegato nel limbo anonimo degli oggetti <sup>(128)</sup>.

È questa la posizione di partenza e forse la posizione più genuina all'interno della disputa sulla povertà, ed è appena il caso di avvertire che tra questa posizione e quella degli scolastici cinque-seicenteschi il divario è sensibile. Molte rigidezze sono abbandonate, molti arricchimenti — frutto della bisecolare esperienza storica — vi son fatti confluire, ma il nodo centrale del discorso resta, per molti aspetti, modellato sulla diagnosi praticamente intraducibile, ma teoreticamente suggestiva dei francescani medievali.

Ma vediamo più da vicino le testimonianze che ci conducono a una simile valutazione, e cerchiamo soprattutto di sorprendere i reali collegamenti fra *dominium* e *usus* segnalati nella generale qualificazione della proprietà come « *facultas ad omnem usum* ».

Già sappiamo qualcosa intorno al *dominium*, già abbiamo — in proposito — alcune indicazioni, se pur ancora troppo vaghe, esposte nei precedenti capitoli. Ma che cos'è *usus*? È veramente

---

<sup>(128)</sup> Cfr. *ibidem*, p. 350.

questa nozione un *oppositum* logico della proprietà, una sorta di situazione capovolta rispetto alla proprietà e che, come tutte le immagini capovolte, reca in sé il grottesco e il ridicolo derivante dal capovolgimento stesso?

Per identificare con sufficiente precisione il senso della nozione nel quadro della Seconda Scolastica, occorre coglierla come momento di sintesi di due diverse tradizioni, la giuridica e la teologica. Quella giuridica, che aveva avuto la sua analisi più approfondita nella strutturazione romana e medievale degli istituti dell'*usus* e dell'*ususfructus*, alla quale si erano esclusivamente ispirati i teologi della povertà nel loro singolare giuridicismo <sup>(129)</sup>, faceva consistere l'*usus* nell'appropriazione della normale natura economica d'una cosa e nell'assoluto rispetto della *substantia rei*; il comportamento dell'*utens* si concretava in forme più o meno ampie di godimento che lasciavano intatta l'essenza della cosa, e si trattava pur sempre di un comportamento vincolato dalla *utilitas* della cosa intesa come realtà oggettiva, ostentante una sua meccanicità nella quale, entro lo schema operativo del *fructus capere*, aveva più rilievo la cosa con tutte le sue regole economiche che il soggetto con le sue pretese, e nella quale, soprattutto per la scansione primordiale e quasi neutra dello schema del godimento, la dimensione volitiva restava opacizzata nella costanza di approcci tipici nei quali per la libertà del soggetto c'era uno spazio affatto esiguo.

L'aver attinto il concetto di *usus* da questa tradizione e averlo identificato con la *captio fructuum* aveva assai agevolato i francescani in ordine alla eliminazione dell'*usus* dal mondo della volontà e al riconoscimento nell'*usus* di una forma appropriativa non specifica all'uomo, ma comune a tutto il mondo animale, perciò meccanicistica e volitivamente neutra.

Accanto alla nozione giuridica si contrappone però una nozione squisitamente teologica che fa capo ad Agostino e che troviamo ripetuta da tutta la Scolastica, da Bonaventura a Tommaso a Scoto <sup>(130)</sup>; secondo questa « sumuntur uti et frui pro actu elicito

---

<sup>(129)</sup> Questo diciamo a parziale rettifica di quanto affermato nel nostro più volte citato *Usus facti*, alla p. 337.

<sup>(130)</sup> Basti qui rinviare, *sub voce*, ai lessici usuali, strumenti imperfetti, talora

voluntatis, quo voluntas amando adhaeret alicui rei » (131); l'*usus* viene decisamente recuperato al novero degli atti estrinsecativi della volontà.

I Maestri della Seconda Scolastica hanno lucidamente presenti le due nozioni; espressamente lo dicono ed espressamente ne puntualizzano la diversità di concezione (132). Formalmente essi dichiarano che, in questo campo dei rapporti sociali, ha più rilievo la nozione giuridica, ma concretamente essi ci propongono una loro nozione di *usus*, nella quale si è chiaramente operata una confluenza delle due tradizioni. L'*usus* per essi è atto proprio di una creatura razionale e non di ogni e qualsivoglia creatura animale; per cui l'*usus* non è atto neutro, estraneo all'area volitiva. Per loro — è la voce di Soto a dichiararcelo — « uti est rem in finem ordinare, quandoquidem voluntas est finis, usus autem mediorum ad finem » (133); l'uso è cioè un ordinamento della cosa sorretto da una volontà precisa che si pone rispetto ad esso come moto propulsore e come fine. In rapporto alla volontà l'uso ha quindi un carattere soltanto mediativo, strumentale, operativo, ma è atto del soggetto colorito in qualche modo della sua razionalità e volontà.

È da questa premessa, che dilata estremamente la nozione tradizionale dei giuristi, che discende la nozione consequenzialmente latissima che dell'*usus* hanno (con l'eccezione di Molina e dei moli-

---

invecchiati, ma comunque utili. Si veda pertanto *Lexicon Bonaventurianum philosophico-theologicum ...*, cur. A. M. A. VICETIA et J. A. RUBINO, Venetiis, 1880; *Lexicon scholasticum philosophico-theologicum in quo termini definitiones distinctiones et effata ... a B. Ioanne Duns Scoto ... exponuntur ...*, cur. M. FERNANDEZ GARCIA, Ad Claras Aquas, 1910; *Thomas-Lexicon*, cur. L. SCHÜTZ, Stuttgart, 1958 (rist.).

(131) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 108.

(132) « est advertendum quod uti et frui, cum ponuntur in definitionibus usus et ususfructus, non accipiuntur in ea significatione qua Theologi in I. dist. I. illis dictionibus uti consueverunt, cum dicunt quod usus est, quando voluntas amando adhaeret alicui rei ... Itaque non est haec vis horum verborum in hoc loco, sed uti in praesenti est ex re aliena tibi promissa te solum fructum capere ... » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Cfr. anche SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 108.

(133) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. II, f. 81r.

niani, cui il vivo senso e la cultura giuridici fan riscoprire la ristretta nozione di uso *more jurisprudentiae* (134) i trattatisti cinquecenteschi 'de justitia et jure'.

« In omnem usum absumere [rem] » significa tranquillamente « alienare, vendicare in iudicio, legare, negligere, etc. » (135), « vendere aut distrahere » (136), « non solum locare, sed etiam vendere et diruere » (137), e lo « uti ut libuerit » si spinge senza difficoltà « etiam usque ad eius [rei] dispendium et consumptionem » (138).

Lo *uti* si mescola visibilmente anche con l'*abuti*, inteso in duplice modo: sia nel senso tecnico-giuridico di consunzione della cosa stessa (139); sia nel senso comune di abuso della cosa oltre le finalità obbiettive di essa proprie (140).

Lo *uti* si lega al *libitum* e si soggettivizza, si svincola dai limiti posti nella cosa per trovare i suoi soli limiti nella volontà dell'utente. *Alienare, vindicare, legare, negligere, diruere, locare* sono attività che possono ciascuna realizzare una funzione oggettiva (come, per l'atto di alienare, il trasferimento della cosa), ma in quanto espressioni dell'*usus* d'una cosa realizzano innanzi tutto istanze del soggetto, del suo *libitum*. Usare non è più qui attività condizionata dalla natura economica della cosa, ma posta in relazione con la libertà del soggetto; non è più soltanto il godere della cosa, ma può concretarsi in una gamma di attività che vanno dal

(134) E coerentemente Molina ritiene estranea alla nozione di *uti* quella di *disponere*. Cfr. MOLINA, *De justitia et iure*, t. I, tract. II, disp. 18, col. 91: « dominium namque ad usum liberamque dispositionem rei, cuius quis est dominus, ordinatur ». Cfr., anche, *ibidem*, Tract. II, disp. 3, col. 34: « sive ... utendo et sive eam [rem] distrahendo aut consumendo ... ».

(135) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 80v.

(136) SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 107.

(137) ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, pp. 83-84.

(138) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. III, f. 83r.

(139) Un chiarissimo riferimento in MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. III, dub. I, p. 283: « dico ' ad quemlibet eius usum ', late sumendo usum, ut comprehendat omnem dispositionem de re, atque etiam abusum, alienationem, destructionem. Abusum inquam, hoc est usum quo res consumitur; quo modo et imperatoriae leges et canones voce ista utuntur ».

(140) VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. I, n. 16 (p. 74).

semplice godimento alla messa in opera d'un atto di amministrazione, come di un atto di disposizione, come di un comportamento negligitivo o addirittura distruttivo della cosa.

L'*uti* dei giuristi significava almeno rispetto della cosa nella sua struttura intima; qui l'*uti* non ha confini con l'*abuti*, e può identificarsi con qualsiasi esercizio del diritto sulla cosa.

La trasformazione della nozione di *utilitas* da oggettiva a soggettiva, che abbiamo segnalato nel precedente capitolo, ha la sua perfetta rifrazione in quella di *usus*: *uti* e *utilitas* sono soltanto espressioni dell'*utens*, sono l'ombra dell'*utens* e come tali ripetono sulle cose i contorni, la sagoma dell'*utens*.

È questa una riflessione dell'intera Seconda Scolastica, ivi compreso Molina ben spesso autonomo con la sua tormentata e, a volte, contraddittoria testimonianza; ed è riflessione che sembrerebbe clamorosamente smentire i risultati del volontarismo francescano, in adesione a una tradizione teologica che i disputanti sulla povertà hanno consapevolmente e per propria scelta ignorato.

Ma sarebbe questa una deduzione affrettata. La Seconda Scolastica infatti ci dà dell'*usus* due profili: uno, per così dire, orizzontale e quantitativo <sup>(141)</sup>, ed è quello che abbiamo ora esaminato; un altro, per così dire, verticale e qualitativo, nella cui elaborazione il modello di discorso si rivela essere ancora quello dei francescani. È il profilo, cui vogliamo brevemente ora guardare e che completa il quadro sin qui offerto.

L'*usus* — si insegna — può concretarsi in un *actus* oppure in uno *ius*, in quelli che Soto (e dopo di lui gli altri) chiama, utilizzando financo l'identico linguaggio francescano, *usus facti* e *usus in habitu* <sup>(142)</sup>.

Sofferamoci un momento. *Usus facti* è l'azione stessa di usare <sup>(143)</sup>, il fatto di usare una cosa <sup>(144)</sup>: indossare un vestito o

<sup>(141)</sup> Se cioè *uti* è soltanto usare in senso stretto, o alienare, legare, distruggere, etc.

<sup>(142)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 8ov.

<sup>(143)</sup> « istae voces usus et ususfructus possunt accipi dupliciter. Uno modo pro ipso actu utendi rebus possessis, qualis est actualis equitatio vel habitatio domus » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Cfr. anche SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 108; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 74; MOLINA, *De*

cavalcare un cavallo sono forme di *usus facti* rispettivamente del vestito e del cavallo; questa azione può anche essere neutra o meccanica, o avere in sé comunque impronte non rilevanti di soggettività e soprattutto di volitività; questa azione, anche se continuata nel tempo, non crea una relazione stabile fra soggetto e cosa, ma è piuttosto pensabile come una somma di tante azioni attuali consecutive <sup>(145)</sup>.

*Usus in habitu* è lo *jus* di tenere una certa azione d'usare, situazione di sicura giuridicità distinta dall'azione <sup>(146)</sup>, munita di stabilità proprio perché è *ius* e non *factum*, e, proprio perché *ius*, nettamente sorretta da una nervatura di volizioni <sup>(147)</sup>.

Di fronte a simili fattispecie, i teologi della disputa sulla povertà, in ossequio al loro dualismo — per dir così — manicheo, non hanno la minima esitazione: l'*usus facti* è fatto, è fenomeno come una pietra o una pianta; l'*usus juris* è *jus in usu*, cioè non

*justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45; ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. IV, n. 32.

<sup>(144)</sup> « sciendum est usum duobus modis accipi. Uno pro actu utendi, quo pacto equitatio dicitur usus equi et habitatio usus domus. Altero pro iure ad eo modo utendum. Usus in priori acceptione appellatur a iurisperitis usus facti, id est usus qui est factum » (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45).

<sup>(145)</sup> L'*usus facti* è concepibile « pro ipso actu utendi rebus possessis qualis est actualis equitatio vel habitatio domus et sic sunt quaedam res successivae » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). La situazione di fatto, che si realizza mediante l'*usus facti*, è pensabile come una continuità di situazioni momentanee, alle quali si presuppone — per perdurare — l'implicito consenso del *dominus*. La continuità della situazione nel tempo è perciò sempre legata alla volontà del *dominus*: « dicebamus usum facti in tali persona non esse ex proprio iure, sed ex licentia veri domini, a quo semper pendet » (SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 38).

<sup>(146)</sup> Si vedano soprattutto ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84, e SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IV, p. 108.

<sup>(147)</sup> Rileggiamo per intero il passo di Molina parzialmente citato alla nota 144; ci sembra particolarmente illuminante: « sciendum est usum duobus modis accipi. Uno pro actu utendi, quo pacto equitatio dicitur usus equi et habitatio usus domus. Altero pro iure ad eo modo utendum. Usus in priori acceptione appellatur a iurisperitis usus facti, id est usus qui est factum, ut eum distinguant ab usu in posteriori acceptione, qui est ius ad factum permanetque cessante actu utendi ». Interessanti notazioni anche in ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. IV, n. 32.



è sostanzialmente *usus*, dal momento che *usus* è un mero oggetto d'una posizione giuridica; è invece sostanzialmente *ius*, e perciò come *jus* assimilabile alle molte fattispecie dominative e inseribile in quella ampia categoria che ha il suo denominatore comune nel *dominium* <sup>(148)</sup>.

Per i teologi pauperisti, che partivano da premesse rigidissime, era insomma semplice la *reductio ad dualitatem*; meno semplice doveva prospettarsi la sistemazione per la Seconda Scolastica che si era rifiutata di esiliare ogni forma di uso, quale atto tributario della realtà esterna, nell'esilio dei fatti, e vi aveva invece riconosciuto i caratteri di attività, più o meno, volitiva; che, d'altronde, sembrava accettare la dialettica *usus facti - usus in habitu* in termini non dissimili da quelli remoti della disputa. E fu meno semplice, e non fu soluzione netta, e non priva di contraddizioni che ne sottolineano il travaglio di maturazione.

Ecco Salon: « licet simpliciter et absolute loquendo ac prima facie dominium et usus ita distinguantur, ut dominium sit ius, quod dominus habet in rem suam, usus vero actus quo quis illa utitur, nihilominus usum ipsum distinguendum esse necessario in usum in habitu vel iuris et in usum facti » <sup>(149)</sup>.

Ecco, più esplicitamente, Bañez: « est notandum quod quemadmodum distinximus usum in habitualem et actualem, ita solet distingui dominium in habituale et actuale, taliter ut habituale sit facultas illa propria utendi rebus, actuale vero dominium indicatur ipsum exercitium domini. Sed est maxima differentia: quoniam usus proprie est in actu ipso, in habitu vero improprie et secundum quid. Dominium autem vice versa; nam in actu non est proprie dominium, in habitu vero est proprie dominium quoniam est ipsa facultas sive potestas essentialiter. At vero dominium in actu potius est effectus domini quam ipsum dominium » <sup>(150)</sup>.

Il nucleo dell'atteggiamento conclusivo dei nostri Maestri è tutto in questa frase del provvedutissimo domenicano salmanti-

<sup>(148)</sup> GROSSI, *Usus facti*, cit., pp. 340 e 342.

<sup>(149)</sup> SALON, *Controversiae de iustitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. II, p. 110.

<sup>(150)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de jure et iustitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

cense, e in essa si rivela appieno l'influenza dei modelli francescani. Il recupero dell'uso al mondo del soggetto e degli atti di volontà non elimina certi caratteri intrinseci che la questione della povertà aveva esaltato: prima di ogni altro la sua tendenziale fattualità, conseguenza diretta della sua tendenziale apertura verso il mondo esterno, quella che poco sopra chiamavamo la sua tributarietà verso il mondo esterno.

Meno drasticamente ma con più matura coscienza, gli Scolastici cinque-secenteschi non tagliano rigide partizioni, ma si limitano a constatare che nell'uso il profilo naturale è a un certo livello: quello operativo <sup>(151)</sup>. L'uso è *operatio*, è cioè tipicamente esercizio, messa in opera di un comportamento concreto. Esso, pur nelle sue precise venature volitive, è strumentale ad altre posizioni, ad esempio la proprietà, e come attività strumentale non può che risolversi in una attività.

L'*usus iuris* esiste, ed è una creazione dei giuristi, ma creazione singolare, rappresentante più una deformazione sorta dal ceppo dell'*usus* che un istituto ad esso connaturale; taluno addirittura, non in perfetta coerenza con la sua sistemazione, pur di sbarazzarsene, affermerà, al pari dei francescani, che non è più uso ma situazione dominativa <sup>(152)</sup>. Perché l'uso non significa propriamente titolarità di una posizione giuridica, quanto un certo comportamento <sup>(153)</sup>.

Dilatiamolo pure, come fa la Seconda Scolastica; legghiamolo al soggetto. Esso ne sarà normalmente l'ombra, lo strumento che il soggetto orienta ai suoi fini; si tratterà di alienare, di amministrare, di tutelare processualmente, di trascurare il proprio patrimonio, di dilapidarlo prodigalmente, di distruggerlo, ma si tratterà sempre e comunque di una canalizzazione della volontà del soggetto nei canali dei vari comportamenti che si pongono di fronte alla sua scelta; e il comportamento — come azione — de-

---

<sup>(151)</sup> Cfr. soprattutto SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. II, pp. 109 e 110.

<sup>(152)</sup> SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. II, p. 111.

<sup>(153)</sup> È lo stesso Molina a dircelo: « definitur per habitudinem ad actum, ad quem est jus; dum in definitione dicitur utendi, sumitur usus ... pro actu utendi » (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 5, col. 45).

nuncia il suo limite nell'azione che gli è propria e funzionale; come mezzo, denuncia il suo carattere di atto non pienamente libero ma vincolato e condizionato agli strumenti atti a raggiungere il suo fine naturale <sup>(154)</sup>.

Pur non effettuando alcuna estromissione dell'uso dal mondo della volontà e non arrivando a concepire la realtà socio-naturale in delle realtà contrapposte, restano due principii fermi: che la proprietà è dignità ed è libertà; che l'uso è ad un diverso e più basso livello, quello della traduzione del *dominium* in realtà effettuale, quello in cui il *dominium* — che è posizione di libertà logicamente e cronologicamente precedente — si canalizza o, se vogliamo, si mortifica in comportamento. Ma questo non è più *dominium* ma *effectus domini*.

Si valorizzano allora, in questa chiave interpretativa, le molteplici affermazioni tendenti a ribadire che, perché si abbia *dominium*, non è necessario che si usi della cosa <sup>(155)</sup>: l'uso non è il contenuto immediato, ma soltanto mediato, della proprietà, la quale non è *usus*, né l'insieme di tutti gli *usus* ipotizzabili sulla cosa <sup>(156)</sup>, ma è più semplicemente « *facultas ad omnem usum* ».

E torniamo al punto da cui siamo partiti; se il filo del discorso si è svolto per un lungo e non agevole itinerario, ciò non è stato invano: dopo le prolisse riflessioni in tema di uso siamo ora in grado di aggiungere un ulteriore contributo alla identificazione del concetto di ' mio ' e di interpretare correttamente il senso della frase che, nella mente dei nostri teologi, coglie l'essenza del principio di proprietà.

Abbiam detto più sopra che proprietà è la posizione del soggetto sulla cosa la più semplice che sia ipotizzabile, tanto semplice che

<sup>(154)</sup> « *res cadunt in nostrum dominium mediis his actibus nostris, per quos possumus uti illis ut volumus* » (SUAREZ, *Quaestiones de iustitia et iure*, q. XII, p. 34).

<sup>(155)</sup> Cfr., per tutti, ARAGON, *De iustitia et iure*, ad quaest. LXII, pp. 83, 84, 85 (« *respondetur falsum esse, quod ad hoc, ut quis dicatur habere dominium rei, est necessarium, quod possit uti illa in omnem usum, sed solum requiritur quod habeat facultatem utendi re in omnem usum lege permissum* »).

<sup>(156)</sup> Cfr. il testo di Aragon citato alla nota precedente. Cfr. anche VITORIA, *In Secundam Secundae. De iustitia*, ad quaest. LXII, art. I, n. 15 (p. 73).

certi dottori ne hanno persino negato il carattere di *relatio* e la hanno colta come *perfectio* del soggetto; è posizione di libertà e, più in particolare, di indipendenza e superiorità, dalla quale si è in grado di realizzare il proprio *commodum* personale.

Proprietà non può pertanto consistere in un certo *usus*, in un certo esercizio; essa, come rapporto semplicissimo tra soggetto e cosa, deve impegnare i due poli, soggettivo ed oggettivo, nella loro pienezza: da un lato, il soggetto, come figlio di Dio, immagine della Divinità, creatura razionale modellata sull'archetipo increato; dall'altro, la *substantia rei* <sup>(157)</sup>, che non è la natura economica o gli accidenti che son soliti accompagnare la cosa, ma il nucleo essenziale senza il quale la cosa non è <sup>(158)</sup>.

Orbene, l'esercizio non è mai un contenuto grazie al quale il *dominium* riesca ad appropriarsi del suo oggetto, cioè la *substantia rei*. Preso singolarmente, un certo esercizio — disporre, amministrare, tutelare processualmente, etc. — coglie soltanto un momento di quella realtà che è la cosa <sup>(159)</sup>; né è parimenti pensabile che proprietà sia la somma di tutti gli esercizi possibili del soggetto sulla cosa, cioè disporre, più amministrare, più tutelare processualmente, etc., perché la somma degli esercizi, pur esprimendo quantitativamente la realtà patrimoniale della cosa oggetto di dominio, in quanto somma di comportamenti non abbandona la sua natura di comportamento plurimo, e resta pertanto a quell'infe-

<sup>(157)</sup> SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 80r; ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, p. 106; concl. IIII, p. 108; art. II, concl. I, p. 112; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73.

<sup>(158)</sup> Coglie nel segno ARAGON (*De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83): « *dominium, quia est facultas utendi re pro libito sui domini, fit ut ita versetur circa substantiam rei possessae, ut dominus, verbi gratia domus, non solum possit eam locare sed etiam vendere et diruere, si voluerit* ». Dove, se non andiamo errati, è messo bene in evidenza che il contenuto essenziale del dominio sta in un momento antecedente all'esercizio, cioè nel momento della scelta fra i possibili esercizi, della affermazione pura e semplice della sovranità volitiva.

<sup>(159)</sup> Così per il godimento (*uti-frui*) si dice che si pone, rispetto alla cosa, « non nisi in eius qualitate et accidentia » (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 80r).

riore livello sopra il quale, ben sovrastante, si situa il dominio « *facultas in substantiam rei* » <sup>(160)</sup>.

La 'ratio dominii' non sta nell'usare la cosa, nell'avere effettivamente l'esercizio di tutti i diritti sulla cosa; l'uso, gli usi, tutti gli usi — se mantengono la loro natura e non si alterano in figure ambivalenti e abnormi — proprio perché a livello di mero esercizio, non creano quell'*habitus* <sup>(161)</sup> fra soggetto e cosa (« *habitudinem inter possidentem et possessum* »), quella relazione salda, indipendente, durevole che incide sia sul soggetto che sulla cosa, andando ben oltre la attualità dell'azione.

L'uso non crea l'*utens*, come invece il *dominium* crea il *dominus* quale soggetto caratterizzato nella sua normale costituzione; la volitività è nell'uso offuscata e soffocata dalla intrinseca tendenza alla fattualità, dall'esser l'uso necessariamente un contatto con le cose, una familiarità con le cose.

L'essenza del 'mio' non sarà mai riposta sul piano dell'esercizio; ciò significherebbe riporla in una situazione esposta ai condizionamenti dall'esterno e in cui la 'mia' libertà avrebbe a fare i conti con gli accidenti della realtà fenomenica.

Questa — che è insieme cautela avvertitissima ed esigenza primaria — è limpidamente enunciata nei nostri autori: essi hanno cura di puntualizzare che proprietà è « *facultas assumendi rem in omnes usus* » <sup>(162)</sup> e non « *uti re in omnes usus* ».

Fermo che oggetto di dominio è la cosa appropriata nella sua sostanza, il problema del contenuto essenziale e immediato della proprietà viene con accuratezza spostato su di un piano diverso, separato dagli intrighi e gli intralci della realtà fattuale e collocato a un livello dove spazii sovrana la libertà del *dominus*.

<sup>(160)</sup> « *dominium enim est facultas in substantiam rei* » (DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*).

<sup>(161)</sup> « *est enim dominium illa rerum habitudo inter possidentem et possessum* » (DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*); « *dominium est quaedam habitudo inter dominum et rem possessam* » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 84). Sulla nozione filosofica di *habitus*, *habitudo*, basti rinviare a E. GILSON, *Le thomisme, Introduction à la philosophie de Saint Thomas d'Aquin*, Paris, 1944<sup>5</sup>, pp. 356-360.

<sup>(162)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 8or.

È questo — di allontanare la risoluzione del problema 'proprietà' dalla natura fenomenica e farlo risalire sempre più addietro fino a farne un problema interno all'individuo — un atteggiamento tipico della Seconda Scolastica, e ne abbiám còlto più sopra testimonianze anche esasperate in tal senso. È questa una traccia del solco profondo inciso dal volontarismo francescano.

Proprietà non è esercizio; non può essere esercizio, perché si cadrebbe nell'equivoco grossolano di scambiare l'essenza dell'istituto con gli effetti di esso.

Il momento costitutivo del *dominium* è più in là, ed è il momento della *facultas* del soggetto di tenere un certo *usus*; con il che si indica lucidamente una situazione soggettiva complessa; che è possibilità, anzi *potentia*, anzi *potestas* <sup>(163)</sup> di traduzione della volontà astratta in modificazioni della concreta realtà storica; che è scelta — cioè manifestazione di libertà e di indipendenza — fra i tanti *usus*, di quello che il soggetto stima, nella circostanza, essergli più utile e più piacevole.

Il *dominium* sta qui: in uno spazio che precede logicamente e cronologicamente l'esercizio, che è ancora una dimensione intatta del soggetto. Il *dominium* sta in questo potere e in questa scelta, da cui discendono, come effetti, i comportamenti. Nella scelta egli afferma se stesso totalmente, perché la scelta è legata soltanto alla determinazione della sua volontà; inoltre, afferma se stesso di fronte alla totalità della cosa, giacché la *potentia* di tenere un comportamento invece di un altro non può che conseguire al fatto che la *substantia rei* è nella sua disponibilità, che il rapporto ha ingenerato un *habitus* che involge completamente la realtà della cosa.

Il contenuto immediato del *dominium* è in questa scelta, fonte unica dei vari esercizi, i quali — come effetti di quella — costituiscono soltanto il contenuto secondario, mediato ed operativo, della proprietà.

IX. Il dato più appariscente e anche più rilevante per la storia del patrimonio 'dommatico' dell'individualismo giuridico è la separazione fra *ius*, *facultas*, *potestas* (contentiamoci, per ora, di

---

(163) Sulla profonda, sostanziale diversità di queste nozioni, cfr. più sotto cap. XII.

ammucchiarne di seguito i termini) ed *exercitium iuris* nell'ambito della struttura del diritto soggettivo di proprietà.

È questo un punto che emerge chiaro e che non può venire discosciuto da una lettura spassionata dei trattati della Seconda Scolastica; è il senso di tutta la sua elaborazione in tema di proprietà ed è — si può dire — la traduzione, in termini di costruzione giuridica, delle premesse filosofiche di cui si era nutrita e da cui era partita, e della conseguente soggettivizzazione cui aveva sottoposto l'istituto.

Pur dopo le pagine spese in precedenza, non sarà disutile indugiarvi ancora per rilevare come il nutrimento filosofico diventi una precisa, coerente scelta giuridica.

Leggiamo a mo' di verifica questa illuminante riflessione di un ragguardevole interprete, il cardinal De Lugo, che mette conto di trascrivere, perché, cronologicamente tarda e speculativamente matura com'è, sintetizza bene le analisi precedenti: « *Dominium ... non est usus domini, sed potestas ad utendum vel disponendum de re; potestas autem non est pro signo posteriori, sed pro priori naturae, quia haec sunt signa causalitatis, quare in priori signo solum intelliguntur ea, quae se habent ex parte causae in actu primo et constituunt illam potentiam; in signo autem posteriori intelliguntur solum ea, quae se habent ut effectus. Cum ergo dominium non sit effectus domini, non potest umquam intelligi dominium pro signo posteriori, sed solum usus seu dispositio actualis, qui sunt effectus domini. Sicut qui sedet, libere sedet; libertas autem in actu primo, quae est potestas sedendi et non sedendi, intelligitur solum in actu primo et pro signo priori; pro posteriori autem et in actu secundo non intelligitur potestas libera, sed usus potestatis, qui est sessio libera » (164).*

Ecco, nel categoriale ma rigoroso linguaggio scolastico, tra un istrumentario teologico di ampio respiro, la giustificazione teoretica della necessaria separazione concettuale tra *dominium* ed *exercitium domini* e forse la messa a nudo del problema del 'mio' ben addentro del 'me'.

La proprietà è una *potestas* dell'operatore sociale, un suo *signum prius*, un carattere marcato a fuoco nella sua costituzione prima,

(164) DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. II, sect. II, n. 34 (p. 19).

pensabile come *potentia* del soggetto o addirittura come causa efficiente di essa, *potentia* che nulla ha da spartire con i molti comportamenti del *dominus*, tutti estrinseci al fenomeno proprietà, ma semplici manifestazioni di esso e della sua efficacia nella realtà esterna.

Certamente, per l'osservatore volgare e distratto, proprietà significa alienare o amministrare una cosa, mentre, nella sua essenza, proprietà è soltanto nel momento in cui il soggetto, affermando il proprio potere sulla *substantia rei*, afferma la sua libertà nella scelta indipendente e sovrana del comportamento con cui rende efficace la sua titolarità.

La proprietà è a livello della *potestas*, non dell'*usus potestatis*, per riprendere la precisazione terminologica dello stesso De Lugo. Il *dominium* è visto soprattutto nel profilo della titolarità: i cento comportamenti tipici del *dominus* appartengono allo spazio della effettività, non della validità della situazione dominativa, giacché questa — è sempre lo stesso De Lugo che parla — «sonat ius radicale» «ius magis radicatum ... magis firmum» <sup>(165)</sup> di ogni altra situazione giuridica, e perciò dimensione stessa del soggetto.

La situazione miracolosa che è per il soggetto il *dominium* si origina all'interno della sua creatura razionale e nelle *potentiae* che gli sono proprie <sup>(166)</sup>, si origina nel mistero della partecipazione dei poteri della Divinità creatrice nella creatura corrotta e peritura; ma c'è di più — ed è un dato relevantissimo —, ed è che la situazione trova all'interno del soggetto la sua possibilità di perfezionarsi.

Senza dubbio si tratta di una situazione che guarda all'esterno, che inclina a proiettarsi verso la realtà esterna e per la quale il momento del *dominium sui* è solo un primo momento formativo; è una situazione che esattamente si definisce «*facultas operativa*» <sup>(167)</sup>, «*potestas ordinata ad actus reales*» <sup>(168)</sup>, che non è destinata a restare di foro interno ma è anzi vocata a dimostrare

<sup>(165)</sup> DE LUGO, *De iustitia et jure*, t. I, disput. II, sect. I, n. 9 (p. 15).

<sup>(166)</sup> LESSIUS, *De iustitia et jure*, lib. II, cap. IV, dub. II, n. 6 («*dominium ... immediate fundatur in potentiis*»).

<sup>(167)</sup> BAÑEZ, *Decisiones de jure et iustitia*, ad quaest. LXII, p. 75.

<sup>(168)</sup> BAÑEZ, *loc. ult. cit.* Ma si veda anche LESSIUS, *De iustitia et jure*, lib. II, cap. III, dub. II, n. 11 (p. 17).



l'incidenza delle *potentiae* del soggetto nella realtà esterna <sup>(169)</sup>; che è però situazione perfetta già all'interno del soggetto.

È questo l'asse portante di tutta la costruzione teologico-giuridica della Seconda Scolastica; e la preoccupazione determinante è di consentire che non solo il processo genetico ma tutto il processo di formazione e di maturazione avvenga protetto entro i confini saldissimi del microcosmo, quasi per impedire il contatto con la realtà fenomenica e un contributo decisivo di essa a quella formazione.

Si ripropone — in altri termini, senza bisogno di ingenue contrapposizioni — il principio del distacco metafisico tra soggetto e natura tanto caro a molti filoni della tarda Scolastica e si dimostra di sentire ancora vivo quel dualismo fra soggetto e cose, inconcepibile per l'uomo autentico della *res publica* medievale e frutto vistoso della crisi di questo uomo.

Sul filo di queste segrete consapevolezze abbiám visto più sopra concepire il *dominium rerum* come naturale dilatazione del *dominium sui*, e certi maestri arrivare a negare al *dominium* il carattere di rapporto, e la tensione generale a considerarlo soprattutto come *dignitas*, come *perfectio*, come *capacitas*. È sotto questo profilo che acquistano senso e valore anche certe distinzioni, altrimenti non facilmente comprensibili, che ci è dato reperire nella folta letteratura 'de dominio Christi', la quale è solo apparentemente un 'divertissement' teologico da relegare in soffitta, ma che è invece nella sua intelaiatura specchio vivace delle idee circolanti; per esempio, la distinzione per cui a Cristo come uomo perfetto si conferisce la titolarità del *dominium* e si nega l'*exercitium dominii*: « quid quis habeat ius ac veram potestatem et proprietatem non exigit quod usum et exercitium semper habeat ... Potestatem itaque ac dominationem Christum non in quantum ad usum et exercitium ... sed solum quantum ad ius et proprietatem et (ut ita dicam) quantum ad habitum in hac vita habuisse contendimus » <sup>(170)</sup>.

---

<sup>(169)</sup> SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. II, p. 109.

<sup>(170)</sup> ALFONSO MENDOZA, *Relectio de universali Christi dominio*, p. 708.

La contrapposizione tra *ius* ed *exercitium* non potrebbe essere più netta, tanto da risolversi in articolazione autonoma di discorso; da un lato, l'*exercitium* con la sua prevalente carica fattuale, dall'altro lo *ius* e la *potestas*, che sono essenzialmente volontà, e possono in tal guisa costituire un *habitus*, cioè una caratterizzazione permanente e unitaria capace di imporsi sulla frammentarietà atomistica dei fatti.

Come *habitus*, come rapporto essenziale radicato nella più secreta *substantia hominis* e nella più intima *substantia rei*, il *dominium* risiede soprattutto nell'ossatura psicologica del soggetto ed è, per ciò stesso, sottratto alle vicende esistenziali del soggetto, alla mutabilità delle qualità della cosa. Il soggetto potrà veder variare le sue stagioni vitali (dall'infanzia alla vecchiezza), le sue possibilità d'azione, potrà veder mutare il suo stato da fisiologico a patologico, ma la sua posizione di proprietà non ne sarà né scossa né incisa: quelle vicende circolano a un livello superficiale e non toccano le zone profonde in cui la proprietà nasce e ha vita; e questo, come risultato primo di aver spostato l'asse del dominio dall'attività alla capacità (171). Compete al dominio, soprattutto nel suo aspetto di libertà realizzantesi, di mettere in contatto il soggetto con il nucleo della cosa; il nucleo della cosa infatti potrà essere sicuramente colto solo dalla volontà, mentre la conoscenza e la sensazione rischiano di arrestarsi agli accidenti di essa. È ciò che, in una pagina splendida, proclama senza perplessità il grande Domenico Soto (172).

Nell'ordine di questa impostazione diventa sicura ed agevole la soluzione di una serie di fattispecie di carattere pratico: quali riflessi potranno avere sulla proprietà del singolo i suoi stati di incoscienza (da quello ricorrente e puramente fisiologico del sonno alle varie forme di *amentia*) o di relativa coscienza (come quello dell'infante)? Nessuno a livello di *dominium*; diversi e molteplici a livello di *usus domini* (173). E Lessius ha cura di precisarci:

---

(171) « licet non utatur adhuc infans suo intellectu et libero arbitrio, sat est illum habere istas potentias. Non enim diximus ad dominium requiri actualem usum eorum, sed ipsas, esseque capace[m] domini[n]i naturam intellectualem » (SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, p. 114).

(172) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 8or.

(173) « unde sicut aliquem propter amentiam, somnum vel infantiam non posse

« etsi ad usum dominii requiratur usus rationis, non tamen ad dominium ipsum habituale quod immediate fundatur in potentiis » (174). E Suarez, ribadendo la soluzione a favore dell'*amens* e del *furiosus* anche perpetuo e svelandoci ancora una volta le matrici speculative della impostazione teologico-giuridica: « Ratio autem a priori est: quia hi natura sua sunt liberi et capaces dominii suorum actuum. Quod autem actu non possunt eam habere perfectionem, est per accidens. Solumque vere impeditur proprius usus per actum liberum, qui est veluti actus secundus dominii. Ius vero ipsum, quod est ut actus primus, non impeditur » (175).

La ricerca delle scaturigini prime del 'mio', che ha tanto affannato tutta la Seconda Scolastica da Vitoria e Bañez a Molina a Lessius a Valencia a Laymann, esprime ora le sue certezze nella solidità di una sistemazione organicamente pensata: proprietà è titolarità; è, a seconda delle sfumature dottrinali, ora *jus*, ora *facultas*, ora *potestas*, con due profili rilevabili: uno che guarda all'interno, ed è l'*habitus*, che modella durevolmente la di lui

---

disponere de re sua, non tollit quin sit illius dominus, eo quod in se habeat verum ius disponendi de illa, tametsi impeditum quoad actum propter defectum usus rationis ... » (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35).

(174) LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. IV, dub. II (p. 23). *Infantia ed amentia* sono generalmente considerate degli impedimenti causati da circostanze estrinseche, cioè estranee a quella intima zona delle *potentiae* del soggetto sulla quale esclusivamente si fonda lo *ius dominii*. Così LESSIUS (nel testo citato più sopra) prosegue a proposito dell'*infans* e dell'*amens*: « quod autem [infantes] non possint habere usum istarum potentiarum, provenit tantum ab impedimento extrinseco, scilicet ex redundantia humorum in cerebro. Idem dicendum de amentibus ». Il Sayr — che scrive ai primi del Seicento — così riassume il senso di tutta l'ampia letteratura che prima ha analiticamente citato: « Nec obstat ratio in contrarium. Quamvis enim non utantur intellectu et libero arbitrio, satis tamen est illos habere has potentias. Dominium namque in potentiis fundatur, hoc est in eo quod secundum se et suam naturam natus quis sit uti rebus per intellectum et liberum arbitrium, quamvis illud quoad usum impeditum sit. Non enim ad dominium requiritur actualis usus harum potentiarum, alioquin eo ipso quod quis dormiret, rerum suarum dominium amitteret. Quod est absurdum » (SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, pt. II, lib. IX, cap. IV, n. 9, p. 550). Qualche dubbio sorge a proposito della *amentia perpetua*; cfr., sul punto, riassuntivamente, MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. IV, dub. II, p. 288.

(175) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XVI (p. 77).

natura, e dal generico operatore sociale crea quel soggetto fortemente caratterizzato che è il *dominus*; uno che guarda più all'esterno, ed è la *capacitas*, questa vitalità inesausta del soggetto — che è *dominus* per vocazione come creatura volitiva — ad espandersi nel regno degli altri uomini e delle cose.

È il punto fermo che consente alla Seconda Scolastica — questa volta monoliticamente concorde nell'andar contro le suggestioni volontaristiche — di respingere gli insegnamenti di Wycliff e di Fitz Ralph, ripresi da Gerson, tendenti a legare il *dominium* allo stato di grazia e a vedere nel peccato una circostanza ostativa per il maturarsi nell'individuo dello stato dominativo <sup>(176)</sup>; è il fondamento sul quale si può erigere il discorso altissimo di Vittoria nel 'de Indis', reclamante per ogni uomo, anche per gli infedeli, la capacità di dominio svincolata completamente dalla *fides* del singolo e promanante soltanto dalla libertà del suo volere <sup>(177)</sup>.

La zona della titolarità è infatti zona sottratta a qualsiasi intervento dall'esterno; dall'esterno sono invece concretamente ipotizzabili possibilità di incidenze a un livello sottostante che è quello dell'esercizio. Ma la titolarità è pensata come posizione in sé compiuta e completa, strutturata con dei materiali teologici e psicologici che l'autonomia del soggetto offre, e perciò in nulla tributaria dell'esterno in cui essa pur normalmente opera. La sua autonomia logica è costruita alla stessa stregua dell'autonomia dell'individuo, e il suo distacco dalla sfera comportamentale ripete, sul piano dei

---

<sup>(176)</sup> Ogni Maestro ritiene tema d'obbligo una trattazione anche minima delle singolari ed eterodosse proposizioni di Wycliff e di Fitz Ralph; non mette perciò conto di fare citazioni. Per farsi un'idea dell'impianto polemico di Wycliff e dello 'Armachanus' (come si qualifica correntemente Fitz Ralph dalla sede arcivescovile di Armagh che fu sua), può essere utile guardare almeno M. WILKS, *Predestination, Property and Power: Wycliffs Theory of Dominion and Grace*, in *Studies in Church History*, vol. II, ed. by G. J. Cuming, London, 1965, e G. LEFF, *Heresy in the later Middle Ages. The relation of Heterodoxy to Dissent, c. 1250 - c. 1450*, Manchester, 1967, vol. II.

<sup>(177)</sup> La letteratura, specialmente spagnola, è amplissima. Basti una citazione: L. PEREÑA, *Misión de España en América*, Madrid, 1956. Un valido affresco in proposito è quello, risalente ma non superato, offerto da J. HÖFFNER, *Christentum und Menschenwürde. Das Anliegen der spanischen Kolonialethik im Goldenen Zeitalter*, Trier, 1947.

rapporti tra uomo e cose e delle forme possessive in particolare, il distacco metafisico del soggetto dalla natura.

Si potrebbe dire che dobbiamo alla Seconda Scolastica l'elaborazione di una teologia della titolarità, e coglieremmo forse nel segno e individueremmo il nucleo di quella fatica dottrinale. Una titolarità assolutizzata, estratta dal tempo e dallo spazio, troppo in sé perfetta rispetto agli *exercitia* che ne costituiscono una mera appendice, troppo di sé compiaciuta per nutrire una sua vocazione sociale, per recare in sé l'impressione di istanze comunitarie.

X. Assolutizzazione — dunque — del concetto di titolarità quale risultato d'una costruzione giuridica sorretta da una limpida consapevolezza teologica; e, accanto, ugual consapevolezza nella esigenza di affidare all'*exercitium* l'aggancio con il divenire storico.

In questo tentativo di dare risposta, contemporaneamente, a due esigenze in opposta direzione sta tutto il dramma della Seconda Scolastica; stanno il travaglio, le ambivalente, le certezze, le contraddittorietà della intelaiatura teoretica che ha cercato di dare al problema per essa più sentito e tormentoso, al problema nel quale emergeva e si esaltava tutta la singolarità della scuola: che è figlia del Cinquecento, che non intende smentire questa filiazione, che intende anzi prestare orecchio attentissimo ai segni dei tempi e dare un contributo decisivo alla rinnovata visione del mondo inaugurata nella rivoluzione umanistica; che, d'altronde, accanto ai pungenti e discutibili strumenti neoterici, si trova fra le mani, ufficialmente, il complesso istrumentario tomista, sistemazione splendida d'una visione del mondo assai lontana dalla sua e da quella dei contemporanei, splendida sì ma talora inadeguata alla realtà in profondo mutarsi dell'età nuova.

L'esame dei testi di Tommaso — come quello dei testi della giurisprudenza di diritto comune, espressione pur essa dello stesso alveo culturale — cui la Seconda Scolastica si sentì e fu sempre formalmente vincolata, rappresentò una lezione di sano naturalismo per interpreti che avevano fatto proprio, con troppo compiacimento e con troppa adesione intellettuale, il respiro volontaristico della crisi del Medioevo. La meditazione dell'ordinamento tomista del mondo, con il suo complesso gioco di rapporti fra autonomia del soggetto e autonomia delle cose, se contribuì a qualche incer-

tezza e incoerenza logiche negli itinerari di ricerca, contribuì a rendere la visione dei nostri teologi non già il frutto brillante d'un solo canale interpretativo, bensì la matura sistemazione nascente dalla revisione di due atteggiamenti, che, in posizione dialettica tra loro, rappresentavano le voci dell'esperienza culturale del Medioevo e dei suoi sottili e implacabili accusatori.

La soluzione del problema della posizione dei due momenti — titolarità ed esercizio — nella struttura del diritto soggettivo ne è piena dimostrazione.

Il mondo medievale non avrebbe avuto dubbi nell'impostazione della sua scelta e, nel suo permanente realismo, avrebbe optato per l'esercizio. È un mondo ignaro di tensioni umanistiche, incapace di intenerimenti per l'individuo e propenso a sacrificarlo nelle spire d'un ordine che è nella comunità e nella natura intesi come fonti di regole oggettive; è un mondo dominato dai fatti e da una pressante esigenza di fondazioni obbiettive, nel quale il fatto, l'azione, il comportamento sono concepiti con una loro propria forza che non ha bisogno della scintilla volitiva del soggetto per emergere a livello normativo; anzi, la normatività è in essi, e l'ordinamento — che sopra vi si adagia e si riposa — semplicemente li registra e fedelmente vi dà rilievo.

È un mondo che non crede alle titolarità, ma agli esercizi; che valuta tutto più in termini di effettività che di validità; in cui la molla sollecitatrice è la coscienza del fatto come carica normativa.

Si pensi al sistema medievale delle situazioni reali: è folto di innumerevoli situazioni atipiche, ciascuna delle quali rappresenta l'emersione di esercizi effettivi al rango di valori, di istituti giuridici, mentre la proprietà come titolarità giace sotto questa avviluppante vegetazione di fatti e di attività, non eliminata in linea di principio ma soffocata e devitalizzata, economicamente e socialmente insignificante <sup>(178)</sup>.

Dalla Seconda Scolastica una soluzione come questa sarebbe stata del tutto inaccettabile, per i motivi esposti nei capitoli precedenti e su cui non mette conto di insistere; la sua scelta

---

<sup>(178)</sup> Rinviamo all'esame che del problema abbiamo fatto in altra sede. Cfr. GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 160 ss.

— l'abbiam visto — è per la titolarità: indicazione precisa che il fondamentale filone ispiratore non proviene dall'alveo medievale e dai suoi interpreti. Ed è una titolarità non claudicante, dotata di tutti gli attributi che valgono ad esaltarne l'indipendenza, rispetto a cui l'*exercitium* si pone come appendice normale ma non essenziale.

Ma se la titolarità appartiene alla metastoria dell'individuo, l'*exercitium* appartiene invece alla sua storia; è esso stesso un prodotto storico con tutte le sue variabilità, che reca in sé le tracce di queste variazioni. La rigorosa separazione fra i due piani posta in essere dai teologi cinquecenteschi ha dunque, come all'inizio si rilevava, il pregio di soddisfare il loro volontarismo e insieme quel senso vivo della storicità delle situazioni che appare come uno dei meriti prevalenti del realismo gesuitico.

Essi operavano in tal modo una difficile quadratura del circolo: assolutizzavano il dominio come capacità individuale, ma consentivano la più aperta relativizzazione della sua proiezione storica, la quale — in linea di fatto — pur costituiva il fulcro economico-sociale del *dominium*, la sua manifestazione più vistosa, più concreta.

Si costruivano l'archetipo astratto e vi riponevano tutti gli attributi grazie ai quali la dottrina della proprietà non poteva che essere impostata e modellata in senso individualistico, ma immergevano la vita della proprietà e del proprietario, senza eccessivi riguardi, ben all'interno della vita dello Stato. Si fabbricavano una teorica del *dominium* basandola sulle qualità interne al soggetto e sulla sua struttura di *singulus homo*, e recuperavano il sociale a un diverso e sottostante piano.

Perché d'un recupero del sociale sull'individuale si tratta, dal momento che si ipotizza a livello dell'esercizio un largo intervento dello Stato, che fa spicco a fronte della affermata intangibilità della zona della titolarità. E la teologia fa posto alla storia, e l'immagine di questi teologi si fa d'un tratto complessa nella nostra coscienza storiografica, e addita una testimonianza dottrinale composita, che non smentisce il proprio secolo ma è disponibile ad arricchirsi anche dei messaggi del passato.

« *Facultas ad omnes usus* » abbiamo più sopra detto essere la qualificazione sommaria della proprietà da parte dei teologi del

momento postumanistico della Seconda Scolastica; era però il nostro un riferimento ellittico, giacché il discorso proseguiva e si completava così: « *facultas ad omnes usus lege non prohibitos* »<sup>(179)</sup>, dove esplicitamente si affida alla legge, cioè a un potere estraneo al soggetto, una possibilità di intervento volto a impedire la realizzazione di un determinato esercizio.

Più eloquente ancora Molina. Egli, come vedremo, nel solco del suo solido realismo, rifiuta la definizione gersoniana di proprietà accettata da Vitoria e dai suoi seguaci del primo momento dottrinale, e preferisce rifarsi alla definizione corrente della tradizione giuridica che aveva il suo primo consolidatore in Bartolo. Esamineremo nel cap. XIII i motivi e il significato storico di questa scelta moliniana; per ora, limitiamoci alla interpretazione che Molina fa della parte della definizione in cui il giurista del Trecento espressamente parlava di un intervento del potere costituito.

Diceva Bartolo: « *ius de re corporali perfecte disponendi, nisi lege prohibeatur* ». La sua precisazione appare però troppo ambigua e dommaticamente greve di pericoli al teologo-giurista cinquecentesco: soprattutto egli non approva la indeterminazione dell'oggetto dei possibili interventi della legge, che — nel testo del giureconsulto marchigiano — può essere sia lo *ius* sia lo *usus iuris*. E questo è inaccettabile per Molina: anche per lui, che pure intende diversificarsi dalla tradizione volontaristica e inaugurare una riflessione, per taluni aspetti, diversa nell'ambito della Seconda Scolastica, la zona dello *ius*, come zona della titolarità del soggetto, è zona proibita alla ingerenza della legge: « *addit Bartolus ultimo partem illam ' nisi lege prohibeatur ', quoniam quasi alligari ac impediri ius aliquod ne in actum prodeat et, si prodierit, ne factum*

---

(179) DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79r (« quocumque usu lege permissio »); ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. III, p. 107 (« in omnes usus iure sibi permissos »); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 73 (« in omnes usus lege permissos »); CARBONE, *Tractatus de omnium rerum restitutione*, q. II, p. 8 (« ad quemcumque usum a lege permissum »); GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994 (« quolibet usu lege permissio »); SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3, p. 538 (« quocumque usu lege permissio »).



teneat ... non tollit dominium et ius perfecte disponendi, sed illud ligat quoad actum ... » <sup>(180)</sup>.

La legge non tocca la sfera della validità del *dominium* ma solo della sua efficacia; non incide — né lo potrebbe — sullo *ius* ma sull'*actus*, sul comportamento che di quello *ius* è manifestazione esterna e non porzione integrante. Manifestazione — per giunta — che, a fronte della assoluta rigidità e fissità del *dominium*, mostra quale suo carattere tipico quello della elasticità, della sua straordinaria possibilità di essere compressa dall'esterno e di ritrovare agevolmente la dimensione primitiva immediatamente dopo che l'intervento dal di fuori sia cessato <sup>(181)</sup>.

L'elasticità dell'uso è lo strumento grazie al quale fattispecie di non facile identificazione dottrinale ma vive nella prassi giuridica di ogni giorno vengono inquadrare nel sistema del *dominium*. La più spinosa — quella che affiora all'attenzione di ogni trattatista 'de justitia et jure' — è la abnorme situazione dei beni sottoposti al vincolo del maggiorasco; riguardo ad essi colui al quale erano pervenuti *iure haereditario*, il primogenito, aveva larghi poteri di godimento, ma gli era fatto divieto di disporre mediante alienazione. La domanda che urgeva negli interpreti era se fosse lecito qualificare come *dominus* un soggetto tanto mortificato nella sua possibilità d'azione e se il *dominus* non fosse da cercare e reperire altrove.

La risposta di Molina — che collima con quella di tutti gli altri Maestri <sup>(182)</sup> — è nettamente in favore del primogenito; e

<sup>(180)</sup> MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disput. 3, col. 35.

<sup>(181)</sup> Dirà LESSIUS (*De justitia et jure*, lib. II, cap. III, dub. II, n. 9, p. 17): « etsi dominium ex natura sua tale sit ut tribuat potestatem ad usum seu dispositionem rei qualemcunque, tamen interdum lege impediende fit ut haec potestas non possit exire in actum. Sicut qui habet potestatem naturalem videndi, impeditur interdum ne possit ea uti ad videndum; quo impedimento sublato, statim sine accessione novi auxilii potest in actum exire ». Ma si vedano anche MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. 3, dub. I, in fine (p. 283); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3, p. 44; ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1 (che è particolarmente puntuale: « additur 'Nisi lege prohibeatur', quia, etsi iura aliquando iusta de causa aliquod ius impediunt ne prodeat in actum, etsi prodierit ne factum teneat, non tamen efficiunt eiusmodi ius non esse dominium »).

<sup>(182)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 8or; ARAGON,

non tanto per la semplicistica osservazione che altrimenti ci troveremmo di fronte a dei beni senza proprietario, quanto per la utilizzazione che vi viene fatta del distacco concettuale tra *ius* e *actus*. L'intervento della legge mette in essere un impedimento alla completa traduzione della titolarità in esercizio; il divieto di alienare, che impegna il primogenito e lo limita, attiene infatti all'esercizio; è lo *actus disponendi* che viene impedito, ma non viene posto in discussione lo *ius disponendi*, la cui *potentia* non risiede nell'effettivo comportamento di disporre, ma che il soggetto o ha o non ha « in se » (183). E ciò è tanto vero che, se sopraggiungesse un ulteriore intervento legislativo a togliere da quei beni il vincolo del maggiorasco, per la elasticità che è propria dell'esercizio, il primogenito riavrebbe *sic et simpliciter* il completo *usus disponendi* (184). Questo è dunque l'effetto d'una posizione di dominio che non gli è *ad substantiam* legata ma che reperisce altrove il suo fondamento genetico.

Sorregge tutta l'impostazione la coscienza che il *dominium* è situazione scarna ed essenziale, è *relatio simplicissima*, quasi una *relatio a priori*, che non può essere sfiorata dalle caducità della vita e che è pensabile se non durevole, permanente. Solo in tal modo esso diviene un *habitus* del soggetto e lo caratterizza; solo a condizione che la sua *natura* di *jus* non sia toccata dalla vicissitudine dei *facta* (185).

Il 'mio' — sembrano insegnare i nostri teologi — è ben oltre le forme con cui la proprietà si esercita: il 'mio' ha la sua spiega-

---

*De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 83; SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII (p. 107); BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, p. 74; SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3; LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. II, n. 9 (p. 17); MALDERUS, *De virtutibus theologicis et justitia et religione*, Tract. I, cap. 3, dub. I (p. 283); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44). Una rilevante voce in senso contrario è quella di DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 6 (pp. 14-15), motivata da complesse ragioni accuratamente esposte.

(183) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35.

(184) MOLINA, *loc. ult. cit.*

(185) Un testo interessante — anche se non rigorosissimo né concettualmente, né terminologicamente — è quello di REBELLO, *Opus de obligationibus justitiae*, lib. I, q. VII, s. I, n. 2 (p. 55).

zione e giustificazione soltanto all'interno del 'me'. È perciò — dirà Molina — che il proprietario può dormire tranquillamente i suoi sonni, senza la preoccupazione che quel suo non-comportamento metta in dubbio, durante il sonno, il suo *dominium*; che il pupillo e l'insano di mente possono essere considerati *veri domini* anche se tutto l'esercizio dei poteri è condensato nelle mani del tutore <sup>(186)</sup>; o la moglie autentica proprietaria dei beni dotali <sup>(187)</sup>; che, per altro verso, l'amico o il *procurator*, cui il *dominus* avesse affidato l'effettualità dei poteri sulla cosa, non potrebbe, a nessun titolo, esser considerato proprietario <sup>(188)</sup>. E nemmeno l'enfiteuta, il feudatario, l'usufruttuario, l'ipotecario le cui situazioni possono essere definite situazioni di esercizio, trattandosi — nelle fattispecie che quegli assetti d'interessi ingenerano — di forme pur estremamente qualificate di *uti* e di *frui*, di strutture che *ex natura sua* assumono l'esercizio come tratto tipizzante. Ma qui il discorso si fa complesso e meritevole di essere ripreso *ex novo* in un capitolo autonomo.

XI. Parlar d'usufrutto, di feudo, d'enfiteusi significa imboccare un sentiero malcerto e rischioso, che dovrà — prima o poi — nel solco della tradizione occidentale medievale, fare i conti con il frutto proibito del dominio utile <sup>(189)</sup>. Frutto raccolto con cura nell'inesausto vivaio di idee e di schemi operativi che è il diritto medievale, ma frutto proibito, perché scandaloso rispetto agli archetipi classici, con una sua natura ambivalente e distorta che solo il realismo effettualistico del diritto comune aveva potuto impunemente digerire.

---

<sup>(186)</sup> MOLINA, *loc. ult. cit.* Omettiamo l'indicazione di concordanze; sono affatto comuni.

<sup>(187)</sup> Cfr., per tutti, DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sec. I, n. 8 (p. 15).

<sup>(188)</sup> MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34.

<sup>(189)</sup> Sul dominio utile nel sistema medievale dei diritti reali, cfr. quanto abbiamo avuto occasione di puntualizzare ne *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 18 ss., proponendo una nuova e diversa interpretazione dell'istituto. Le nostre conclusioni sono ora accettate nel recentissimo saggio di R. FEENSTRA, *Les origines du « dominium utile » chez les Glossateurs (avec un appendice concernant l'opinion des Ultramontani)*, in *Flores legum H. J. Schellema antecessori groningano oblata*, Groningen, 1971, p. 92.

Nella cultura medievale, il dominio utile — che pur vi approdò in mezzo a non poche perplessità e fu sempre sommessamente discusso anche se sempre accettato — era il simbolo della promozione cui l'ordinamento aveva elevato, contro il proprietario capitalista, certe forme di impresa (cioè di esercizio) come quelle dell'enfiteuta, del conduttore a lungo tempo, di molti concessionari di terre sulla base di contratti agrari a natura non locativa. Nel quadro di un diritto privato, nella formazione del quale la voce principale sollecitatrice e costruttiva era lasciata ai privati e alle esigenze 'reali' delle cose, il dominio utile fu (e fu considerato nella coscienza dei più avveduti giureconsulti) l'emergere di istanze oggettive proprie della natura economica delle cose, e acutamente si disse che sulle cose più che sulle persone si modellava, che a quelle accedeva più che a queste <sup>(190)</sup>.

Se così è, quale cittadinanza può avere nella dottrina giuridica cinquecentesca e nel sistema privatistico della Seconda Scolastica una simile costruzione giuridica che sembra fatta apposta per negare tutte le premesse da cui quella dottrina e quel sistema discendono?

In omaggio ai testi classici ormai rimessi a lucido sui loro tavoli di studio e forse alla coscienza dell'uomo nuovo e soprattutto del nuovo *homo oeconomicus*, la dottrina giuridica umanistica e postumanistica uscirà in acri, irose e velenose invettive contro l'asinina e grossolana invenzione del dominio utile, la quale, ai loro occhi, rivelava un duplice tradimento, dei testi classici, e, insieme, della supremazia del soggetto. Ma la Seconda Scolastica? Se il suo respiro è autenticamente umanistico, se le sue matrici più profonde riposano, più che nel tomismo, nelle correnti volontaristiche seppellitrici del Medio Evo, essa non potrà non adeguarsi alle requisitorie dei giuristi e respingere o ignorare lo smembramento del dominio. In parte sarà così, ma solo in parte; ed è questo il punto su cui preme indagare.

Già abbiamo altre volte precisato che, pur constatando una sostanziale unitarietà di motivi ispiratori, senza voler proporre artificiali e innaturali cesure nello sviluppo dottrinale, tuttavia

---

(190) GROSSI, *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 202 ss.

il divenire della Seconda Scolastica, così com'è rivelato dal tema dei rapporti fra uomo e beni, ci sembra scandirsi in due momenti successivi: un primo momento, con scelte di fondo volontaristiche e umanistiche, nel quale la riflessione teologica ha maggiore autonomia, momento che, senza curarci della implicita tautologia, abbiamo chiamato e continueremo a chiamare 'teologico'; un secondo, invece, quasi totalmente nelle mani dei Maestri gesuiti, nel quale, accanto alla consueta impostazione giuridica, si accompagna un'attenzione maggiore alle fonti e alla prassi giuridiche, e un influsso decisivo della tradizione di diritto comune.

Anche per il problema che ci interessa la scansione suesposta corrisponde a una realtà storico-dottrinale. Invano cercheremmo nei vasti commentari di Vitoria, di Soto, di Ledesma, di Aragon, di Salon, di Bañez l'impostarsi d'un problema del dominio utile.

Non se ne parla, come non si parlerebbe d'un non-senso: se il dominio utile non è né una burla né una semplice formuletta vocale, ma segna e segnala uno smembramento del *dominium*, una modificazione tanto profonda della sua natura da provocare la geminazione di esso in un *dominium directum* e in un *dominium utile*, tutto ciò non può avere recezione nella teorica della proprietà elaborata da quei Maestri.

Caratterizzata nelle sue fonti filosofiche, la dottrina del primo momento ci presenta una teoria organica e rigorosa del *dominium*, dove tutto suona coerenza: ferma nella contemplazione umanistica del soggetto, certa che l'essenza più riposta del dominio si celi all'interno del soggetto, tutta tesa a concepirlo come una posizione che investe, da un lato, la totalità del soggetto, dall'altro, la totalità della cosa, l'*unus dominus* per l'*una res*, non può dar credibilità a un assetto giuridico che costituisce l'emersione di istanze opposte alle sue.

Per questo, non se ne parla nemmeno; ed è forse in Vitoria e in Soto, in questo loro atteggiamento di consapevole *ignorantia*, l'eco del disprezzo vomitato sul dominio utile dai giureconsulti umanisti francesi, primo fra tutti quel Guglielmo Budé rispettosamente citato da Vitoria.

V'è in Soto un accenno, e precisamente dove egli si sforza di separare *verus dominus* da *usuarius* e *usufructuarius*: « tametsi

emphyteuta dicatur habere dominium utile ... » <sup>(191)</sup>. Un inciso fugace e frettoloso, in cui si rinvia — senza accoglierla — a una voce corrente fra i giuristi e in cui un interprete più fantasioso di noi potrebbe avvertire venature indubbie di riprovazione.

Ancora nei 'Commentarii theologici' di Gregorio di Valencia — che appaiono a Ingolstadt dal 1591 al 1597 — si rinviene l'affermazione che lo « ius usuarii sive usufructuarii non est proprie dominium, quamvis soleat quidem improprie appellari dominium utile sive indirectum »; anche nel gesuita di Medina lo stesso rinvio, come in Soto, a una voce corrente, e, in più, quella confusione fra situazione dell'usufruttuario e dell'utilista, che sarà normale nella Seconda Scolastica e indica il prevalere di una valutazione economica su quella giuridico-formale <sup>(192)</sup>.

È con Molina che il silenzio si muta in un problema accettato e discusso e che il dominio utile diventa tema di ricerca; è infatti con Molina che si inaugura il secondo momento.

Son due le circostanze che pesano sul variare dell'atteggiamento dottrinale, e ambedue l'una all'altra implicate: l'allontanarsi dai modelli umanistici e, nell'alveo di una fedeltà non solo formale a San Tommaso, il rinnovarsi di esigenze naturalistiche; conseguentemente, l'avvicinarsi a quel 'reale' che è il diritto e a quella voce del 'reale' che è non solo il discorso dei giuristi, ma l'osservanza d'una prassi giuridica.

A nostro avviso, l'emergere del problema del dominio utile in Molina non può non essere inserito in quella acuta attenzione per la *natura rei* che domina il Maestro di Evora e che è il segno delle nuove possibilità percettive dei dottori gesuiti <sup>(193)</sup>. *Natura rei* è la fusione tra un oggettivismo astratto di marca razionalistica e un oggettivismo concreto di marca storicistica; è il cumulo di istanze provenienti *ab intrinseco* dall'oggetto nella sua individualità storica. Ed è la molla che spinge l'indagatore a guardare stereoscopicamente la *res*, a coglierla come entità ben più com-

<sup>(191)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 8or.

<sup>(192)</sup> GREGORIO DI VALENCIA, *De justitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 993.

<sup>(193)</sup> Il problema è stato oggetto della ricerca di H. RAPP, *Die Bedeutung der Lehre Molinas von der natura rei für die Theorie des Naturrechts*, Freiburg i.B., 1963 (dissert.).

plexa di quanto possa far credere la qualificazione esiliante di oggetto, e con influenze e contraccolpi altrettanto complessi.

L'attenzione alla *res* rende meno spedito e disinvolto l'itinerario del teologo-giurista; ciò che si poteva tacere o relegare in soffitta nel nome e per conto d'un soggetto dispoticamente sovrano e completamente assorbente, diventa per Molina problema; e la sua testimonianza, mentre acquista vivezza storica, corre però il rischio di qualche contraddizione e di qualche incoerenza.

Intanto, si comincia con un punto d'avvio obbiettivo, lucido, anche se teoreticamente costoso: le fattispecie, di cui si tratta, non hanno niente a spartire con quelle, esaminate a fondo dallo stesso Molina, del maggiorasco, della minore età, della *amentia*, e via dicendo. In quelle la volontà generale provoca un impedimento 'quoad usum', che non intacca la sfera dominativa e che per la elasticità propria dell'*usus* può estendersi o diminuire finanche a scomparire, senza che di quella vicenda il *dominium* abbia a risentire.

Là era questione di *ius ligatum*; qua, invece, di smembramento dello *ius*: « aliud quippe est partem iuris quasi integrantis dominium ab uno auferri et conferri alteri, ut fit quando uni legatur dominium agri et alteri ususfructus aut quando retento dominio directo, ager traditur in emphyteusim; aliud vero, nulla parte iuris in alium translata, impediri quemquam ab usu talis talis: primum namque in causa est, ut aliquis non sit integre et perfecte dominus ... » (194).

Il discorso non viene soffocato o ipocritamente minimizzato, ma portato esattamente nel punto dove il problema va a colpire, anche se ci si rende perfettamente conto che si sta colpendo un

---

(194) MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35. Uguale consapevolezza ci è dato trovare nel gesuita portoghese Fernando Rebello, il cui 'Opus de obligationibus justitiae' risale al 1608, anno della morte del teologo. Dopo aver definito il *dominium* come 'Propria facultas sive ius super rem ad omnem usum', aggiunge: « Porro praefata domini definitio non est essentialis, sed traditur per quamdam domini proprietatem, quae ab eo impedibiliter fluit; hoc est per facultatem ad omnem usum, quae per legem vel aliud accidentarium impedimentum non solum impeditur sed etiam separari a dominio potest, ut diximus in perpetua emphyteusi ... » (lib. I, q. VII, s. I, n. 3, p. 56).

elemento portante di tutta la costruzione di Vitoria e dei suoi seguaci.

Rispetto a questa costruzione — che Molina e i gesuiti variano solo marginalmente ma che nella sostanza accolgono — è logicamente compatibile parlare di *dominia* stratificanti sullo stesso bene e, in particolare, di un *dominium imperfectum*? Quando *dominium* è *perfectio*, è *dignitas*, è il soggetto stesso nella sua azione dinamica, o almeno — ed è stato Molina ad insegnarcelo — è relazione semplicissima, che non può identificarsi in nessuna delle facoltà del *dominus* ma tanto meno nell'*uti frui* del bene.

L'itinerario logico di Molina è formalmente deludente per la relativa coerenza con il suo discorso restante; una sola giustificazione emerge, per sua stessa dichiarata ammissione: che il problema e la soluzione relativi allo smembramento del dominio sono ambedue colti « ex parte obiecti » (195).

L'incoerenza di Molina è di avere inserito, all'improvviso e senza sufficienti sostegni logici, un discorso totalmente oggettivo all'interno di una teorica della proprietà che non veniva smentita nelle sue fondamenta solidamente soggettivistiche; tant'è vero che i rapporti logici offerti dal teologo sono inesistenti, a parte la dichiarazione programmatica di una osservazione « ex parte obiecti », e affiora sempre più, in mezzo a perplessità vivissime, il tentativo di colmare le carenze logiche con fondamenti autoritativi presi a prestito dai giuristi.

Sofferamoci un momento: è palese il rinvio ai giuristi: « Sumpto dominio non pleno hoc secundo modo [che era il caso dell'enfiteusi e dell'usufrutto], subdividitur a *jurisperitis* in dominium directum et utile. Dominium proprietatis *appellant* dominium directum. Usumfructum vero ... *appellant* dominium utile ... Divisionem hanc domini non pleni in directum et utile tradit Bartolus ... *Sunt qui velint* emphyteutam feudatarium et maiori cum ratione usumfructuarium non habere dominium rei cuius proprietas est apud alium ... *Alvarus Valascus* ... nihilominus *censet* recedendum non esse a communi divisione post Bartolum recepta, a qua neque ego recedendum arbitror, tametsi semper confitendum sit proprietarium magis proprie ac praecipue esse

---

(195) MOLINA, *loc. cit.*, col. 39.



dominum rei quam usufructuarium eaque ratione iura aliqua solum proprietarium appellare dominium, dominio praecipuo ac simpliciter quale est directum » (196).

I corsivi dell'abbondante citazione testuale da Molina sono nostri e servono a segnalare la non-autonomia della pagina del teologo di Cuenca, a fondamento della quale troviamo la consueta dialettica tra frammenti del *Corpus juris* tipica dell'argomentare dei giuristi professionisti, il coro interpretativo della *communis opinio* con alla testa Bartolo e infine, unico giureconsulto che ha l'onore della citazione accanto ad Accursio e a Bartolo, Alvaro Valasco, modesto pratico portoghese del Cinquecento, sistematore chiaro e accurato della materia in un fortunatissimo 'Tractatus de jure emphyteutico » (197).

L'accoglimento della opinione comune dei giuristi ha un unico momento di consapevolezza: quello in cui si avverte che, nel rapporto uomo-cosa, l'oggetto ha delle istanze sue e che la *natura rei*, quale cumulo di forze economiche, non può essere semplicisticamente liquidata a ombra dell'individuo; che la proprietà ha, accanto alle prioritarie e prevalenti ragioni teologiche e filosofiche, ragioni economiche che scaturiscono dai fatti stessi e che un'osservazione un po' meno deformata dal paraocchi individualistico e appena un po' disponibile a cogliere le variazioni oggettive segnala con tutta evidenza. Conclusione a cui doveva portarlo anche la sua peculiare qualità di osservatore non distratto della pratica agraria ispano-lusitana costellata di concessioni fondiari sfocianti frequentemente nella costituzione di *dominia utilia*; concessioni di cui egli ama riportare con dovizia nei suoi commentarii la varia e pittoresca terminologia in volgare castigliano o portoghese (198).

È la sua acuta sensibilità, insieme storica ed economica, a spingere Molina sul terreno dei giuristi, a rendere la sua testimonianza tanto complessa e sfaccettata. Ma è una sensibilità che gli dà poche certezze e molti dubbi: la sua certezza è che l'essenza del

(196) MOLINA, *loc. ult. cit.*, coll. 39-40.

(197) MOLINA, *loc. ult. cit.*, col. 40.

(198) Si veda (*loc. ult. cit.*), dove egli parla « de emphyteuta in agris patrimonialibus, quos lusitani reguengos appellant », o tutta la terminologia da noi già ricordata (cfr. *supra*, p. 120), di cui fa sfoggio nella disp. 10 ' De emphyteusi, feudo, libello superficiarioque contractu » (col. 62).

*dominium* debba rinvenirsi ben a fondo dentro il soggetto. Il resto è solo un echeggiamento di motivi che lo conducono ad accettare la dottrina universalmente ricevuta del dominio utile (di cui egli intuisce le giustificazioni naturalistiche), riconoscendo però che questo incarna una figura imperfetta di proprietà.

Anche il mondo della giurisprudenza medievale non aveva acquisito incruentamente lo schema nuovo e categorialmente scomodo del dominio utile <sup>(199)</sup>: filiazione ancipite del disinvolto realismo giuridico medievale e della rigorosa tecnica diagnostica romana <sup>(200)</sup>, aveva mostrato a più d'un giurista le sue debolezze sul piano dogmatico; ma se ne era pur sempre ammessa la validità storica e grazie a questa se ne era operato un recupero sempre più definitivo, cogliendovi, in mezzo a tante debolezze concettuali, la sostanza d'una proprietà effettiva.

Ciò aveva un senso nella cultura del diritto comune che partiva da premesse filosofiche naturalistiche. Ma che senso ha, nel sistema di Molina, parlare di un *dominium imperfectum*? Posto che non si smentiscono le premesse volontaristiche della Seconda Scolastica in tema di *dominium*, è più una giustapposizione che l'inserzione di un elemento perfettamente digeribile e digerito; e la sua testimonianza è sì complessa, ricca di sensibilità, aperta a far sue dimensioni culturali diverse, ma — per quanto concerne il dominio utile — immotivata.

Il teologo avverte intensamente soltanto l'esistenza e l'importanza del problema; per il resto, non ha una parola sua da dire e si limita a registrare, pur con molte perplessità, gli insegnamenti di Bartolo e di Valasco.

Consona a tutta la sua claudicante pagina sullo smembramento della proprietà è la conclusione, tendente a minimizzare e quasi a vanificare l'ammissione di un dominio semipieno: « Illud admonuerim, cum parum pro nihilo reputetur, nullum aliud ius in re efficere ut proprietarius non dicatur pleno iure dominus illius praeter usumfructum perpetuum praesertim qualis est in emphyteuta, feudatario ac superficiario perpetuis » <sup>(201)</sup>. L'ammissione

<sup>(199)</sup> GROSSI, *Le situazioni reali*, cit., p. 183 ss.

<sup>(200)</sup> In questo senso: che esso rappresentava la traduzione entro lo schema tecnico del *dominium* delle istanze naturalistiche della cultura giuridica medievale.

<sup>(201)</sup> MOLINA, *De iustitia et iure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 40.

di un dominio utile viene ridotta a pochissimi casi tipici assolutamente non estendibili; anzi, nel pensiero di Molina, quasi ridotti a casi ristrettissimi di concessioni perpetue enfiteuticarie, feudali e superficiali. *Parum pro nihilo habetur* — confessa il nostro teologo rivelando un palese complesso di colpa — e il sistema fondiario basato sul *dominium plenum*, sull'*unum dominium* non ne viene scalfito.

Il rilievo del testo moliniano è quello di segnare un momento di apertura nella storia della Seconda Scolastica e anche di arricchire d'un nuovo argomento la tematica della proprietà che si era fissata su dei punti consolidati. Purtroppo, l'arricchimento è all'insegna della incoerenza, e serberà questo carattere negativo quando, nella diaspora europea della Scolastica secentesca, il tema non verrà più depresso e assumerà il ruolo di vero e proprio topos dottrinale; allora, o si accetterà il termine dominio utile come definitivamente un dominio improprio <sup>(202)</sup>, o si teorizzerà inconsapevolmente un *dominium semiplenum* <sup>(203)</sup>.

Fra una inconsapevolezza che può essere definita quasi generale fa però spicco la figura del Suarez del momento più maturo, nel quale la riflessione è condotta, per esigenze interne al pensiero dell'autore, dove non aveva osato Molina pagando un grave scotto teoretico.

Diciamo subito che il Suarez della maturità, non ci dà, per quanto ne sappiamo, a differenza di Molina e degli altri, una trattazione sistematica del *dominium*; il che rende più difficile una valutazione e impone in questa la massima cautela. Le sue precisazioni sono però tali da consentirci una sufficiente identificazione del suo pensiero.

In lui *dominium* è autonomia di poteri sulla cosa, una posizione estremamente qualificata che il teologo cristallizza nella espres-

<sup>(202)</sup> Cfr. SAYR, *Clavis regia sacerdotum*, lib. IX, cap. II, n. 3 (p. 538).

<sup>(203)</sup> Qualche esempio: REBELLO, *Opus de obligationibus iustitiae*, lib. I, q. VII, s. I, n. 6 (p. 56); LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. I, n. 4 (p. 17); CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 3. Contro questa incompletezza tuonano però taluni maestri (ad. es., DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 9), negando un carattere autenticamente dominativo al dominio utile.

sione « principale ius »; ed egli ha cura di puntualizzarlo: « addidi vero illam particulam principale, ut dominum ab administratore distinguerem, ac denotarem dominium proprie dici illum, qui est veluti causa principalis cuiuscumque usus rei, quia propria virtute, ut sic dicam, illum exercere potest » (204).

Il *dominium* ha lasciato la sfera del *libitum* per contentarsi di una identificazione con la sfera del *proprium*, inteso come la posizione di potere indipendente, cioè fondata di per sé e per propria virtù, nella quale la libertà del soggetto incontra il limite oggettivo della *natura rei*. Non è assolutezza di poteri, ma autonomia; premessa che rende legittimo ipotizzare diversi e sovrastanti *dominia* su una stessa *res* e che non è molto dissimile da quella che aveva permesso la stessa conclusione a Bartolo e alla dottrina medievale: « quod ius [utendi fruendi] posset in praesenti sub dominio comprehendendi, quia dominium utile a juristis vocatur, et proprium ac principale ius est ad tales actus » (205).

Suarez ha depresso le perplessità che hanno tormentato Molina; non ha più dubbi. Probabilmente il punto d'avvio è stato identico a quello del teologo di Cuenca: la riflessione sulla *natura rei*. Ma ciò che in Molina non va oltre la mera intuizione, ha in Suarez uno sviluppo logico e vien portato innanzi fino alle sue conseguenze ultime; tanto da rendere le sue conclusioni non solo marginalmente ma sostanzialmente diverse dal grande alveo della Seconda Scolastica.

Già nelle lezioni romane della sua giovinezza, pur inserite nel clima del rinnovamento vittoriano e sotiano, troviamo accenni preziosi per capire i futuri sviluppi: come quando accetta sì l'idea sotiana di proprietà come libertà dell'individuo e come « facultas in omnem usum », ma precisa subito — quasi di sfuggita e senza teorizzarvi sopra — che, secondo lui, « uti in omnem usum » significa « uti in omnem usum, ad quem ipsae [res] iuxta suam naturam et conditionem accommodari possunt » (206); o come quando, nello stesso contesto, si fa prendere da istanze effettualistiche originate

---

(204) SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda, De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4 (p. 562).

(205) SUAREZ, *loc. ult. cit.*, n. 6 (p. 563).

(206) SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 35.

dalla sua contemplazione della *res*, che certamente un Soto, un Aragon, un Bañez non avrebbero approvato nella loro rigorosa coerenza ai principii fissati <sup>(207)</sup>.

L'attenzione alla *natura rei*, che il neotomismo gesuitico riproponeva, vissuta in una coscienza forse meno tormentata ma più intellettualmente organizzata di Molina, era destinata a operare uno spostamento dell'indagatore un po' fuori del filone volontaristico, come ci è dato cogliere nel Suarez delle *disputationes* e dei *tractatus*. Qui, lo smembramento della proprietà è conseguenza non di una intuizione ma di una deduzione; e il frutto più vistoso è la costruzione del dominio utile come « *proprium ac principale ius ad actus utendi et fruendi* ».

Questo non sarebbe però ancora soddisfacente, perché non spiegherebbe né giustificherebbe la 'proprietà', cioè l'indipendente autonomia di poteri dell'enfiteuta, del feudatario, del superficiario. Non dimentichiamo infatti che tutte queste situazioni sono generate per un preciso atto di volontà del direttario, e ostentano, sotto questo profilo, dipendenza da un'altrui volontà, più che autonomia.

Suarez non sembra allarmato da questa genesi relativamente autonoma; egli guarda alla vita delle situazioni sulla cosa, alla permanenza di certe potestà sulla cosa, alla vita economica della stessa cosa che acquisisce autonomia nelle mani dell'enfiteuta, del feudatario, del superficiario.

L'autonomia di questi, che sono formalmente titolari di diritti reali su cosa altrui, se non la si può costruire 'ex parte subiecti', la si può ottimamente costruire 'ex parte obiecti'. Il *dominium* può così fondarsi su due realtà: quella del soggetto e quella della cosa, né ha rilievo che il *dominium* costruito sulla cosa possa non essere completo: « *dominium utile, quod sine dubio, licet non completum, verum tamen dominium est* » <sup>(208)</sup>.

---

<sup>(207)</sup> SUAREZ, *Quaestiones de justitia et jure*, q. XII, p. 35: « *quamvis re vera, sive dicamur domini sive non horum bonorum, sed usufructuarii, parum certe intersit, quia vix est differentia nisi de modo loquendi, nam res eadem revolvitur* ». Condizionante è, anche in questo caso, l'angolatura « *ex parte rei* », dalla quale si coglie appiattito e uniformato ciò che « *ex parte subiecti* » sarebbe risultato variato e distinto.

<sup>(208)</sup> SUAREZ, *Opus de religione, Pars secunda, De statu perfectionis et religio-*

Il soggetto non è più l'unica fonte di *potestates*; anche la cosa si accosta a lui in questa carica di vitalità, in questa funzione positiva. La natura del fatto diviene un elemento che, di per sé, ha una forza normativa tale da essere creatrice di diritto e addirittura di quella posizione potestativa per eccellenza che è il *dominium*.

Ascoltiamo il pacato discorso di Suarez: « respectu rei, qua frui et uti licet ex vi talis iuris [che può essere usufrutto, enfiteusi, feudo, superficie, e via dicendo], est dominium tantum utile; tamen de hoc ipso iure est dominium proprium, quia illud distrahere licet et in quemcumque usum convertere non prohibetur. Nec vero de hoc iure oportet fingere aliud ius, quod sit dominium eius, ne in infinitum procedatur, sed eo ipso quod est ius fruendi et utendi tali re per se ipsum, affert dominium sui ipsius » (209).

La polemica, tacita, implicita, è con Molina, con Bañez, con Vasquez, con tutti quei Maestri che avevano sentito il 'mio' come problema che aveva le sue scaturigini nel profondo del 'me', e avevano indicato come direzione di ricerca quella di uno scavo che andasse sempre più all'interno del soggetto. Qui la visione è invece tutta effettualistica, resta alla superficie dov'è la lotta tra le forze economiche e dove la vita economico-sociale si distende; alla dimensione verticale e ai suoi valori, Suarez aggiunge ora e sovrappone i valori della dimensione orizzontale, che è poi quella dell'oggettività.

Chi ha familiarità con i processi costruttivi e con le scelte del diritto medievale, troverà molte assonanze fra il discorso dei giuristi e le puntualizzazioni del gesuita secentesco; e accosterà mentalmente la coscienza del giurista vecchio, che aveva intuito che il dominio utile « potius accedit rei quam personae » (210), alla consapevolezza del teologo nuovo che costruisce il dominio utile come dominio soltanto « respectu rei ». Un teologo che non è però, in

---

*nis*, cap. V, n. 24 (p. 569). Un po' prima (p. 563, n. 5) aveva parlato « pro quocumque vero dominio particulari et humano, sive sit omnino plenum et liberum, sive sit aliquo modo ligatum ut in majoratu, sive sit semiplenum, ut in dominio emphyteutico seu directo tantum, et idem est de utile ».

(209) SUAREZ, *ibidem*.

(210) Il giurista è Luca da Penne, la cui significativa testimonianza abbiamo esaminato altrove: *Le situazioni reali*, cit., p. 203 ss.

questo caso, lo specchio d'una scuola o d'una coinè culturale, ma piuttosto uno splendido esempio di riflessione isolata e disarticolata dal coro dottrinale.

I teologi-giuristi del primo momento avevano forse, sollecitati da quei profondi legami che muovono, ad un unico misterioso richiamo, strutture economiche e pensiero pensante, modellato il proprio archetipo dominativo per e sopra il nuovo *homo oeconomicus* del Cinquecento quale appare non già nella arretrata realtà agraria ma nella vivezza di un commercio ormai capitalisticamente improntato sia sul piano psicologico, sia su quello organizzativo; per quest'uomo, la delineazione teorica d'una proprietà come dimensione della sua libertà, e perciò meramente potestativa, assoluta, unitaria, rappresenta la sagomazione d'un insostituibile strumento d'azione, e sempre più lo sarà per tutta l'età borghese, con l'avvento della società industriale attraverso le rivoluzioni liberali fino alle cristallizzazioni legislative dei Codici.

È forse allora la voce di Suarez all'unisono con le strutture agrarie che vivono, in un loro pesante immobilismo, l'impronta ricevuta nell'assetto fondiario medievale? Senza dubbio, l'osservazione della prassi agraria — meno palese tuttavia che in Molina — può avere avuto un certo rilievo, ma non dimentichiamo che si trattava pur sempre d'una pratica inerte, sclerotica, fatiscente. Il ripensamento suareziano invece ci appare tutto speculativo, tutto stimolato da confluente dottrinali, tutto fondato su una verità interiore, su un'acutezza di sguardo, su una partecipazione del ricercatore più alla metastoria che alla storia del suo oggetto. Per questo, preferiamo pensarlo — nella solitudine di questa sua riflessione — più appartato degli altri Maestri della sua scuola dal senso stesso dei tempi brevi della storia che nel tardo Cinquecento o ai primi del Seicento si viveva in Spagna e nell'Europa occidentale; testimonianza che ben spesso la storia delle idee ha in sé la sua libertà e le sue certezze.

XII. Quando, all'inizio di questa ricerca, si pose il problema se impostare sistematicamente ed unitariamente il quadro offerto dalla Seconda Scolastica oppure seguirne storicamente il divenire, ci sembrò che, pur nelle diversità di atteggiamenti che emergevano, fosse prevalente una visione di fondo unitaria entro la quale

si rilevava una scansione in due momenti, che non smentiva, in genere, quella visione ma soltanto la variava. In conseguenza di questa premessa, i capitoli del nostro itinerario di ricerca sono stati tutti impostati all'insegna di oggetti unitariamente esaminati, anziché diversificati secondo l'evoluzione dottrinale; tutti, tranne questo e il seguente dedicati alla definizione della proprietà.

Se la sostanza del discorso era unitaria, la definizione, come dato formale, rinviava però a fonti culturali affatto diverse ed esigeva, appunto per la maggior evidenza delle matrici dottrinali, due riflessioni formalmente autonome.

Il primo momento — quello che abbiamo qualificato 'teologico' — rivela anche nella soluzione del problema definitorio la propria tipicità culturale; è, come sappiamo, il momento di adesione più piena alle formulazioni volontaristiche della tarda Scolastica, e alla tarda Scolastica impronta infatti la propria definizione di *dominium*; più precisamente a Gerson che Corrado Summenhart aveva riproposto ai giuristi dell'età umanistica nel suo gersonianissimo trattato 'De contractibus' <sup>(211)</sup>.

Recita la *definitio* del cancelliere parigino: « Dominium est potestas propinqua assumendi res alias vel ut alias in sui facultatem vel usum licitum secundum iura vel leges rationabiliter institutas » <sup>(212)</sup>.

Vi ha risalto la proprietà come posizione soggettiva di potere e come posizione provocatrice di un moto centripeto di attrazione dei beni verso il soggetto; v'è, inoltre, nella definizione, ben precisata l'idea che proprietà significa negazione di ogni autonomia della realtà fenomenica, inglobata — grazie al *dominium* — entro la sfera del soggetto.

Vi risalta poi un termine 'facultas', corrente nell'uso di tutta la Scolastica, ma particolarmente frequente nella Scolastica francescana a indicare una potenza del soggetto, che, lasciato il terreno astratto della pura potenzialità, è divenuta una posizione di

---

<sup>(211)</sup> CORRADO SUMMENHART, *De contractibus licitis atque illicitis* ..., Venetiis, 1580, Tract. I, q. I, p. I.

<sup>(212)</sup> Vedila in GIOVANNI GERSON, *De potestate ecclesiastica*, in *Oeuvres complètes*, ed. Glorieux, vol. VI: *L'oeuvre ecclésiologique*, Paris, 1965, p. 245.



libertà dell'individuo, dinamica, espansiva ed incisiva nella realtà che lo circonda <sup>(213)</sup>.

Fu questa una definizione congeniale ai primi creatori del rinnovamento teologico cinquecentesco: variata soltanto di poco e vieppiù precisata, la si trova nei commentarii alla *Secunda Secundae* e nella 'relectio de Indis' di Francesco da Vitoria <sup>(214)</sup> o in quella 'relectio de dominio', del 1535, in cui Domenico Soto abbozza la teoria della proprietà <sup>(215)</sup> che egli svilupperà compiutamente nel libro quarto del suo 'De justitia et jure' <sup>(216)</sup>.

L'adozione del termine 'facultas' è sorretta dalla esigenza di dare al *dominium* una qualificazione non equivoca. Già Vitoria fissa un punto fermo: quando si dice 'facultas', non si fa riferimento alla 'sola potentia', cioè alla mera possibilità di fatto di raggiungere un determinato risultato, bensì ad una 'potestas juridica', ad una complessa posizione soggettiva riconosciuta dall'ordinamento, grazie alla quale io posso incidere sulla realtà sociale pretendendo, al tempo stesso, che questa incidenza abbia validità di fronte a tutti i consociati <sup>(217)</sup>.

Ma 'potestas juridica' sembra qualificazione ancora troppo generica a Soto, che tiene ad esaltare il contenuto specifico ed inconfondibile di 'facultas'. La quale non attiene, come aveva sostenuto Gerson, all'area del *fas*, della semplice liceità, ma a quella del *facile*: « *facultas non a fas, sed a facile derivatur, ut sit quasi facilitas. Sunt enim contraria facultas et difficultas* » <sup>(218)</sup>.

La precisazione è indicativa: ciò che preme a Soto è reperire uno strumento idoneo per il dinamicissimo operatore sociale che ha di fronte, uno strumento teoretico che valga a caratterizzare

<sup>(213)</sup> GROSSI, *Usus facti*, cit., p. 310.

<sup>(214)</sup> « *dominium est facultas ad utendum re pro arbitrio suo* » (VITORIA, *In Secundam Secundae. De justitia*, ad quaest. LXII, art. I, n. 29, p. 82). Cfr. anche VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, n. 20 (p. 662-663).

<sup>(215)</sup> DOMENICO SOTO, *Relectio de dominio*, p. 78.

<sup>(216)</sup> DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. I, art. I, f. 79v.

<sup>(217)</sup> VITORIA, *De Indis recenter inventis relectio prior*, n. 20. 'Potentia' sta ad indicare genericamente una possibilità del soggetto, che può anche collocarsi nella piena antigiuridicità; dal che il discorso paradossale di Vitoria: « *si enim hoc satis est ad dominium, ergo latro habet dominium ad interficiendum hominem, quia habet potentiam ad hoc; et fur habet potentiam ad capiendum pecuniam* ».

<sup>(218)</sup> DOMENICO SOTO, *loc. ult. cit.*

la libertà intrinseca alla sua azione e, insieme, la capacità di questa azione a tradursi in posizione dominativa.

La ' *facultas* ', proprio per il suo essere una ' *facilitas* ' del soggetto, è emblematica del respiro umanistico di Soto, emblematica d'una cultura che risolve la complessità del mondo nella scarna semplicità del soggetto e concepisce la realtà fenomenica come la proiezione dei suoi poteri, un territorio idealmente sgombrato da ogni impedimento che possa frapporsi all'estrinsecazione di questi <sup>(219)</sup>.

' *Facultas* ' significa dunque posizione potestativa che trova il proprio limite costituzionale soltanto nella volontà che dal di dentro la sorregge e la orienta verso l'esterno; ' *facultas* ' è il segno tipico della sovranità del soggetto e della sua vocazione a concretarla in forme possessive. Il microcosmo trova in essa il suo termine di chiusura, il confine della sua indipendenza entro il quale l'azione del singolo è ' *facilis* ' <sup>(220)</sup>.

Si capisce appieno, perché il *dominium* sia definibile come *facultas*, sia, anzi, per eccellenza, *facultas*; non si sarebbe infatti molto lontani dal vero se si affermasse che il compito prevalente che l'età nuova gli affida è esattamente quello della *facilitas* dell'individuo, costituendo intorno a lui uno schermo protettivo e munendolo di agguerriti strumenti di conquista.

Leggiamo ora la definizione di Soto: « *Dominium ... est propria cuiusque facultas et ius in rem quamlibet, quam in suum ipsius commodum usurpare potest quocumque usu lege permissio* ». Gerson aveva aggiunto: « *facultas propinqua assumendi res alias* », ma Soto respinge come pleonastica la precisazione; proprio perché non è una mera possibilità del soggetto, la *facultas* — pur essendo una dimensione a lui interna — ha, come sopra dicevamo, una capacità di immediata incidenza nel mondo esterno; pur perfetta

<sup>(219)</sup> Respingendo come generico il termine ' *potestas* ', Soto puntualizza il suo discorso con un esempio chiarificatore: « *potestas genus est plura comprehendens quam facultas. Potest quippe tyrannus abuti civium bonis, non tamen habet facultatem, id est facilitatem, quia id sine licentia et facultate domini aut iusta intercedente causa non potest* » (*ibidem*).

<sup>(220)</sup> Dirà, nel solco di Soto, Gregorio di Valencia: « *intelligitur tam late patere dominium quam patet facultas* » (GREGORIO DI VALENCIA, *De iustitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 995).

in sé come fenomeno intrasubiettivo, è ordinata a costruire il *proprium* anche grazie alle *res externae* ed ha esclusivamente nella volontà che la percorre la forza per operare la costruzione.

Soto puntualizza però: « *facultas propria* », per esaltarne l'indipendenza e separarla rigorosamente dall'usufrutto, dall'uso e da tutte quelle posizioni sulla cosa nelle quali si concretano situazioni possessive <sup>(221)</sup>; e aggiunge: « *ad proprium utentis commodum* » segnalando che la proprietà è chiamata esclusivamente a soddisfare esigenze proprie del singolo a livello di persona o di individuo; e aggiunge ancora: « *quocumque usu* » per indicare che l'area essenziale della proprietà non è già quella dell'*usus*, ma della libertà e della scelta fra gli *usus*.

La definizione sotiana ha un valore esemplare: con qualche aggiustamento formale, la vediamo ripetuta da tutti i Maestri del momento umanistico, da Martino Ledesma <sup>(222)</sup> ad Aragon <sup>(223)</sup>, da Salon <sup>(224)</sup> a Bañez <sup>(225)</sup> a Gregorio di Valencia <sup>(226)</sup>. Anche in questo essi vollero, dietro il grande domenicano di Segovia, affermare la propria sostanziale fedeltà al volontarismo parigino.

XIII. Non sappiamo — né ci interessa — se Ludovico Molina fu il primo a rifarsi invece alla tradizione giuridica ed alla defini-

---

<sup>(221)</sup> « Addiderim autem 'propria', ut dominium distinguatur a mera possessione, usu et usufructu. Etenim qui tantum habet usum aut usum fructum, non habet propriam facultatem sed dependenter a vero domino » (*loc. ult. cit.*).

<sup>(222)</sup> MARTINO LEDESMA, *Secunda [pars] 4. [Sententiarum]*, Conimbricæ, 1560, quaest. XVIII, art. I, dub. I.

<sup>(223)</sup> « Ex dictis possumus colligere veram dominii definitionem dicentes dominium esse facultatem propriam utendi re in omnes usus lege permisos, referendo et ordinando eandem rem in propriam utilitatem et commodum » (ARAGON, *De iustitia et iure*, ad quaest. LXII, p. 83).

<sup>(224)</sup> « Propria et accommodata definitio dominii est: ius seu facultas propria, libera et voluntaria utendi rebus sibi subiectis ad propriam utilitatem in omnes usus iure sibi permisos » (SALON, *Controversiae de iustitia et iure. Tractatus de dominio rerum*, q. I, art. I, concl. IIII, p. 107).

<sup>(225)</sup> « Dominium est facultas propria utendi re in omnes usus lege permisos ... referendo rem ipsam in proprium commodum » (BAÑEZ, *Decisiones de iure et iustitia*, ad quaest. LXII, p. 73).

<sup>(226)</sup> « dominium est facultas quam quis habet usurpandi rem independenter ex alterius voluntate, in suumque commodum, quolibet usu lege permisso » (GREGORIO DI VALENCIA, *De iustitia et eius speciebus*, q. X, punct. I, col. 994).

zione generalmente accettata dai giuristi; certo è che v'è in lui una scelta precisa in proposito e che si tratta d'una scelta condizionatrice nel divenire della Seconda Scolastica, dal momento che a lui rinvierà il coro dei Maestri successivi <sup>(227)</sup>.

Messo di fronte alla definizione gersoniana riveduta e corretta da Soto e a quella di Bartolo diventata *opinio communis* e seguita dalla stessa giurisprudenza nazionale spagnola del Cinquecento <sup>(228)</sup>, Molina opta per quest'ultima con una motivazione affatto soggettiva e pertanto insoddisfacente. Ai suoi occhi « compendiosior sane et forte cautior est definitio Bartoli » <sup>(229)</sup>.

*Cautior*: l'interprete potrebbe sbizzarrirsi a piacere nell'identificazione di un contenuto. Verosimilmente, la maggior cautela che Molina vi riconosce sta nell'essere la definizione del giurista filosoficamente più anonima, forse più generica, ma, nel tempo stesso, più aperta e disponibile, priva com'è d'un contrassegno tanto impegnativo come la derivazione gersoniana: si pensi alla idea del *dominium* come realizzatore del *proprium commodum*, che ha un senso nella costruzione volontaristica e individualistica di Soto, ma che, come abbiám visto <sup>(230)</sup>, rende perplesso Molina costruttore d'una teoria della proprietà percorsa anche da venature realistiche.

<sup>(227)</sup> Per esempio, Paolo Laymann (1574-1625), che, nella sua celebrata e fortunata *Theologia moralis* pubblicata a Monaco nel 1625, ha in Molina la sua fonte prevalente (PAOLO LAYMANN, *Theologiae moralis ... tomi*, Venetiis, 1662, lib. III, sect. V, Tract. I, cap. V, n. 2). È doveroso però registrare anche perplessità o valutazioni negative: perplessità dimostra il De Lugo, che opera un tentativo di composizione fra la definizione di Bartolo e di Soto affermando che quelle « definitiones retinendae sunt, quae si bene explicentur, continent essentiam pleni dominii » (DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disp. II, sect. I, n. 3). La definizione di Bartolo è giudicata invece troppo superficiale e insoddisfacente da Lessio, giacché « haec definitio non explicat hoc ius esse in re fundatum, quod tamen ad rationem dominii est necessarium » (LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. II, cap. 3, dub. II, n. 10).

<sup>(228)</sup> « Hanc definitionem amplectuntur communiter iurisperiti, quos Antonius Gomez, ad l. 45. Tauri, nu. 5 refert ac sequitur » (MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34).

<sup>(229)</sup> « Haec autem Bartoli definitio multo magis probatur quam illa alia, quam tradit Sotus ... Licet enim idem sit utriusque sensus, compendiosior sane et forte cautior est Bartoli definitio » (MOLINA, *ibidem*).

<sup>(230)</sup> Cfr., più sopra, p. 159 ss.

È questo affiorare di realismo che spinge Molina alla lettura ed alla utilizzazione dei giuristi, ma non è tanto consapevole da costringerlo a una revisione organica, non diventa una scelta di fondo in senso opposto alla teologia di marca umanistica. Assumiamo ad esempio il problema definitorio che ora ci interessa: la sua opzione per Bartolo è, come abbiám visto, relativamente motivata; poco prima, Molina aveva confessato che esprimeva la sua preferenza « licet idem sit utriusque sensus ». In altre parole, egli non smentisce la sua appartenenza ad una Seconda Scolastica unitariamente intesa, ma si limita ad avviare un discorso più complesso anche sul piano delle fonti.

La sua definizione di *dominium* è formalmente quella tecnico-giuridica formulata da Bartolo in un famoso commento alla l. *Si quis vi* del titolo 'de acquirenda possessione' del Digesto: « ius perfecte disponendi de re corporali nisi lege prohibeatur »<sup>(231)</sup>.

L'interessante per noi è vedere fin dove il dato formale riesce a condizionare le conclusioni del teologo: l'orientamento è di assolutizzare il contenuto della definizione. Nel contesto bartoliano il 'perfecte disponere' — terminologia di per sé ambivalente — riceveva un'interpretazione autentica da tutto il discorso del giurista, che proseguiva postulando l'esistenza di « plura dominia »; il senso originario di 'perfecte disponere', così come Bartolo l'aveva pensato, non poteva dunque che far riferimento ad un'autonomia di poteri più che ad una latitudine assoluta di essi. In questa ricostruzione<sup>(232)</sup>, lo 'ius perfecte disponendi' si armonizzava e si giustificava con l'ammessa pluralità di dominii e con tutto il processo — proprio della dottrina medievale — di relativizzazione della nozione di proprietà.

L'interpretazione di Molina rappresenta invece la recezione della forma definitoria da parte di un uomo nuovo del Cinquecento, o, se vogliamo, la traduzione in termini rinnovati della definizione medievale<sup>(233)</sup>. Egli infatti scinderà il tutto organico così come il

<sup>(231)</sup> BARTOLO, *In primam ff. Novi partem*, Venetiis, 1585, ad l. *Si quis vi* § *Differentia*, ff. *de acquirenda possessione* (D. 41, 2, 17, 1), n. 4.

<sup>(232)</sup> Da noi proposta in: *Le situazioni reali nell'esperienza giuridica medievale*, cit., p. 153 ss.

<sup>(233)</sup> Vale la pena di ricordare che interpretazioni assolutizzanti si contano

giureconsulto marchigiano l'aveva pensato e proposto, intenderà il 'perfecte disponere' quale contenuto del solo *dominium plenum* e ne escluderà il dominio utile che Bartolo aveva inteso ricomprendervi <sup>(234)</sup>; lo intenderà, per giunta, in modo assolutizzante, e con lui molti dei tardi Maestri gesuiti <sup>(235)</sup>. In taluni di questi si arriva alla circostanza paradossale di accettare la definizione bartoliana, spiegandola e sviluppandola con una terminologia e un istrumentario concettuale rigorosamente sotiani <sup>(236)</sup>. V'è però una eccezione che è doveroso segnalare: quella di Suarez, che, in perfetta coerenza con la sua accettazione dello smembramento del dominio, ci offre una variazione della definizione di Bartolo, echeggiante le più mature riflessioni della *jurisprudencia* medievale e armonica con la sistemazione da lui stesso proposta <sup>(237)</sup>.

Resta da dare una risposta al quesito di fondo: al di là della scelta formale e della simpatetica adesione che la sorregge, posto che sono numerosi e sostanziali i riallacci con tutto il materiale elaborato da Domenico Soto e dai seguaci, quali variazioni il dettato di Bartolo, più di quello di Soto, consente ai maestri gesuiti? Un punto mi sembra particolarmente rilevante: ed è il tentativo di superamento d'una posizione esclusivamente individualistica.

già in alcuni tardi commentatori, come nel giureconsulto quattrocentesco, Francesco Accolti, l'Aretino (cfr. *loc. ult. cit.*, p. 156).

<sup>(234)</sup> MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 41 in princ.

<sup>(235)</sup> « utendo sive abutendo » (ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1); « terendo et rumpendo, vendendo, commutando, mutuo aut commodato dando, locando, dando in custodiam vel in pignus et aliis quibuscumque modis utendo » (PIETRO DI OÑATE, *De contractibus tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, Romae, 1646, Tract. III, disp. IX, sect. II, n. 216, p. 297).

<sup>(236)</sup> CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3, p. 44. Ma si veda soprattutto PIETRO DI OÑATE, *De contractibus, tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, disp. IX, sect. II, n. 216: « dicitur autem [perfecte disponendi], quia est facultas disponendi in omnem usum ».

<sup>(237)</sup> Ecco la definizione proposta da Suarez: « Dominium ... est principale ius disponendi de re aliqua in quemcumque usum lege non prohibitum » (SUAREZ., *Opus de religione. Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4-p. 562). Fin nella definizione formale appare una netta relativizzazione della nozione di proprietà, in un senso vicino a quello della cultura giuridica medievale. La definizione di Suarez ricorda da vicino un celebre passo di Baldo, il commento alla Auth. Hoc ius porrectum, C. de sacrosanctis ecclesiis, da noi commentato in: *Le situazioni reali*, cit., p. 162 ss.

Se i teologi del momento umanistico insistono sul ' *proprium commodum* ' quale fine della proprietà, Molina e i suoi seguaci non vogliono chiudere completamente la proprietà in un bozzolo utilitaristico, né vogliono precludergli una funzione dispensatrice quale aveva nel sistema di Tommaso <sup>(238)</sup>. In ordine a questo scopo la definizione bartoliana risulta più aperta, e Molina può tranquillamente assegnare al *perfecte disponere* un contenuto « sive in *proprium* sive in *alienum commodum* » <sup>(239)</sup>.

Sotto altro profilo, l'adozione della *definitio Bartoli* da parte dei teologi si rivela occasione preziosa per il divenire e l'evoluzione della moderna dommatica giuridica. A chiare note, il giureconsulto vi insegna essere solo la *res corporalis* un possibile oggetto di dominio; insegnamento ingiustificato per il teologo che ha presenti le coraggiose conquiste del diritto canonico <sup>(240)</sup> e che, soprattutto, ha concepito e costruito come proprietà una gamma rilevante di situazioni il cui oggetto è una *res incorporalis*, prima fra tutte il *dominium suorum actuum* <sup>(241)</sup>. La precisazione di Bartolo provoca l'esplicito rifiuto dei teologi e li sollecita ad enunciazioni che ci paiono d'un estremo interesse per la ' *Dogmengeschichte* ' del moderno diritto privato. L'apporto di quell'operatore più libero e spregiudicato che è il teologo è determinante, qui come in altri casi, per scrollarsi di dosso pesanti ipoteche materialistiche della tradizione giuridica occidentale.

<sup>(238)</sup> *Summa Theolog.*, IIa IIae, q. LXVI, art. II.

<sup>(239)</sup> MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 34. Dietro Molina, cfr. CASTRO PALAO, *De justitia et jure*, Tract. XXXI, punct. V, n. 3 (p. 44); ESCOBAR, *De justitia et jure*, lib. XXXVI, sect. I, cap. I, n. 1.

<sup>(240)</sup> MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 3, col. 35.

<sup>(241)</sup> MOLINA, *loc. ult. cit.* Davvero illuminante è questo passo di Pietro di Oñate: « Dicitur etiam de re corporali, quia Bartolus et aliqui juristae putant de re spirituali non posse dari dominium, sed quasi dominium, sicut non potest dari possessio sed quasi possessio. In quo mihi displicet definitio et opinio Bartoli, quia non minus datur dominium beneficiorum et aliorum jurium quam domus vel equi; nec minus est homo dominus actuam suorum liberorum quam aliorum omnium, immo per illos formaliter est dominus caeterorum (ut Theologi docent) quare sicut sunt primae radices libertatis, ita sunt primae radices domini, quod in facultate libere disponendi consistit » (PIETRO DI OÑATE, *De contractibus, tomi tres*, t. I: *De contractibus in genere*, disp. IX, sect. II, n. 217). Cfr. anche SUAREZ, *Opus de religione. Pars secunda: De statu perfectionis et religionis*, cap. V, n. 4.

XIV. Questa che abbiamo delineato ci sembra essere la teorica della proprietà accuratissimamente elaborata dai Maestri della Seconda Scolastica.

Quel che — da un punto di vista sistematico — resta ancora da segnalare (ed è singolare e tipico delle loro trattazioni) è che questa teorica ha uno spazio ben determinato nel loro sistema privatistico.

Se guardiamo all'assetto organizzativo dei trattati « de justitia et jure », possiamo infatti constatare che l'indagine — sia che segua pedissequamente la ' Summa ' di Tommaso e prenda la forma di un commento alla *quaestio LXII* della *Secunda Secundae*, sia che abbia una sua struttura autonoma — viene *in limine* a dilatarsi e a svilupparsi in una vera e propria teoria generale della proprietà: una sorta — si direbbe, operando un accostamento a esperienze culturali a noi più prossime — di ' *allgemeiner Teil* ', nel quale sono fissati i fondamenti primi, le ragioni, le articolazioni essenziali del fenomeno *dominium*. È la zona che i nostri Maestri chiamano del ' *dominium in genere* ' o anche del ' *dominium in comune* '. Segno che il discorso giuridico discende da determinazioni che precedono il piano della *scientia juris* come diagnosi conoscitiva della realtà sociale e che il momento squisitamente tecnico deve essere superato rivelandosi inadeguato a cogliere l'ossatura d'un sistema giuridico che ha le sue certezze non nella obbiettiva lettura del mondo storico, bensì in scelte precedenti a livello filosofico o anche soltanto ideologico.

Così è per la Seconda Scolastica, nella quale tutta la strutturazione, anche tecnica, dei diritti reali risente di certe scelte prime che hanno condizionato e condizionano il lavoro successivo e dalle quali questo dipende come da fonte prevalente.

Quel che ci preme qui segnalare — a parte la singolarità in sé di questo approccio con la materia delle cose — è che il discorso sul ' *dominium in genere* ', anche se presuppone convinzioni teologico-filosofiche, non è un'escursione al di là dei confini del diritto, né una diversione metagiuridica che consenta ai dottori uno sfoggio della loro cultura letteraria e filosofica. È piuttosto una filosofia che si definisce ormai in termini di dottrina giuridica e si sostanzia in una robusta teoria generale tendente a sorprendere la costitu-



zione essenziale del rapporto uomo-cose come relazione giuridica, anzi come momento portante di una visione giuridica del mondo.

Ascoltiamo una voce significativa, che è estensibile a tutta la coraltà dottrinale, quella dell'impegnatissimo Pietro d'Aragon; egli inizia il suo itinerario (che è formalmente un commento alla *quaestio LXII*) con la 'materia de dominio', un ampio esame di ciò che abbiamo più sopra chiamato 'dominium in genere'. L'itinerario si snoda nelle seguenti tappe: « primum est quid sit dominium; secundum de subiecto dominii, quis scilicet habeat dominium; tertium, de obiecto dominii, idest quae res possint cadere sub dominio ...; quartum de distinctione dominii, quando scilicet incepit dominiorum distinctio; quintum de modo transferendi dominia »<sup>(242)</sup>. Che cosa sia l'istituto giuridico proprietà è delineato e circoscritto nei primi tre punti segnati da Aragon. È in essi che si dà volto a ciò che per il Maestro agostiniano è il *dominium* come archetipo di tutti i *dominia* storicamente realizzati, o, se vogliamo, alla nozione di proprietà nei suoi elementi costitutivi. I caratteri individuati e scrupolosamente elencati parlando del 'dominium in genere' saranno destinati a colorire ogni proprietà concreta, a proporci ogni proprietà come manifestazione di quello.

L'interesse teorico, ricostruttivo, di Aragon e di tutti i dottori della Seconda Scolastica si esaurisce in questa teoria generale<sup>(243)</sup>,

<sup>(242)</sup> ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, Materia de dominio, p. 82.

<sup>(243)</sup> Con una articolazione sistematica che varia poco, almeno per quanto concerne la valutazione e risoluzione del punto in esame, da autore ad autore. DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, Prooemium: « quinque ergo convenit de rerum dominio disputare quaestiones. Primam, de re ipsa deque eius subiecto. Secundam, de eius obiecto nempe quotuplex sit et quarum rerum. Tertiam, de dominiorum divisione ac legitima translatione. Quibus subinde de singularibus quorundam dominiis quarta adhibetur disputatio. Ac demum quinta de dominiorum translationibus. SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, Prooemium: « Continebit autem haec disputatio quinque potissime capita seu quaestiones. Prima erit de essentia et natura dominii. Secunda, de subiecto, idest quis sit capax dominii. Tertia, de obiecto dominii, idest quae res dominio hominum possint subiacere. Quarta, de divisione dominiorum et rerum, fueritne licita et quando inceperit. Quinta, de translatione dominiorum, qua ratione dominia rerum valeant tuta conscientia ab uno in alium transferri ... »; BAÑEZ, *Decisiones de jure et justitia*, ad quaest. LXII, Praeambulum de dominio: « Quinque quaestiones principales sunt hic a nobis disserendae. Quaestio prima, quidnam sit dominium; secunda quaestio seu disputatio de dominio continet duas

nella quale si fissa il calco entro cui immettere ogni situazione che lo permetta. Il problema della 'divisio rerum', quello che per Aragon costituisce il quarto punto, si innesta dopo un discorso sulla proprietà già conchiuso e definito. Con esso, il discorso, prima rigorosamente teoretico del teologo-giurista, diventa quasi storico, e non è più questione di *dominium* ma di *dominia*. L'oggetto concerne non più un *quid* ma un *quando*: « quando scilicet inceptit dominiorum distinctio ».

Ci si domanderà il perché di questa fin troppo ovvia precisazione. Rispondiamo che essa ha un senso a fronte d'un eccessivo interesse e d'una indubbia sopravvalutazione ai quali è stato sottoposto dalla prevalente storiografia il momento della « divisio rerum »<sup>(244)</sup>, e consequenzialmente il sottostante problema logoro

---

partes. In prima dicemus quotuplex sit dominium. In secunda vero dicitur quae-nam sit materia dominii. Quaestio tertia, de rerum divisione. Quaestio quarta, de peculiari quorundam dominio: Disputatio quinta, de translatione dominiorum. MOLINA, *De justitia et jure*, t. I, Tract. II, Prooem.: « Primo autem loco de jure et dominio rerum in genere nec non de partibus quibus dominium quasi integratur ac perficitur, tanquam de fundamentis, quae jacienda sunt, disseremus » (Molina propone concretamente questa sistemazione così concatenata: « Dominium quid et quotuplex sit; de titulo juris et dominii; de usu et habitatione; utrum minores fratres dominium aliquod rerum habeant an solum usum; de usufructu, quot modis usufructus constituatur; quot modis usufructus finiatur; de emphyteusi, feudo, libello superficiarioque contractu; quid et quotuplex sit servitus; quid et quotuplex sit possessio; de actibus veris et fictis quibus possessio comparatur; servitutum et jurium incorporalium possessio quomodo comparetur; de amissione possessionis; de emolumentis possessionis; possessionis definitio in sensu formali; utrum solae res libero arbitrio pollentes dominii sint capaces; utrum existens extra charitatem dominii sit capax; an licite et quo iure dominia rerum fuerint divisa ». Sistemazione che ci pare eloquentissima ai fini della nostra conclusione); LESSIUS, *De justitia et jure*, lib. 2, cap. III: « Quid sit dominium in genere et quae-nam eius species; cap. IV: quibus et in quae dominium competat; ca. V: de modo acquirendi dominii in res, quae vel nullius vel communes sunt », in cui la *dubitatio prima* è « Quomodo facta sit prima rerum divisio seu distinctio dominiorum ». E basti questa come esemplificazione di una intelaiatura discorsiva che è generale.

<sup>(244)</sup> Ne è un esempio L. LOMBARDI, *La fondazione del diritto di proprietà privata nella Seconda Scolastica*, Roma, 1958, o i saggi specifici, su Molina, di J. KLEINHAPPL, *Die Eigentumslehre Ludwig Molinas*, in *Zeitschrift für katholische Theologie*, LVI (1932), e, su Suarez, di A. FERREIRO LOPEZ, *La naturaleza de la propiedad privada en las doctrinas de Suarez*, in *Pensamiento*, IV (1948).

e sfocato della riconduzione della proprietà divisa delle *res externae* al diritto divino positivo, al diritto naturale, al diritto delle genti o a quello umano positivo.

Diciamo logoro e sfocato non solo perché se ne è parlato troppo e troppo spesso in forma apologetica, ma anche perché ha fuorviato gli indagatori dalle grandi enunciazioni teoretiche della Seconda Scolastica a proposito della proprietà. Per la Seconda Scolastica infatti, al di là della riconduzione della *divisio rerum* allo *jus naturale* o allo *jus gentium* (essa è concordemente <sup>(245)</sup> per quest'ultima soluzione), v'è un principio primo di cui è profondamente convinta: che la proprietà costituisce una dimensione stessa della natura umana e che pertanto si qualifica rispetto all'uomo di una sua intima naturalità <sup>(246)</sup>. L'idea del *proprium* è da Dio stesso infusa nell'animo umano <sup>(247)</sup>, e il suo *dominium* è messo strettamente in connessione con la sua qualità di figlio di Dio.

L'idea del *proprium* non è intrinsecamente legata al peccato; il *dominium sui*, il *dominium suorum actuum*, il dominio dei propri

---

<sup>(245)</sup> Un'opinione singolare è invece quella di GIOVANNI DI MEDINA, *De poenitentia, restitutione et contractibus*, Ingolstadii, 1581, t. II, p. 6.

<sup>(246)</sup> La comunione dei beni non incarna un precetto positivo di diritto naturale, ma può dirsi solo negativamente di diritto naturale: « quantum ad dominium, ius naturae numquam praecepto inhiuit rerum divisionem ..., sed eo sensu negativo dicitur communis possessio de jure naturae, quod nunquam lex naturalis eandem praecepit divisionem ... » (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. III, f. 85v). È questa una conclusione generale sulla quale non mette conto di indugiare. Come non mette conto di indugiare sulla generalmente affermata origine della proprietà divisa delle cose dallo *ius gentium*. Posta nello *ius gentium* l'origine della *divisio rerum*, si può tranquillamente insegnare: « hoc enim interest inter ius gentium et civile, quod illa, quae iure gentium statuuntur nec indigent principe nec ullo rei publicae conventu, sed ratio naturalis ea homines docet, quare ex conducto poterant filii Adam ac deinceps nepotes et pronepotes fundos et agros occupare et peculium augere ipsa docente ratione » (ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 100).

<sup>(247)</sup> « homines suapte natura et jure coeperunt esse domini suarum actionum, ut illa libertate creatori servirent. Quo fit ut aliqua dominiorum divisio iure naturali facta fuerit, nempe haec actionum et quod homo habet proprii honoris et famae. Haud enim iure gentium, sed naturali factum est cuique proprium » (DOMENICO SOTO, *De justitia et jure*, lib. IV, q. III, f. 85r). Posizione ripresa poi da SALON, *Controversiae de justitia et jure. Tractatus de dominio rerum*, q. IV, art. II, concl. I, p. 137.

beni spirituali — che sono tecnicamente delle proprietà — affermano l'idea del *proprium* anche nello stato d'innocenza dell'uomo <sup>(248)</sup>. Non solo, ma i nostri Maestri sono pronti nell'ammettere che questa intrinseca naturalità possa aver provocato addirittura ' ante peccatum ', in un momento di osservata comunione dei beni, delle divisioni di cose, trattandosi di uno strumento funzionalissimo <sup>(249)</sup>. Infatti, anche nel suo aspetto di *dominium rerum*, la proprietà non smentisce mai la sua consonanza con la *naturalis ratio*, con la sua sostanza di strumento provvidenziale, congeniale all'uomo e tipico di lui.

L'uomo è ' natura sua ' *dominus*; ' natura sua ' egli sarà sempre vocato alle varie forme di dominio (di sé, dei propri beni spirituali, delle cose esterne), diverse per quanto attiene all'oggetto, ma non diverse per quanto concerne la loro costituzione essenziale che è unica ed unitaria e che trova il suo modello unico nel ' *dominium in genere* '.

La diversità dell'oggetto incide su un altro piano: mentre il *dominium sui* e quello *suorum actuum* sono di diritto divino, nel senso che è Dio stesso che li vuole come imprescindibile patrimonio di ognuno, il *dominium rerum*, che è coerente al diritto naturale e pertanto necessario soprattutto nello stato di ' natura lapsa ', non incarna però un precetto positivo di diritto naturale. Lo postula il *communis omnium consensus*, matrice degli istituti *juris gentium*, non già una statuizione inderogabile della Divinità <sup>(250)</sup>.

Anzi, nel momento stesso in cui si proclama la *utilitas* e la *necessitas* della proprietà privata delle *res externae*, si ammette anche

<sup>(248)</sup> Si veda il testo di Soto citato alla nota precedente.

<sup>(249)</sup> Basti citare questo testo di MOLINA (*De justitia et jure*, t. I, Tract. II, disp. 20, col. 100): « quo fit, ut iure naturali non sit illis [hominibus] prohibita rerum divisio, sed permissa. Quod arbitror verum esse non solum in statu naturae lapsae, sed etiam in statu naturae integrae. Potuissent namque homines in illo statu de communi consensu dividere inter se et appropriare absque cuiusquam iniuria res omnibus a Deo concessas, non secus ac in statu naturae lapsae iustissimis de causis effectum est ».

<sup>(250)</sup> Una interessante distinzione fra gli *objecta domini* con acute riflessioni sul diverso grado di connessione fra soggetto e oggetti diversi si ha in DE LUGO, *De justitia et jure*, t. I, disput. III, sect. I, n. 5 e 6.

che se ne possa prescindere per motivi di perfezione evangelica <sup>(251)</sup>, com'è nel caso di certe comunità religiose, o per scelte politico-sociali (e si fa coraggiosamente l'esempio delle comunità anabatistiche della Moravia) <sup>(252)</sup>.

È necessaria — insegnerà con un certo imbarazzo Lessius — ma la « *naturalis ratio non dictat id esse omnino necessarium* » <sup>(253)</sup>.

L'imbarazzo che si può cogliere nel grande Maestro fiammingo è forse generalizzabile; e discende dalla ambivalenza culturale dei teologi della Seconda Scolastica.

La loro teorica della proprietà, quella nella quale si riconoscono, è tutta nel *dominium in genere*; una teorica ontologizzante e perciò assolutizzante, all'interno della quale circola la consapevolezza sentita delle fondazioni antropologiche della proprietà, di ogni proprietà, di ogni 'mio' nel 'me'.

Da qui, la costruzione di una proprietà-tipo, di un modello fatto di elementi che caratterizzeranno sempre e dovunque tutte le proprietà della storia umana. E qui è la traduzione fedele della loro vocazione volontaristica ed umanistica.

Accanto, un problema diverso: la *divisio rerum*, sul quale essi trovano una non equivoca conclusione tomista, che lega loro le mani, che non è distorcibile né smentibile; conclusione tendente a relativizzare o, se vogliamo, storicizzare il problema. Ed essi, con opportune variazioni, la accolgono, portando innanzi un'altra operazione culturale: espungono il problema della *divisio rerum* dalla teoria della proprietà. Mentre questa è soprattutto capacità,

<sup>(251)</sup> Sempre a proposito della affermata naturalità del dominio come strumento congenialissimo all'uomo, più concretamente congeniale di una povertà che è in astratto stato di evangelica perfezione, si legga questa penetrante riflessione di ARAGON, *De justitia et jure*, ad quaest. LXII, p. 99: « *advertendum est primo posse esse aliqua meliora aliis simpliciter et absolute, quae tamen, comparata ad particularia subiecta, sunt deteriora, ut volare vel esse incorporeum absolute meliora sunt quam non volare vel esse corporeum, tamen respectu hominis sunt deteriora* ».

<sup>(252)</sup> È LESSIUS (*De justitia et jure*, lib. 2, cap. 5, dub. III, n. 11) che insegna « *concedi posse illam [rerum divisionem] hac ratione esse iuris naturae, quamvis alio modo negetur esse iuris naturae. Naturalis ratio non dictat id esse omnino necessarium; posset enim in singulis communitatibus institui politia, secundum quam pene omnia manerent communia, ut fit apud Anabaptistas in Moravia* ».

<sup>(253)</sup> LESSIUS, *loc. ult. cit.*

è forza interna al soggetto, quella attiene alle *res*, a questa o a quella *res*, alla proiezione del soggetto nella realtà esterna; attiene insomma alla storia, alle manifestazioni episodiche della 'mia' titolarità. E non è senza significato che, di rado, si dica « *divisio dominiorum* », ma più spesso si dica « *divisio rerum* », quasi a marcare il salto di piani fra i due problemi: che *questa* cosa sia mia oppure no può essere pure affidato al comune consenso di tutta la comunità. Però, nel momento in cui si afferma che è mia, il mio lo si costruirà con i caratteri messi a punto per il 'dominium in genere'.

Più sopra, parlando dei rapporti fra titolarità ed esercizio del diritto di proprietà, abbiamo avanzato l'ipotesi che, con il completo affidamento dell'esercizio alla determinazione della comunità storica, la Seconda Scolastica abbia operato un recupero del sociale, nel quadro di una teorica individualisticamente orientata. Può riproporsi una simile ipotesi interpretativa per la dialettica *dominium in genere - divisio rerum*? Funge forse la *divisio rerum*, affidata allo *jus gentium*, da mortificazione del modello di proprietà prima costruito? È forse questo un modo per lasciare intatto il modello assolutizzato, relativizzandolo a un diverso piano, cioè quello delle sue concretizzazioni storiche?

In questa sede, il problema non c'interessa che da lontano, e non tenteremo neppure di dare una risposta a queste domande. Ripeteremo soltanto, ancora una volta, che l'incontro fra suggestioni volontaristiche e proposizioni tomiste è per la Seconda Scolastica non una mera avventura intellettuale, ma una sorta di coscienza duplice con la sua pluralità di istanze incombenti e con le sue croci.

XV. Si tranquillizzi il lettore; non tentiamo neppure un bilancio del lungo e complesso percorso compiuto, lasciando a lui l'onere di compilarlo. Vogliam qui soltanto segnare alcune, fra le indicazioni emerse, che ci paiono maggiormente rilevanti in ordine alla storia della costruzione giuridica dei diritti reali <sup>(254)</sup>.

---

<sup>(254)</sup> Sarebbe ora prezioso operare la verifica di questa incidenza, nella particolare materia dei diritti reali, sull'itinerario del giusnaturalismo transpirenaico sei-settecentesco. All'incirca come, per le dottrine pubblicistiche e internazio-

Innanzitutto, un dato liminale: ed è il trapasso di piano cui viene sottoposta la materia della proprietà e, più generalmente, di ogni rapporto uomo-cosa. Ogni rapporto dell'uomo con la cosa lascia la sua modestissima dimensione di aspetto settoriale — uno dei tanti — nell'ambito delle manifestazioni del soggetto, per assurgere a una funzione interpretativa dell'uomo come fatto globale; segno che v'è negli operatori culturali coscienza vivissima che il rapporto con la cosa è angolo visuale particolarmente prezioso per cogliere la stessa costituzione naturale, anche se non essenziale, del soggetto.

Come si segnalava all'inizio, il discorso sulla proprietà, prima ancora di proporsi come economico-giuridico, è puramente e semplicemente antropologico. La Seconda Scolastica, diffondendosi con inusitata dovizia di cure nella delineazione della figura del proprietario, fissa — in realtà — quasi la sua teorica dell'uomo ideale, con una attenzione e, insieme, un compiacimento che richiamano alla mente le innamorate trattazioni del Principe da parte dei politologi del momento umanistico e postumanistico: uguali espressioni di tendenze soggettivistiche tendenti a tradursi nella creazione di modelli dell'agire individuale sia a livello pubblico che a quello privato.

Di quest'uomo modello la proprietà costituisce la posizione dinamica e qualificante, quasi una sorta di capacità qualificata, qualificatissima capacità d'agire, che rappresenta la sintesi delle sue potenzialità positive in una potestà operativa destinata a proiettarsi su degli oggetti e incidervi sopra il marchio indelebile del soggetto, vincolandoli indissolubilmente alla sua vita e vitalità.

È quanto i Maestri della Seconda Scolastica rendono con il felicissimo termine latino di ' *facultas* ', e che sarebbe sminuito e distorto se lo identificassimo con la vaga ed opaca traduzione italiana. *Facultas* infatti, come abbiám già visto, non denota una facoltà, una posizione gravitante nell'area della semplice liceità<sup>(255)</sup>,

---

nalistiche, si avviarono le suggestive ricerche del compianto Reibstein (cfr. soprattutto E. REIBSTEIN, *Johannes Althusius als Fortsetzer der Schule von Salamanca. Untersuchungen zur Ideengeschichte des Rechtsstaates und zur altprotestantischen Naturrechtslehre*, Karlsruhe, 1955, soprattutto capp. 2 e 3).

<sup>(255)</sup> Anche per il termine e la nozione nostri di ' facoltà ' una simile considerazione appare generica e parziale, e andrebbe vista alla luce delle notazioni criti-

ma ha in sé venature potestative che sono tipizzanti della sua struttura di situazione soggettiva. Venature potestative che tanto più si accentuano quanto più ci si rifiuta di precisare i contenuti della proprietà, facendo anzi di essa quasi una sorta di vaso vuoto riempibile a piacere dal proprietario. Se si aggiungesse poi che questa proprietà può identificarsi in una zona d'inerzia più che di azione; se si dicesse che essa rispecchia, tra i possibili tipi di *homo oeconomicus*, più il capitalista che l'imprenditore dinamico *faber suae fortunae*, in scarsa consonanza con la dinamica sempre più accentuata delle strutture economiche d'una società precapitalistica; non sarebbe fuori di luogo ricordare che un simile atteggiamento è proprio di ogni visione individualistica dell'ordinamento. Basti pensare alle scarse regole sulla proprietà che, di là a qualche secolo, sarebbero state espresse nelle Carte dei diritti e nelle prime Codificazioni, forse più affermazioni di principio che vero sistema di norme, con al di sotto l'idea base di un rinvio generale alla *voluntas domini*, quasi si parlasse più della *capacità* del proprietario che di un istituto regolatore della realtà economica come realtà obbiettiva.

Per questo abbiamo parlato più sopra di capacità qualificata, con un termine insoddisfacente e, per giunta, forzato nel suo significato tecnico, ma usato di proposito come quello che consente di raccogliere le motivazioni ora accennate, operando un aggancio facile e immediato con determinate scelte che saranno operate da taluni filoni della dommatica civilistica moderna <sup>(256)</sup>.

Ma v'è di più: 'capacità' contrassegna egregiamente una posizione del soggetto, che è soprattutto posizione di autosufficienza; coglie il soggetto col suo carico di vitalità ma in assoluta solitudine, ponendo in disparte e nell'ombra l'aspetto della proprietà come rapporto, e sottolineandone invece quello di potestà autonoma e autarchica <sup>(257)</sup>.

---

che di W. CESARINI SFORZA, *Il diritto soggettivo*, ora in *Idee e problemi di filosofia giuridica*, Milano, 1956, p. 228 ss.

<sup>(256)</sup> Si vedano le indicazioni di RESCIGNO, *Per uno studio sulla proprietà*, cit., p. 23.

<sup>(257)</sup> Con influenze precise che, dal piano teologico-giuridico, investono il terreno specifico dei giureconsulti. Particolarmente eloquente FERNANDO VASQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*,



I nostri teologi, infatti, se parlano spesso di proprietà come rapporto ('relatio ad'), lo intendono in senso prettamente filosofico, quale riferimento di un ente ad un altro, senza che con ciò si pretenda dare alla qualificazione alcun significato tecnico-giuridico. Essi non sono minimamente sfiorati dalle perplessità e dalle polemiche che hanno fittamente percorso la moderna dottrina dei diritti reali sul problema della identificazione dei soggetti passivi in corrispondenza di un diritto reale (e delle loro specifiche situazioni) <sup>(258)</sup>; e questo, perché vedevano il fenomeno proprietà nascere, maturarsi e risolversi prevalentemente in una zona interna al singolo, né coglievano l'istituto, almeno nei suoi tratti essenziali, nella sua dimensione intersoggettiva.

Per ipotizzare quella 'mia' capacità qualificata e complessa che è la proprietà, non c'è bisogno di pensare al rapporto tra 'me' ed uno, alcuni, tutti i consociati membri dell'ordinamento giuridico generale. La 'mia' proprietà è una realtà che 'io' affermo, in sé perfetta e compiuta, di fronte a tutto l'ordine giuridico, che non è qui capo di un rapporto, ma semplice dato terminativo remoto della mia affermazione, essendo la cosa — la sostanza della cosa — il dato prossimo che consente in me la coagulazione di quel miracoloso trasformarsi del soggetto che è il *dominium* <sup>(259)</sup>.

Una proprietà siffatta emerge con difficoltà alla dimensione del sociale, dell'intersoggettivo. Il proprietario è pensato in assoluta solitudine di fronte alla sua cosa, e la sua posizione si incarna più in un potere sulla cosa che in un rapporto tra soggetti relativo

Venetis, 1564, cap. XVII, n. 2 ss. Su Fernando Vasquez, ottimo lo studio di E. REIBSTEIN, *Die Anfänge des neueren Natur- und Völkerrechts. Studien zu den «Controversiae illustres» des Fernandus Vasquius (1559)*, Bern, 1949; su di lui una recentissima messa a punto biografica in J. L. SANTALÒ R. DE VIGURI, *Don Fernando Vazquez de Menchaca. Nuevos datos para su Biografía*, in *Anuario de la Asociación Francisco de Vitoria*, XVII (1969-70).

Ma si veda anche GREGORIO LOPEZ MADERA, *Animadversionum juris civilis liber singularis*, in *Thesaurus juris romani ... EVERARDI OTTONIS*, t. III, Basileae, 1744, cap. XXVI, nn. 7-8, dove è chiara l'influenza di Soto.

<sup>(258)</sup> Una attenta analisi è in F. ROMANO, *Diritto e obbligo nella teoria del diritto reale*, Napoli, 1967, p. 172 ss.

<sup>(259)</sup> Interessanti i rilievi fatti, in sede squisitamente teoretica, da D. BARBERO, *Proprietà ed usufrutto (Determinazione del concetto di 'mio')*, in *Giurisprudenza italiana*, XC (1938).

a una cosa <sup>(260)</sup>. Finché si parla di 'independentia', di 'libitum', di 'commodum', di 'facultas in omnem usum' del proprietario, tutto suona autonomia di lui e nulla ci parla di relazione intersoggettiva.

L'unico punto di emersione d'una dimensione sociale è quando si attribuisce al proprietario una posizione di superiorità, postulando l'implicita soggezione della cosa e degli altri; ma si tratta pur sempre e soltanto d'un affioramento della dimensione anche intersoggettiva assorbito subito per rafforzare il distacco del proprietario dagli altri membri delle comunità. La superiorità infatti, se ha in sé connaturata l'idea del rapporto, ha però in sé parimente connaturata l'idea d'una diseguaglianza nel rapporto, contribuendo a creare un soggetto isolato nel suo privilegio e a soffocare quasi le sue già scarse vocazioni sociali.

La Seconda Scolastica è troppo preoccupata di costruire dal di dentro il diritto di proprietà per impegnarsi nel problema della frizione con l'esterno della monade 'dominium'. Nella edificazione del diritto soggettivo di proprietà è valorizzato soprattutto quello che, richiamandoci a una brillante e serrata polemica di non molti anni fa, potremmo qualificare, come allora si disse, l'aspetto interno della posizione soggettiva <sup>(261)</sup>.

Forse si capiscono ora meglio quei tre punti fermi, già da noi illustrati, dell'analisi teologica: la costruzione della proprietà come titolarità, la separazione concettuale nettissima fra titolarità ed esercizio, lo spostamento di attenzione dall'esercizio alla titolarità sino a far di questa e non di quello il perno dell'istituto.

Ben sappiamo che, tra l'istrumentario concettuale del giurista odierno, la nozione di titolarità non gode di molti consensi ed è anzi stata oggetto di enunciazioni serratamente critiche <sup>(262)</sup>. Ma

<sup>(260)</sup> Preziosa, nella sua chiara e nettissima visione del problema, la riflessione di Santi ROMANO, *Frammenti d'un dizionario giuridico*, Milano, 1953 (rist.), p. 52 ss.

<sup>(261)</sup> Ci riferiamo al dialogo, notissimo, fra il BALLADORE PALLIERI e il BARBERO. Vedine i momenti essenziali in G. BALLADORE PALLIERI, *Diritto soggettivo e diritto reale*, in *Jus* (1952), e in D. BARBERO, *Guerra e pace fra «l'interno» e «l'esterno» del diritto soggettivo*, ora in *Studi di teoria generale del diritto*, Milano, 1953.

<sup>(262)</sup> Cfr., di recente, N. IRTI, *Sul concetto di titolarità (persona fisica e obbligo giuridico)*, in *Rivista di diritto civile*, XVI (1970), p. 501 ss.

se ciò ha piena giustificazione per il cultore dell'attuale diritto positivo, che vede nella titolarità uno schema inadeguato a raccogliere e coordinare una proprietà gremita di istanze variissime e ridotta a fenomeno plastico e polivalente, molto meno lo avrebbe per lo storico che tende a cogliere il senso di un sistema privatistico individualisticamente orientato, dove la proprietà è soprattutto 'appartenenza' e la « titolarità del diritto di proprietà ha in sé tutti gli attributi necessari per individuare il fenomeno »<sup>(263)</sup>.

La scelta per la titolarità, infatti, significa, in sostanza, scelta per la dimensione intrasubiettiva del *dominium*, né forse può essere altrimenti, giacché si è partiti dalla fissazione del *dominium sui* come proprietà prima, proprietà in tutta la sua pregnanza tecnico-giuridica ma anche situazione di perfetta fusione tra il 'me' ed il 'mio' <sup>(264)</sup>.

La separazione concettuale, poi, fra titolarità ed esercizio, cui la cultura giuridica della Seconda Scolastica può impunemente arrivare in maniera tanto netta quanto consapevole, esalta la sordità di quella cultura a concepire una funzione sociale ed economica come essenziale all'istituto e la sua tendenza a irrigidirlo invece a livello della funzione individuale, cioè per l'individuo. La 'facultas' diventa rapporto solo nel momento in cui essa si proietta nel livello inferiore dell'esercizio; che è il livello tipico del sociale e degli interventi anche pesanti della comunità organizzata e della legge. Ma l'esercizio, come sappiamo, è ai margini della proprietà, è soltanto un'appendice incolore del soggetto.

L'attenzione del teologo-giurista, almeno come appare dalle sue riflessioni sul rapporto uomo-beni, non è né per l'esercizio né per la comunità, ma per questo soggetto vivo e vivace che ha in sé la forza d'incidere nel mondo esterno e che trova nella sua vo-

<sup>(263)</sup> La frase è di M. COSTANTINO, *Profili «fondamentali» della proprietà*, in *Studi senesi*, LXXXIII (1971), p. 383.

<sup>(264)</sup> Ha ragione l'Irti di affermare (*op. ult. cit.*, p. 517) che «l'idea di titolarità nasce da un processo di duplicazione, che rompe la compatta realtà del contegno e separa chi agisce da ciò che è agito», e ha ragione di coglierne l'equivocità e l'insufficienza operativa nella complessa realtà dell'attuale riflessione giuridica. Per la impostazione individualistica dei nostri Maestri quella duplicazione — o, diremmo noi, separazione — era congeniale e fruttuosa.

lontà la radice delle sue possibilità espansive; è a lui come operatore singolo che dedica le sue cure. Un singolo, che agisce solitariamente e che è pensato come momento autonomamente creativo di situazioni e rapporti, ma che, come in tutte le teorizzazioni di marca individualistica, è però pensato al centro d'una consonanza generale. Il proprietario, nell'affermazione astratta dei suoi poteri, è colto quale oggetto della benevolenza della Divinità e della protezione dello Stato. La proprietà è generalmente pensata in intima armonia con la legge divina e positiva umana; diremmo di più: malgrado il conclamato legame fra *divisio rerum* e *ius gentium*, sembra perfino impensabile una non consonanza fra diritto oggettivo e diritto soggettivo di proprietà; anzi, il diritto oggettivo è avvertito come il naturale cuscinetto sociale di quella *potestas juridica* che è il *dominium*. E diciamo 'avvertito', perché questo atteggiamento si sorprende più tra le righe che in espressioni aperte, più nel filo che sorregge le pagine che in programmi chiaramente enunciati. È — diciamo così — un presupposto che discende implicito dalla reiteratamente affermata naturalità della proprietà.

L'aver sorpreso l'essenza della proprietà in una dimensione intrasubiettiva non è però una conclusione teorica rilevante di per sé, ma ha conseguenze determinanti su alcuni punti chiave della costruzione giuridica dei diritti reali: innanzi tutto, accentua lo iato — e lo rende quasi incolmabile — fra proprietà e diritti reali limitati, segnalandone la struttura profondamente diversa: da un lato, una posizione soggettiva pura, che ha *ab intrinseco* la sua vitalità; dall'altro, situazioni, la cui natura reca in sé una non eliminabile fattualità e mostra come tratto tipizzante una necessaria mistione fra diritto ed esercizio. È messa in crisi la stessa unitarietà della categoria dei diritti reali così come era stata consolidata dalla giurisprudenza medievale e dalla sistematica cinquecentesca.

Altro punto di indubbio rilievo teorico, su cui la meditazione della Seconda Scolastica reca un importante contributo, concerne, come abbiamo già accennato, l'oggetto della proprietà. Grazie all'aver costruito come delle proprietà il *dominium sui* e il *dominium suorum actuum*, il teologo non può che respingere la limitazione della *jurisprudencia*, che voleva il *dominium* ristretto

alle sole *res corporales*. L'oggetto subisce, nell'analisi teologica, una dilatazione notevolissima, e veramente un capitolo della storia dottrinale della proprietà si rinnova e si arricchisce, rendendola disponibile a ricevere gli apporti numerosi che proverranno dalle nuove realtà tecniche e dalla nuova organizzazione economica.

FRANZ WIEACKER

## CONTRACTUS UND OBLIGATIO IM NATURRECHT ZWISCHEN SPÄTSCHOLASTIK UND AUFKLÄRUNG

### PRÄMISSEN.

1. Dieser Bericht über « Contractus und obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung » wird sich in der Hauptsache auf die Leitschriften der beiden Klassiker des modernen Vernunftrechts, *Grotius* <sup>(1)</sup> und *Pufendorf* <sup>(2)</sup>, beschränken. Ein dritter, in diesem Zusammenhang unerläßlicher Autor ist *Hobbes* <sup>(3)</sup>; gelegentlich wird, obwohl in diesen Fragen nicht originell, als charakteristischer Zeuge auch *Christian Wolff* <sup>(4)</sup> zu nennen sein.

2. Nach der Selbstüberschätzung des Zeitalters der Aufklärung und der Aufklärungskritik der Restauration und der Historischen Rechtsschule ist der Zusammenhang des neueren Vernunft-

---

<sup>(1)</sup> *De jure Belli ac Pacis libri tres, in quibus jus naturae et gentium, item iura publica praecipue explicantur* (Parisiis 1625, hier nach der 5. Aufl., letzter Hand, 1646); *Inleydinge tot de hollandsche Rechtsgeleertheid, Beschrewen by Hugo de Groot* (s'Gravenhage, 8. Auflage 1644; vgl. auch DOVRING-FISCHER-MEIJERS, *Inleiding*, etc. (Leiden 1952).

<sup>(2)</sup> Hier: *De jure naturae et gentium libri VIII* (Lundae 1762; Editio secunda: Francoforti ad Moen. 1684); dazu *De officiis hominis et civis prout ispa praescribuntur lege naturali* (Lundae 1673, letzte von Pufendorf besorgte Ausgabe ibid. 1682); vgl. ERIK WOLF, *Große Rechtsdenker* <sup>4</sup> (1963 = GD), 366.

<sup>(3)</sup> Hier nur: *De cive libri III* (Parisiis 1642).

<sup>(4)</sup> *Jus naturae methodo scientifica pertractatum* (Marb. 1746-1749); im Auszug *Institutiones juris naturae et gentium* (ibid. 1750); deutsch.: *Institutionen, worinn alle Verbindlichkeiten aus der Natur des Menschen in einem beständigen Zusammenhange abgeleitet werden* (1754).

rechts mit der okzidentalen Tradition der Moralthologie und der Sozialphilosophie der Alten Scholastik, der Spätscholastik und der *Secunda Scolastica* des *Siglo d'Oro* längst wieder gegenwärtig: Kontinuität der Probleme, der Themen, der methodischen Figuren und *Topoi* der Argumentation. Wir wissen durch Grotius eigenen Notenapparat, daß er trotz stoizistisch-voluntaristischer Einschläge wesentlich der klassischen Tradition des aristotelisch-thomistischen Intellektualismus verpflichtet war <sup>(5)</sup>; wir erkennen andererseits in Hobbes bei aller Modernität den späten Schüler des englischen Nominalismus <sup>(6)</sup>. Und dies gilt noch für den zentralen Systematiker des profanen Naturrechts, für Samuel Pufendorf, dessen Vertragslehre durchweg auf Grotius und Hobbes beruht. Selbst bei Christian Wolff bleibt bei aller deistisch-rationalistischen Verwässerung das Erbe der aristotelisch-thomistischen Klassik noch erkennbar <sup>(7)</sup>.

Natürlich machte trotz dieser Tradition das Vernunftrecht eine neue Epoche. Im Gewebe dieser Bewegung kreuzen sich scholastische Tradition und neue Ideologie wie Zettel und Einschlag. Die spezifische Differenz ist nicht, wie man früher geglaubt hat, die 'Säkularisation' des christlichen Naturrechts. Wir wissen längst, daß Grotius' berühmte Hyperbel *etiamsi daremus non esse Deum* <sup>(8)</sup> eine konventionelle Hypothese der Spätscholastik, und zwar nicht der voluntaristischen, sondern der klassisch-idealistischen Tradition war. Das Neue ist auch nicht die Glaubensspaltung in Europa: gerade Grotius' offenkundige Anlehnung an die großen Spanier, Italiener und katholischen Niederländer zeigt, daß das Gespräch über die konfessionellen Grenzen hinweg nie unterbrochen worden ist; und die Spanier wie Grotius,

---

<sup>(5)</sup> Dazu ERIK WOLF, GD 257 ff.; WELZEL, *Naturrecht u. materiale Gerechtigkeit* <sup>4</sup>, 1962 = Welzel), 123 ff.; WIEACKER, *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit* <sup>2</sup> (1967, = PGN), 299.

<sup>(6)</sup> WELZEL, 90, 115, 117 f.; Einflüsse der Sophistik, 115 u.A. 2; 117; PGN 303, vgl. auch 252 A. 14 u. 15.

<sup>(7)</sup> M. WUNDT, *Dtsch. Schulphilosophie im Zeitalter d. Aufklärung* (1945), 12 ff.; PGN 318.

<sup>(8)</sup> Zur Herkunft des *Etsi daremus*-Paradoxes WELZEL, 94 f.u.A. 16, 17; vgl. auch 76 (Gregor da Rimini, Gabriel Biel, Francisco de Vitoria); vgl. PGN 266, A. 72; 290 A. 34.

die Engländer wie Pufendorf zielen auf ein für *alle* Konfessionen verbindliches *jus gentium* <sup>(9)</sup>.

Eher mag man das Neue in der Emanzipation einer autonomen natürlichen Rechtstheorie von der Moralthologie sehen. Zwar hatte diese Emanzipation im Verhältnis der scholastischen Philosophie zur Theologie, des *forum externum* der Kanonistik zum *forum conscientiae*, in Wahrheit längst begonnen, und andererseits haben weden Althusius noch Grotius die Trennung von Moral und Rechtstheorie wirklich vollzogen. Aber allerdings hat dann Pufendorf die Emanzipation vollkommen artikuliert, während die Ordensgeistlichen, Kanonisten und Legisten der Spätscholastik bewußt an der scholastischen Zuordnung von Moral und Recht festgehalten haben <sup>(10)</sup>.

Aber die wichtigste *differentia specifica* zur Tradition ist die Überführung der gesamten Problemmasse in einen neuen ideologischen Kontext. Nicht die Fragen und die Lösungen haben sich gewandelt, aber ihr 'Stellenwert', und die Intentionen, welche die neuen Autoren verfolgen: *Grotius* den Aufbau eines interkonfessionellen Völkerrechts in der erweiterten Welt des Entdeckungsalters, *Hobbes* die Legitimation der Autorität im Bürgerkrieg der Krone und des Covenant, *Pufendorf* eine neue juristische Anthropologie, und *Christian Wolff* die rationalistische Demonstration einer bürgerlichen Pflichtenlehre. Durch diese neuen Absichten bildeten sich die geistigen Muster der modernen Gesellschaft, die sich schließlich mit Locke und Hume, mit Kant, dem angelsächsischen Empirismus und dem Marxismus endgültig von der platonisch-aristotelisch-thomistischen Metaphysik der Gesellschaft abkehrte.

3. Eine letzte Klarstellung macht gerade die Behandlung von *contractus* und *obligatio* in diesem Zusammenhang erforderlich. Im Gegensatz zum römischen Recht und zur Tradition des *jus com-*

<sup>(9)</sup> Zum Begriff der Säkularisation in diesem Zusammenhang, PGN 266 f., 299; zur Entkonfessionalisierung REIBSTEIN, *Die Anfänge d. modernen Völkerrechts* (Bern 1949), 149 ff., 177 ff.; WELZEL, III, PGN 273 f.

<sup>(10)</sup> WELZEL, 95 ff.; OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Victoria* (1964, = Otte) 9 ff.; WELZEL, 95 ff. Lit. zum Einfluß der Spätscholastik auf Grotius etwa, PGN 284 f., A. 14.



*munne* sind im naturrechtlichen Kontext Vertrag und Obligation nicht nur privatrechtliche Figuren, sondern Schlüsselsymbole für die Begründung der natürlichen Rechtsordnung der *consociatio humana* selbst und empfangen ihr Licht von diesem ideologischen Konstruktionszwang. So sind Herrschafts- und Unterwerfungsvertrag das notwendige Gelenk der Vermittlung zwischen dem ursprünglichen *status libertatis* und dem *ius positivum*: in der Theorie seit der Stoa, Cicero und Justinian, in der europäischen Praxis seit Marsilius von Padua bis zu Hobbes und Rousseau; jederzeit politischer Aktualisierung fähig <sup>(11)</sup>. Ebenso ist die *obligatio* zugleich immer auch Grundfigur der allgemeinen Menschen- und Bürgerpflichten, die sich aus dem Gesellschafts- oder Unterwerfungsvertrag ergeben. Die Begriffe der naturrechtlichen Rechtsgeschäfts- und Vertragslehre gewinnen durch diese Ausgangspunkte eine andere Farbe als in der romanistischen Tradition: das natürliche Vertrags- und Obligationenrecht ist gleichsam aus anderem Bauholz gezimmert als *negotium, contractus, pactum, conventio* und *obligatio* der römischen Quellen, und wo das Vernunftrecht sich auf diese beruft, ergibt sich eine nicht immer leicht durchschaubare Pseudomorphose.

## DIE DREI HAUPTFRAGEN.

### I. Vertrag und *promissio* im Systemgrundriss des Vernunftrechts.

Unser erstes Problem ist die *sedes materiae* in den Grundschriften der Klassiker des Vernunftrechts. Von Haus aus kommt dem allgemeinen Vertragsbegriff in der moraltheologischen Tradition ebensowenig wie im römischen Juristen- und Kaiserrecht oder im *jus commune* die beherrschende Rangstelle in der Hierarchie des Systems zu, welche ihm die justinianischen Institutionem (Inst. 3, 13, § 3, nach Gai III, 89) und später wieder die naturrechtlichen Kodifikationen und das Pandektensystem einräu-

---

<sup>(11)</sup> Politische Aktualisierung des Herrschaftsvertrags mit weit. Lit., PGN 267 ff., bes. 269; letzte Auswirkungen *ibid.* 559. Zu den zerstörenden Wirkungen auf die altständischen Freiheiten OTTO VOSSLER, *Rousseaus Freiheitslehre* (1962), 268 ff., 320 u.ö.

men. Ursprünglicher Sitz der Vertragslehre <sup>(12)</sup> ist vielmehr das von der Moralthologie für das *forum conscientiae* entwickelte und mit Modifikationen auf das *forum externum* erstreckte Problem der Bindung an die *promissio* (und an den promissorischen Eid): (vgl. etwa Bonaventura, *Opera theol. selecta*, Florentiae 1941) III disp. XXXIX art. 3, q. 1; *Secundum forum ecclesiae iuramentum tale* (der erzwungene Eid) *est obligatorium. Ecclesia iudicat enim de his quae exterius obligare possunt. Unde cum verba illa obligationem expriment iudicat iuramentum ad id quod insinuat verbo obligare. In foro autem Dei qui iudicat secundum secreta conscientiae et secundum veritatem, iste quidem non obligatur, quia noluit obligare se ipsum* <sup>(13)</sup>. Die Diskussion der *promissio* von der Spätscholastik <sup>(14)</sup> zu Grotius, Hobbes, Pufendorf und Chr. Wolff hat nicht aufgehört, sich an diesem Problem zu orientieren. Aber der konkrete systematische Kontext der Lehre von der *promissio* in den Grundschriften der Klassiker ist verschieden und jeweils durch die Absicht und den Arbeitsplan der einzelnen Werke bestimmt.

a) Diese Absicht ist in Grotius 'De iure belli ac, pacis' die Doktrin vom gerechten Krieg: «Kriegsanlaß ist Unrecht, besonders gegen das was uns gehört» (II, 1, § 1; cf. prol. 34) <sup>(15)</sup>. Damit wird zur Inzidentfrage des gerechten Krieges das *Sondereigentum* und damit folgerichtig auch die Erwerbsgründe des Sondereigentums; für den heute wichtigsten Fall des *derivativen* Erwerbs also der Übereignungsvertrag. Das Modell der *promissio* und *acceptatio* ist daher für Grotius, wie für seine Gewährsleute Molina und Lessius, auf die Eigentumszu-

---

<sup>(12)</sup> Aufriss des spätmittelalterlichen Vertragsbildes bei DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen* (1959 = Diesselhorst), 4 ff., bes. 10 ff.

<sup>(13)</sup> OSTI, *Rivista di dir. civ.*, 1912, 420 ff.; DE GHELLINCK, art. *Gratien*, in *Dictionn. de théologie cath.*, VI (1920), 1727; ST. KUTTNER, *Kanonistische Schuldlehre* (Città del Vaticano 1935), 313 ff.; VACCARI, *St. Ferrini*, I (Milano 1947), 418 ff.; OTTE (Anm. 10), 11 f.

<sup>(14)</sup> Zu den traditionellen Stufen der *promissio* DIESELHORST, 16 ff. («Gelübde und Schenkungsversprechen»).

<sup>(15)</sup> PGN 291; über die spätscholastischen Voraussetzungen OTTE, 9 ff.; über den Zusammenhang mit dem moraltheologischen Gerechtigkeitsgrund der *restitutio* THIEME (*supra*), AMBROSETTI (*supra*).

wendung und ihre Annahme (II, 11, § 4) bezogen <sup>(16)</sup>; sie ist es umso mehr, als Grotius hierfür, gegen das *jus commune*, nach natürlichem Recht den *Konsens* genügen läßt und daher Eigentumsübertragung und vertragliche *obligatio ad dandum* im Prinzip nicht unterscheidet.

Die dogmatischen Konsequenzen für den Doppelkauf (II, 12, § 15, 2: der erste Kauf hat *in se praesentem dominii translationem*. *Per hanc enim facultas moralis in rem abiit emptore* <sup>(17)</sup>; ebenso Pufendorf III, 7, § 10 <sup>(18)</sup>, Chr. Wolff Inst. § 594), für das *jus ad rem* der naturrechtlichen Kodifikationen und für das Konsensprinzip der französischen Doktrin sind bekannt <sup>(19)</sup>.

Schuldverträge *ad faciendum* kann Grotius in diesen Zusammenhang einordnen, indem er das Recht auf Handlungen einer anderen Person dem Sacheigentum gleichstellt (II, 1, § 2 ... *aut id quod nobis debetur sive ex pactioe sive ex malificio*; II, 2, § 1 *Eius quod nostrum est divisio ...aut ad rem corporalem aut ad actum aliquos*; cf. II, 11, § 1, 1). Grotius könnte sich hierfür zwar auch auf die systematische Nebentradition der *res incorporalis* und des *ius quod ad res incorporales pertinet* der römischen Institutionenwerke berufen (Inst. II, 2 § 2 = Gai, II, 13: *Incorporales quae in iure consistunt sicut ... obligationes quoquo modo contractae*). Maßgebender ist für ihn aber wohl das altnaturrechtliche Freiheitspostulat, das die Vorstellung einer vertraglichen Übertragung von 'Freiheitspartikeln' auf den Gläubiger gestattet <sup>(20)</sup>: *quae perfecta promissio* (sc. *ad faciendum*) *similem habet*

<sup>(16)</sup> Die « zentrale Figur des Versprechens als Rechtsübertragung in dieser Form » (bei Grotius) « neu »: DIESELHORST, 35.

<sup>(17)</sup> Über den Zusammenhang dieser *facultas moralis* mit der *alienatio alicuius particulae libertatis nostrae* sofort unten bei A. 19.

<sup>(18)</sup> Bei diesem im Zusammenhang der anfänglichen Unmöglichkeit: Geschuldetes kann man nicht noch einmal versprechen, vgl. *Privatrechtsgesch. d. Neuzeit* I. Aufl. (1952), 184.

<sup>(19)</sup> H. BRANDT, *Eigentumserwerb u. Austauschgeschäft* (Leipzig 1942), 84 ff.; DUBISCHAR, *Die Grundlagen der schulsystematischen Zweiteilung* (1963); PGN 310, u.A. 31, 343.

<sup>(20)</sup> DIESELHORST, 41; bei Grotius als Ausfluß « seiner stoisch-christlichen natürlichen Theologie » (51).

*effectum qualem alienatio dominii. Est enim aut via ad alienationem rei aut alienatio particulae nostrae libertatis* (II, II, § 4; ebenso für die 'Inschuld' Inleiding III Van Inschuld. Erster Deel: Van de verbirtnissen in't gemeen<sup>(21)</sup>; verbatim übernommen bei Pufendorf III, 5, § 7 i.f.)<sup>(22)</sup>.

Von dem gleichen Postulat der Freiheit und Willensmacht aus kennzeichnet bekanntlich noch Savigny<sup>v</sup> die Obligation als Recht auf die Handlungen einer anderen (« freyen ») Person. Bekannt sind auch die unübersehbaren systematischen und dogmatischen Auswirkungen auf die Vernunftrechtssysteme und die naturrechtlichen Kodifikationen. Systematisch ermöglichten sie die Juxtaposition von *obligatio* und *ius in re corporali* in ein System des Vermögensrechts (*ius quod ad res pertinet*, cf. Gai II, 1), in dem Obligationenrecht (und Erbrecht) als *modi per quos nobis adquiritur* dem Eigentumserwerb zur Seite gestellt werden<sup>(23)</sup>. Dogmatisch führten sie zur Behandlung der Forderung als Gegenstand (*res incorporalis*) und damit zur freien vertraglichen Zession<sup>(24)</sup> unter Aufgabe der Hemmnisse des *iuris vinculum* und der positiven Zessionsbeschränkungen, etwa an *potentiores*.

Die Gleichstellung der *obligatio ad dandum* und die Analogie der *obligatio ad faciendum* mit der Eigentumsübertragung ermöglicht nun Grotius auch die Rezeption der aristotelisch-thomistischen *iustitia commutativa*, des Postulats des materialen Gegenwertes (*aequalitas*) für *actus aliis utiles extra mere beneficos* und der Wert- und Preislehren der antik-scholastischen Ökonomik (II, 12). Aber entsprechend den völkerrechtlichen Absichten des Autors bleibt dieses für Pufendorf so zentrale zweite Lehrstück

---

<sup>(21)</sup> I.c. § 1 « Wy hebben gezeit, dat de ander stuk van tobehoer is inschuld, t'weeck wy beschrewen hebben te zijn t'recht van tobehoere, dat den eene mensch heeft op den ander om van hem eenige zake oft daed te genieten ».

<sup>(22)</sup> *inde promissio est vel via ad alienationem nostrae rei vel quasi alienatio particulae cuiusdam de nostra libertate* (Anm. 20) Vgl. statt aller, PGN 293, 332 (ALR), 343 (CC).

<sup>(23)</sup> PGN 304 f.; über die Voraussetzungen WELZEL, 115 ff.

<sup>(24)</sup> LUIG, *Zur Geschichte d. Zessionslehre* (1969), 40 ff. Die Ausgangspunkte liegen in Donellus' Entdeckung, daß die Zession selbständiges Übertragungsgeschäft kraft *voluntas transferendi* ist (ao 16 ff.), und in der Gleichsetzung der Forderung mit dem Eigentum, die besonders im romanischen Rechtskreis wie im Vernunftrecht die übereinstimmende Anwendung des Konsensprinzips auf Übereignung und Zession ermöglicht.

der Tradition rudimentär und auf das 12. Kapitel des Zweiten Buches beschränkt.

b) In Hobbes' *De cive* ist *sedes materiae* der *promissio* und *acceptatio* (I, 2) nicht die derivative Eigentumsübertragung, sondern die Konstruktion des Unterwerfungsvertrags, der den friedlosen *status libertatis* in den *status imperii* der Herrschersouveränität überführt. Die moraltheologisch-scholastische Theorie der *promissio* und *acceptatio* wird durch diese Funktion immer wieder in einen tendenziösen Pessimismus umgefärbt. Unmittelbare Wirkungen auf das vernunftrechtliche Privatrechtssystem konnte diese Einordnung nicht haben. Vor allem war in dieser Doktrin für die Theorie der konsensualen Austauschverträge kein Raum: denn Hobbes hält wie noch zu zeigen (S. 234), Versprechen gegenseitiger künftiger Leistung ohne Vorleistung im *status libertatis* für unverbindlich. Gleichwohl hat seine Theorie durch Pufendorfs Auseinandersetzung mit Hobbes die Theorie der Vertragsbindung nachhaltig beeinflußt.

c) Pufendorfs *De jure naturae et gentium libri VIII* (1672) übernehmen, mit Modifikationen durch Hobbes, die *promissio*-Doktrin des Grotius; die ältere Tradition und die Spätcholastik wird Pufendorf meist nur durch Grotius vermittelt<sup>(25)</sup>. Aber in Pufendorfs anthropologischen Entwurf einer natürlichen Gesellschaft gewinnt der individuelle gegenseitige Vertrag als Mittel des durch die *imbecillitas* gebotenen Güterausstauschs im dritten bis fünften Buch, das den Gleichordnungsverhältnissen gilt, die beherrschende Stellung.

Zwar übernimmt Pufendorf von Grotius die Gleichstellung der Eigentumsübertragung mit der durch *acceptio* perfizierten *promissio ad dandum* und die Analogie der *obligatio ad faciendum* mit der *obligatio ad dandum* (III, 5, § 7 u.o. cf. oben S. 229). Aber da er sich nicht mehr am Eigentumserwerb als Vorfrage des gerechten Krieges orientiert, sondern an der natürlichen Ökonomik des Gütertauschs, kommt dem Eigentumserwerb (zusammen mit der erbrechtlichen Universalakzession) unter den *pacta* und *contractus*

<sup>(25)</sup> Die völlige Ausblendung der scholastischen Quellen in Pufendorfs *De jure naturae* zeigt jetzt die wichtige Zusammenstellung der Zitate bei DENZER, *Moralphilosophie u. Naturrecht bei S. Pufendorf* (München 1972), 331 ff. (346 ff.).

eine geringere Rolle zu: im ganzen gelten ihm nur die Kapitel 3-12 des Vierten Buches (mit IV 10 *De testamentis* und II *Ab intestato*). Im übrigen wird im dritten Buch, ausgehend von der natürlichen Gleichheit (III, 2), den *promiscua officia humanitatis* (II,3) und der *fides servanda* (III, 4), zunächst von der *promissio*, von III, 6 an eingehend *De consensu* (also nicht mehr von *promissio* und *acceptatio*) und den zulässigen Vertragsbedingungen<sup>(26)</sup>, endlich zu Beginn des vierten Buchs traditionell von *sermo* und vom promissorischen Eid gehandelt. Das fünfte Buch bringt dann nach einer detaillierten Wertlehre (V, 1 *De pretio*) die großen Durchbrüche durch die traditionellen Vertragskategorien des *jus commune* zu einer prinzipiellen Umgruppierung der Schuldverträge nach ihrer Interessenstruktur (*benefici, onerosi, mixti*, kooperative und fiduziarische) und ihrem *wirtschaftlichen* Leistungsinhalt, bis zu den aleatorischen und Assekuranzverträgen (V, 9)<sup>(27)</sup>. Dazu kommen neue Beiträge zum Aufbau eines *allgemeinen* Obligationenrechts, wie die Zusammenfassung der Sicherungsgeschäfte als Modalität der Schuld (V, 10), der Vertretungsformen und der Endigungsgründe der vertraglichen Schuldverhältnisse (V, 11, cf. etwa §§ 346-419 BGB).

Die Grundlage dieser Leistung, welche die Voraussetzungen für die Obligationenrechte der Naturrechtskodifikationen und des Pandektensystems schuf, war eine von der Moralthologie emanzipierte, nach Galilei und Descartes' Vorngag auf *observatio* und *deductio* gegründete und durch pragmatische Anschauung gesättigte Anthropologie, in der die alten Figuren der *socialitas* und *imbecillitas* nicht mehr als allgemeine Universalien der menschlichen Species, sondern als Qualitäten des empirischen Menschen verstanden werden<sup>(28)</sup>.

---

<sup>(26)</sup> Vgl. HÄGERSTRÖM (Hrsg. Olivecrona) *Rechtspflicht u. bindende Kraft des Vertrages* (Stockholm 1965), 72 f.

<sup>(27)</sup> Über das Obligationenschema Pufendors WENN, *Das Schuldrecht Pufendorfs* (Gött. Diss. 1956) und jetzt DIESELHORST, *Das System bei Pufendorf*.

<sup>(28)</sup> PGN 307; etwas abweichend ERIK WOLF, GD 347 («ontologische Wesensbestimmung des Menschen zur sozialen Person», also «ens morale»); zuletzt DENZER (Anm. 25), 92-96.

d) Über Christian Wolffs *Institutiones juris Naturae et gentium libri IV* (1750) dürfen wir hinweggehen: das hier in Betracht kommende zweite Buch *De dominio et iuribus et obligationibus inde nascentibus* schreibt für den Eigentumserwerb (II, 2-5) den Grotius, für den Schuldvertrag (II, 6-20) den Pufendorf bis ins Detail kurzerhand und ohne Selbständigkeit ungeniert aus.

## 2. Bindung an das Versprechen und Zustandekommen des Vertrages.

a) Auch nach ihrer *Substanz* ist die Vertragstheorie des Vernunftrechts Erbe nicht der romanistischen, sondern der moraltheologischen, ursprünglich im *forum conscientiae* entwickelten Tradition, Das hatte drei Wirkungen. Einmal: die Frage nach der Geltung der Vertragserklärung wird identisch mit der Frage nach dem moralischen Grund der Bindung an die *promissio*. Ferner: auch der Inhalt der vertraglichen Verpflichtung wird aus den allgemeinen, wenn auch durch *pacta adventicia* (S. 236 f.) näher bestimmten zwischenmenschlichen Pflichten abgeleitet. Und endlich: dieser Inhalt bestimmt sich daher nicht mehr nach der Gestalt der *actiones* und Rechtschutzmittel, sondern nach Ausmaß und Grenze der Zurechnung des promissor. Dadurch wurde schließlich die Kasuistik des *jus commune* wie die der Moraltheologie überwunden<sup>(29)</sup> und eine allgemein formulierte Theorie der Vertragsverantwortung ermöglicht.

b) Grotius' Lehre vom Versprechen übernimmt die moraltheologische Tradition, wie Dießelhorst gezeigt hat, vor allem durch Vermittlung des Molina (1535) und des Lessius (geb. 1554)<sup>(30)</sup>. Diese Tradition beruhte seit Thomas einerseits auf der Nikomachischen Ethik (V, 1131b, 27 - 1133b, 12), andererseits auf dem moraltheologischen Gebot der Wahrheit und der *fides* nach dem Bilde der Wahrhaftigkeit und Verlässlichkeit Gottes<sup>(31)</sup>.

<sup>(29)</sup> DAZU OTTE, 12, 47 u.ö.

<sup>(30)</sup> Grundlegend DIESELHORST, 4-20.

<sup>(31)</sup> Zur Tradition der Sprüche Salomonis (bei Soto wohl 6, 16-19, bei Grotius ausdrücklich 6, 1-2) DIESELHORST, 30 u.A. 59.

Der moraltheologischen *communis opinio* erwuchs ein Gegner in dem humanistisch-stoizistischen Juristen *Connanus* (1508-1551), nach dem *pacta iure naturali* überhaupt keine Forderung erzeugen, nach *jus gentium* — abgesehen vom Konsensualvertrag — nur *re secuta* <sup>(32)</sup> Dagegen wendet sich Grotius mit dem Hinweis auf Gottes Treue, auf *loci* aus Plato, Horaz und Cicero und auf das Paktenedikt (D. 2, 14) und das *constitutum debiti* (D. 13, 5, 1 cf. D. 50, 17, 84) — worin die drei Quellströme der *testimonia* des Grotius: Bibel, *bonae litterae*, römisches Recht sehr anschaulich erscheinen.

Auch die drei Stufen der *promissio* (Mitteilung - *pollicitatio* - äußere Zeichen der Absicht, ein Recht auf künftige Handlung zu begründen), entlehnte Grotius der Tradition <sup>(33)</sup>.

Kommt in der Bindung an die *promissio* die altnaturrechtliche Autonomie der Persönlichkeit im *status libertatis* zum Ausdruck <sup>(34)</sup>, so erscheint in der Lehre von der verbindlichen Kraft äußerer Zeichen, vom *sermo* und der *Interpretatio* das auf die stoische Sprachtheorie zurückgehende Verständnis der Erklärung als sozialer Kommunikationsakt <sup>(35)</sup>. Die Rechtswirkungen können nicht durch bloße *animi motus* erfolgen, wenn diese nicht auch durch äußere Zeichen hinlänglich bekundet werden: denn es ist der Menschennatur nicht gemäß, dem bloßen Willen äußere Wirkung beizumessen, wenn auch Worte und Zeichen nicht verbürgte Gewißheit, sondern nur Wahrscheinlichkeit des Willens erweisen (II, 11 *passim*).

Da Grotius den Vertrag — nach dem Muster der Übereignung — als Rechtsübertragung versteht, wird das Zustandekommen des Vertrages nicht nach dem naheliegenden Vorbild des römischen Konsensualvertrages und der *pacta* als Konsens oder *conventio* konstruiert, sondern als *acceptatio de promissio*: damit das Recht übergehe, muß die *promissio* angenommen sein (II, 11, §§ 14 spq.). Vor der *acceptatio* kann die *promissio* widerrufen werden, wenn sie nicht vom Gegner als fortdauernd verstanden werden durfte

<sup>(32)</sup> DIESELHORST, 31 f.

<sup>(33)</sup> DIESELHORST, 47 ff.; über die mittelalterlichen Grundlagen der Stufentheorie bei Thomas und vor allem in Cajetans Thomas-kommentar, 12, 16-19.

<sup>(34)</sup> Wir folgen hierin also DIESELHORSTS Interpretation (aO 35, 36, 41 f., 51).

<sup>(35)</sup> PGN 293 f.



(§ 14 *ita tamen ut hic quoque praecedens rogatio durare intellegatur*). Ob die Annahme dem *promissor* zugehen muß, soll sich nach dessen Willen entscheiden. All dies ist ohne *allgemeine* Grundlage in den *römischen* Quellen und erst durch die naturrechtliche Doktrin in die modernen Kodifikationen übergegangen (statt aller noch §§ 145, 147II, u. 151 BGB).

c) H o b b e s (*De cive*, I, 2) konstruiert, veranlaßt durch sein Modell des Unterwerfungsvertrages, den Vertrag als Rechtsaufgabe. Aber durch Hobbes' Mißtrauen gegen die Möglichkeit einer Rechtsbindung im *bellum omnium contra omnes* wird die Versprechensbindung tendenziös eingeschränkt (§§ 6 sq.)<sup>(36)</sup>. Worte ohne effektive Aufgabe des Rechts übertragen Rechte nur *inter praesentes; inter absentes* müssen reale Zeichen, wie Leistung oder Brief, hinzukommen. Das entspricht zwar auch moraltheologischer *promissio*-Doktrin (oben S. 231), mag aber durch *consideration* und *deed* des Common Law angeregt sein. Auch zum Übergang des Rechts ist (gegen Grotius) die *reale* Annahme durch den Empfänger erforderlich.

Gegenseitige Verträge (*contractus*) sind *iure naturali* nur bei sofortiger Erfüllung von beiden Seiten verbindlich, also als solche nicht verpflichtend; Versprechen *künftiger* Leistung (*pacta*) nur bei Vorleistung des anderen Teils; *erzwingbar* sind sie überhaupt nur kraft *ius civile* (I, 2, §§ 9 sq.); auch dabei wirkt wohl die *consideration*-Doktrin des Common Law mit. In der Sache gibt es also für Hobbes im *status libertatis* keine bindenden Konsensualverträge. Der *Eid* ist bei erzwingbaren Verträgen überflüssig, bei nicht erzwingbaren nutzlos.

d) P u f e n d o r f übernimmt die Theorie der *promissio*<sup>(37)</sup> von Grotius (*De iure nat.* III, 5) und damit ausdrücklich auch dessen Polemik gegen Connanus (l.c. § 9), Dazu kommt folgerichtig jetzt die Auseinandersetzung mit Hobbes' Einschränkung der Vertragsbindung (l.c. §§ 2-7), dessen Skepsis gegen den *status libertatis* ja der gesamten natürlichen Vertragslehre des Pufendorf den Boden unter den Füßen fortziehen müßte. Grotius entnimmt

<sup>(36)</sup> PGN 304 f., u.A. 7 (vgl. oben Anm. 22).

<sup>(37)</sup> HÄGERSTRÖM (oben Anm. 26).

er auch die Anlehnung des *contractus ad faciendum* an den Übereignungsvertrag (III, 5, § 1 i.f., vgl. oben 228 f.). Aber zufolge der Orientierung Pufendorfs an Güterverteilung und Gütertausch in der natürlichen Gesellschaft (Buch 3-5) wird jetzt anstatt der *promissio* der gegenseitige Austauschvertrag (*contractus onerosus*, διπλευρής) zur zentralen Figur (oben S. 231); dementsprechend tritt anstelle der *acceptatio* der *promissio* der *mutuus consensus* (III, 6) in den Vordergrund.

### 3. Die obligatio.

Einen einschneidenden Funktionswandel erfährt im Vernunftrecht gegenüber dem *jus commune* auch die vertragliche *obligatio*. In den römischen Quellen lagen der europäischen Tradition zwei Gedankenreihen vor: in den *Institutionen* das Schema: *obligationes quae ex contractu* und *quae ex delicto nascuntur* (Inst. 3, 13, 2); in den *Digesten* die Unterscheidungen von *actio in rem* und *in personam*, *actiones civiles* und *honorariae* und die Bestimmung des Leistungsinhaltes durch die *Gestalt der Aktionen*, besonders durch den Gegensatz der *judicia stricti iuris* und *bonae fidei* <sup>(38)</sup>. Demgegenüber wurde für die moraltheologisch-scholastische Tradition *subjektiv* maßgebend die *Begründung* der Leistungspflicht aus der Gewissenspflicht im *forum internum*, *objektiv* die Bestimmung der Vertragspflicht bei entgeltlichen Verträgen durch die aus der *iustitia commutativa* folgende *aequalitas*, für welche Aristoteles' objektive Werttheorie den Maßstab lieferte. Berührungspunkte hatten die romanistische und die scholastische Tradition nur einerseits in der Herkunft des römischen Schemas *obligationes ex contractu* und *ex delicto* aus der Imputationslehre der Nikomachischen Ethik, und andererseits in der *bona fides* und im prätorischen *pacta servabo*. Dagegen standen das Postulat der materialen *aequalitas* und die Berücksichtigung der *clausula rebus sic stantibus* (Grotius II, 11, § 6; Pufendorf V, 11, § 10, cf.

---

<sup>(38)</sup> Kennzeichnend gerade dagegen Pufendorf III, 4, § 5: *Nobis isthanc divisionem expedire ... placet non tam prout origines obligationum, sed earum efficacia innuit, quam in vita communi obtinent.*

II, 8 *De conditionibus*) zu den meisten römischen Quellen in einem scharfen Gegensatz <sup>(39)</sup>.

Die Klassiker des Vernunftrechts stehen hier — abgesehen von Hobbes — ganz zur moraltheologisch-scholastischen Tradition. Auch für sie wird die *obligatio* bei der einseitigen *promissio* durch die moralische Gewissenspflicht begründet, bei den gegenseitigen Verträgen durch die *aequalitas* begründet und begrenzt. Aber die systematische Einordnung dieser Maximen war für sie nicht leicht. Ein erstes Hindernis war, daß sie die *obligatio ad faciendum* nicht so sehr als *iuris vinculum* auffaßten, *quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura* (Inst. 3, 13 pr.), denn als *alienatio* einer *particula nostrae libertatis* (oben S. 228 f.). Sie mußten daher die für die römische *obligatio* sekundäre Unterscheidung zwischen *dare* und *facere oportere* zu einer *prinzipiellen* machen: denn das *dare oportere* war für sie eng mit der Eigentumsübertragung verknüpft (oben S. 228).

Ferner ergab sich für die naturrechtliche Theorie, die im *ius naturale* ein System natürlicher Rechte und Pflichten in der *consociatio humana* sah, die Notwendigkeit, die vertragliche Leistungspflicht in die natürlichen *officia humanitatis* einzufügen. Da Grotius' Vertragslehre noch an der Übertragung des Eigentums orientiert war (S. 227), so geschieht dies erst bei Pufendorf und Christian Wolff. Pufendorf, der den Vertrag im dritten Buch in den Kontext der *officia humanitatis* einordnet, unterscheidet daher *allgemeine officia*, die aus den *pacta congenita*, d.h. schon aus dem allgemeinen Gesellschaftsvertrag folgen, und *pacta adventiciai* (III, 4, § 3), durch welche die besonderen Leistungsversprechen, in einem gleichsam individuellen Gesellschaftsvertrag, in die *officia humanitatis* transponiert werden (III, 3; III, 4, § 2). Dies übernimmt folgerichtig Chr. Wolffs Pflichtenlehre (Inst. jur. nat. I, 3), wenn sie innerhalb der natürlichen Menschenpflichten den *iura hominum in generali* als *ius proprium* die *obligatio facto hominis interveniente orta* gegenüberstellt (I, 3, § 100: *Ex antea dictis porro manifestum est praeter jus et jura connota dari quoque*

<sup>(39)</sup> Statt aller PGN 298 f., u.A. 31-55; zu den neueren Auswirkungen 482, 520, 527.

*obligationes facto hominis interveniente ortas et jura per eas acquisita*). Auf diese Weise wird die vertragliche Obligation, in voller Abkehr vom römischen Aktionensystem, als allgemeine mitmenschliche Verhaltenspflicht in den Gesamtentwurf der natürlichen Sozialpflichten, der *officia hominis erga singulos*, integriert.

## BILANZ.

1. Blickt man zunächst auf das moraltheologisch-scholastische Erbe der neuen Vernunftrechtssysteme, so zeigt sich: trotz der Spaltung des Corpus Christianum und der Entstehung einer neuen nachmittelalterlichen Gesellschaft hat die Vertragsdoktrin der neuen Autoren durch Vermittlung der Spätscholastik die materialen Fragestellungen, Figuren und Antworten der alten scholastischen Tradition zunächst weithin konserviert. Das gilt für die Ableitung der Bindung an das Versprechen aus der subjektiven Gewissenspflicht wie für die objektive Bestimmung der vertraglichen Leistungspflichten aus der *iustitia commutativa* und der *aequalitas*.

Das Neue ist — Hand in Hand mit der fortschreitenden Ablösung einer autonomen Rechtstheorie von den allgemeinen Morallehren — die Organisation der Doktrin des Schuldvertrages in ein komplexes System: angedeutet bei Grotius, voll entfaltet bei Pufendorf, und doktrinär erstarrt bei Christian Wolff. Zwar hatte schon die Alte Scholastik in Thomas' Summa ein System der Sozialethik geschaffen; aber die Epigonen der Scholastik hatten dieses Erbe im der Kleinmünze der Kasuistik verzettelt<sup>(40)</sup>. Die Zweite Scholastik hat zwar, als Antwort auf die Herausforderungen der europäischen Revolutionen von Reformation und Gegenreformation und der neuen transatlantischen Imperien, das Erbe der klassischen Scholastik glanzvoll erneuert, es durch die neuen Erfahrungen bereichert und die Anfänge des modernen Völkerrechts begründet; aber weder Moraltheologie und Rechtstheorie

---

<sup>(40)</sup> Treffend OTTE, II.

ganz getrennt <sup>(41)</sup> noch ein autonomes privatrechtliches System geschaffen. So faßt etwa noch der Begründer der Spätscholastik, Francisco de Vitoria, im Zusammenhang der Verpflichtung zur *restitutio* die dinglichen und obligatorischen Rechte nur unter *dem* besonderen Gesichtspunkt als *dominium* zusammen, daß sie alle durch Diebstahl verletzt werden können (Relectiones theologicae, Lugd. 1557, q. 62 art. 1, n. 8) <sup>(42)</sup>. Demgegenüber hat schon Grotius die *promissio* zur Theorie des Rechtsgeschäfts ausgebaut und vollends Pufendorf eine umfassende Systematik des vertraglichen Schuldverhältnisses mit Einschluß der einzelnen Schuldverhältnisse geschaffen.

2. Blickt man auf das Verhältnis zum zeitgenössischen *jus commune*, so wird man die Leistungen des Vernunftrechts nicht an den Niederungen der Literatur, sondern etwa an Donellus oder den großen italienischen und deutschen Pionieren der *Practica Nova* messen. Aber auch ihnen gegenüber zeigt sich ein neuer Horizont. Gewiß: es gibt kein Problem, keine Lösung, kein schöpferisches *Aperçu*, das nicht schon von den römischen Juristen, den Glossatoren, Konsiliatoren und den selbständigen Geistern des *Usus modernus* wäre gedacht worden. Aber erst den Klassikern des Vernunftrechts glückte die Kristallisation der fließenden Traditionsmassen in das Natürliche System der Schuldverträge, das die *vis informative* der neuen Gesetzbücher werden sollte.

3. Grotius steht hier noch auf der Seite der großen Spanier, mit denen er die verfeinerte moralische Sensibilität in den Erfahrungen der europäischen Religionskriege und den weiteren Gesichtskreis des Zeitalters der Entdeckungen und Kolonisationen teilt. Fragen wir nach den methodischen Lehrmeistern des voll entwickelten Natürlichen Systems, so fällt der Blick wiederum auf Erben der Scholastik: auf Descartes, den abtrünnigen Zögling

---

<sup>(41)</sup> OTTE, 9 ff.

<sup>(42)</sup> Nach OTTE, 12 f., also auch hier im Zusammenhang der spezifischen Frage der Moraltheologie nach dem Gerechtigkeitsgrund der Restitutionspflicht.

der Jesuiten, und Hobbes, den späten Schüler des englischen Nominalismus <sup>(48)</sup>. Aber es ist nicht nur eine Huldigung an das Neue Athen am Arno, in dem wir zusammengekommen sind, wenn wir die eigentliche Gründungsurkunde dieser Methode sehen in den *Discorsi Galileo Galileis*.

---

<sup>(48)</sup> Vgl. PGN 254-257, 307 ff., mit eingehenden weiteren Nachweisungen.



JOSÉ MANUEL PÉREZ-PRENDES Y MUÑOZ DE ARRACÓ

LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES  
DEL DERECHO DE SUCESION « MORTIS CAUSA »  
EN LA TARDIA ESCOLASTICA ESPAÑOLA

1. Observaciones generales. — 2. La naturaleza jurídica de la norma sucesoria. — 3. Temas de sucesión legítima: a) Los mayorazgos; b) Capacidad sucesoria de los hijos no legítimos; c) Concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos. — 4. El testamento como documento. — 5. El heredero. — *Apéndice*. Inéditos de Gabriel Vázquez sobre sucesiones.

I. *Observaciones generales.*

El objetivo de la presente comunicación es señalar cuáles son los aspectos más importantes del pensamiento de la tardía Escolástica española en lo que se refiere al Derecho de sucesiones; así como indicar quienes son los autores de ese grupo a los que se deben aportaciones sobre tales cuestiones.

Salvo algunas alusiones a aspectos concretos realizadas por el prof. THIEME y su discípulo NUFER <sup>(1)</sup>, el tema no ha sido abordado nunca, ni siquiera en obras orientadas a examinar en su totalidad la doctrina jurídica de alguno de los pensadores escolásticos, como es el caso de la dedicada por V. CARRO al pensamiento de Domingo de Soto <sup>(2)</sup>.

Es preciso señalar inicialmente dos rasgos que han estado presentes en todo momento en la mente del autor de este tra-

---

(1) THIEME H., *El significado de los grandes juristas y teólogos del siglo XVI para el desenvolvimiento del Derecho natural*, Revista de Derecho Privado, julio-Agosto, 1954, 448-449.

(2) NUFER G., *Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker*, Freiburg, 1969.

(3) CARRO V., *Las doctrinas jurídicas de Domingo de Soto*, Valladolid, 1932.



bajo. En primer lugar la frase «tardía escolástica española» se ha entendido, y creemos que así debe hacerse, como un conjunto de los teólogos (y dentro de ellos los que abordan temas jurídicos), en los siglos XVI y XVII. Se excluyen los juristas que reciben el influjo de aquéllos, como ocurre por ej. con Vázquez de Menchaca y Diego de Covarrubias. La razón de hacerlo así reside en que el Derecho de sucesiones es un área jurídica de gran madurez elaborada con alto rigor lógico desde el punto de vista técnico. Tanto BUSSI (4), como VISMARA (5), han demostrado el alto nivel de especulación jurídica que sobre las categorías romanas y canónicas alcanzaron los glosadores y comentaristas. La labor de Vázquez de Menchaca y de Covarrubias en sus famosos estudios sobre el Derecho de sucesiones (6) es mucho más deudora con estos autores, a los que procuran conectar con la legislación española, que con la labor de los teólogos-juristas. A estos últimos se les recibe más intensamente al ocuparse de cuestiones de índole más general (p. ej. concepto del Derecho; de la justicia; de la Ley, etc.); a los glosadores y comentaristas se les otorga toda autoridad en temas que, como el Derecho sucesorio aparecen hondamente vinculados a la técnica jurídica.

(4) BUSSI E., *La formazione dei dogmi di Diritto privato nel Diritto Comune*, vol. II, reedición, Padua, 1971.

(5) VISMARA G., *La revoca del testamento giurato nella dottrina da Guglielmo Durante a Bartolo da Sassoferrato*, en *Etudes d'Histoire du Droit Canonique dédiées a Gabriel Le Bras*, vol. II, París, 1965, pp. 1007 y ss.; *I patti Successori nella dottrina di Cino da Pistoia*, en *Memoires de la Société pour l'Histoire du Droit et des Institutions des anciens pays bourguignons, comtois et romands*, 30 (1970-71), Dijon, vol. II, pp. 393 y ss.; *Enciclopedia del Diritto*, vol. VII, pp. 319 y ss.

(6) VAZQUEZ DE MENCHACA, Fernando, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres*, Venecia, 1564. Reimpresión con traducción de RODRIGUEZ ALCALDE F., en Valladolid, 1933; *De successioneibus et ultimis voluntatibus*, Francfurt, 1559, 1564 y 1610; COVARRUBIAS Y LEYVA, Diego de (1512-1577), *Opera omnia*, Genova 1972, Francfurt, 1583; *De testamentis et ultimis voluntatibus*, así como *De successioneibus abintestato*, cfr. también en *Tractatus illustrium in utraque tum pontificii tum cesarei iurisfacultate iurisconsultorum*, Venecia, 1584 y ss., VIII.

En los cursos académicos 1542-43 y 1543-44, comentó como profesor de Cánones en Salamanca, *Viginti et quattuor notabilia*, sobre testamentos y el título *De Testamentis*, del Libro II de las Decretales. Manuscritos en la Biblioteca del Palacio Real de Madrid, 1.081; folios 396-455 y 214-285 vto. respectivamente.

Un segundo matiz que ha presidido este estudio consiste en la limitación derivada de la situación actual de las fuentes a emplear. Una gran cantidad de textos (lecturas, prelecciones, obras monográficas, etc.) de los sucesivos catedráticos de Teología en Coimbra, Evora, Salamanca y Alcalá de Henares, durante el siglo XVI y primer tercio del XVII, permanecen sin editar y sin que hayan sido analizadas las relaciones científicas entre ellas. Los elementos de que hoy disponemos para el manejo de este importante material son notoriamente insuficientes (?). Hay que añadir a este tipo de obras los «dictámenes» dados por algún teólogo famoso para ilustrar ciertos dudosos casos que se les sometían a consulta. Dado lo poco explorado de esta categoría de fuentes, incluimos en apéndice unos inéditos de Gabriel Vázquez de Belmonte que se refieren a cuestiones sucesorias.

Así delimitada el área de nuestra atención, cabe indicar que los teólogos juristas que aquí nos interesa estudiar pueden ser agrupados en dos campos. De un lado aquéllos que abordan cuestiones sucesorias dentro de su atención general a «casos de conciencia» de toda índole. A éstos pertenecen los autores de obras del tipo de «Manual de Confesores» y como ejemplo básico se puede citar a Martín de Azpilcueta (8). Estos autores litigan a veces entre sí por disparidad de criterios entre un caso concreto. Esto ocurrió en materia sucesoria precisamente entre el ya citado Azpilcueta y su contradictor, el portugués jesuita Gouvea, autor de una obrita, «Antinavarrus» no hace mucho editada (9). Pero en cualquier caso su aportación es siempre fragmentaria, muy concreta y principalmente orientada a lograr un equilibrio espiritual antes que la solución de un problema jurídico.

---

(?) EHRLE F., *Los manuscritos vaticanos de los teólogos salmantinos del siglo XVI*, Estudios eclesiásticos, 8 (1929); STEGMÜLLER F., *Filosofía e Teología nas Universidades de Coimbra e Evora no seculo XVI*, Universidade de Coimbra 1959. Instituto de Estudios filosóficos, y en los *Spanische Forschungen der Görres Gesellschaft*. I Reihe vol. III, pp. 385-438; cfr. además los trabajos de GARCIA GARCIA A., y PEREÑA L., cits. en la *Bibliografía del pensamiento jurídico español moderno*, en *Quaderni fiorentini per la Storia del pensiero giuridico moderno*, Florencia, I (1972).

(8) AZPILCUETA Martín de, *Enchiridion sive Manuale confessoriorum et peonitentium*, en el vol. III de *Martini Azpilcuetae Doctoris Navarri ... Opera*, Colonia, 1616, 3 vols. En castellano en Salamanca, 1556.

De otro lado, interesan y más hondamente a nuestro objeto los autores de obras amplias sobre temática jurídica. De entre los más popularizados autores pertenecientes a este sector ni Francisco Suárez, redactor de un monumental tratado sobre las leyes en general; ni Francisco de Vitoria, que a veces se acercó a temas jurídico-privados, contienen palabra alguna sustantiva relativa al Derecho sucesorio. Concebían a éste como «*ius gentium secundarium*» y ellos orientaban su atención a más trascendentes esferas superadoras de lo que entendían caso sólo como un divertimento para expertos técnicos jurídicos o una cuestión de conciencia que convenientemente individualizada debía ser resuelta por el confesor a la luz de las especiales circunstancias de cada caso. El desinterés de estos teólogos por el Derecho de sucesiones es perfectamente paralelo de la orientación de los juristas arriba citados que, aun cuando en otros temas buscasen inspiración en la doctrina teológica, en estos otros se mantenían fieles a la doctrina decantada por la secular experiencia jurídica.

Los principales autores cuya doctrina nos interesa considerar son dos: Domingo de Soto y Luis de Molina. El segundo debe al primero más de lo que confiesa y deja traslucir su actitud frecuente de polemista contra él.

La aportación de Soto se encuentra contenida fundamentalmente en su obra «*De Justitia et Jure*» cuya segunda edición revisada aparece en Salamanca en 1556 y 1557 <sup>(9)</sup>.

La de Molina, de igual modo titulada, tiene una historia editorial algo complicada y una distribución sistemática un tanto compleja. Posterior a la de Soto, la materia sucesoria aparece ya en las ediciones más antiguas de la obra <sup>(11)</sup>.

<sup>(9)</sup> Cfr. el nº 278, p. 322.

<sup>(10)</sup> SOTO Domingo de (1494-1560), *De Justitia et Jure. Libri decem*, 1ª ed. Salamanca, 1553-54; 2ª revisada, id. 1556-57. Reimpresión anastática y traducción, Madrid, 1967-68, 5 volúmenes. Orientación sobre las ediciones de ésta y otras obras, ib., vol. I, pp. xxv y ss. (en adelante, I.I.); *Relectio de Dominio*, Granada, 1964. Ed., bilingüe por BRUFAU PRATS G.

<sup>(11)</sup> MOLINA Luis de, *De Justitia et Jure, tomi sex* (en adelante, I.I.).

Se inicia la publicación en Cuenca en 1593 con el vol. I; en Amberes se publica al VI, en 1609, habiéndose editado y reeditado los vols. intermedios en Cuenca, Venecia, Maguncia y Amberes, desde 1597, hasta 1614. Edición de los

## 2. *Naturaleza jurídica de la norma sucesoria.*

El mérito de iniciar un planteamiento sistemático del Derecho de sucesiones dentro de un estudio general del Derecho corresponde a Domingo de Soto. Para captar con corrección las consecuencias de su planteamiento hay que partir de su clasificación general del Derecho.

Soto divide a éste en divino y humano. El segundo a su vez se escinde en natural y positivo.

« Jus primo dividitur in naturale et positivum ... Jus seu iustum, idem est quod aequale et adaequatum hoc autem fieri non potest nisi altero duorum modorum, videlicet aut ex natura rerum, aut ex conducto humanae voluntatis » (12).

El Derecho natural admite a su vez una matización importante para nosotros porque Soto usará de ella al enfrentarse con el tema concreto del Derecho sucesorio.

« Jus naturale ... est illud quod ex rerum ipsa natura adaequatum est et alteri commensuratur. Hoc autem dupliciter contingit. Uno modo secundum absolutam rerum considerationem sicuti masculus et foemina absoluta natura sua coaptantur in unum generationis officium ... Alio modo quippiam est alteri commensuratum, non secundum absolutam eius naturam, sed in ordine ad certum finem et per certas circumstantias consideratum » (13).

Este Derecho natural que nace de la « ipsa natura rerum » pero en orden a cierto fin y determinadas circunstancias, se diferencia netamente de aquel otro, el positivo el cual:

« est quod humana voluntate et arbitrium ponitur » (14).

Y en el que se abre la última subdivisión que cierra el esquema: Derecho de gentes y Derecho civil. El primero se diferencia con

---

seis vols. en Venecia 1614. Traducción parcial en Madrid; 1941, 44. por FRAGA IRIBARNE (Manuel y José). Cfr., pp. 98-99, sobre las ediciones de la obra (vol. I.).

(12) Soto, I. I., p. 194.

(13) ib., p. 196.

(14) *enim positivum est quod humana voluntate et arbitrium ponitur*, ib., p. 194

nitidez del natural y para Soto no hay dudas en su inserción en el positivo:

« Jus gentium et a iure naturali distinguitur et sub iure positivo comprehenditur » (15).

También es unánime su valoración como elemento jurídico de valor supranacional:

« neque (ut reor) discrepantia est inter Christianos atque infideles quoniam ius gentium gentibus cunctis aequale est » (16).

Por último aparece también claro que si se aprecia su diferencia con el Derecho natural, existe y debe subrayarse una conexión entre ambos.

« Dicitur enim ius gentium quicquid mortales ex principiis naturalibus per *modum conclusionis* ratiocinati sunt ».

« Jus enim gentium sic non negatur quodam modo esse naturale, ut tamen censeatur ab illo differre propter illationem; tunc praesertim dum longius conclusio a principiis distat » (17).

El cuadro se cierra con la concepción del Derecho civil que nace, no por vía de conclusión desde principios naturales, como hemos visto con el Derecho de gentes, sino por vía de determinación humana.

« Quicquid vero per *modum determinationis* generis per speciem constitutum est, ius appellatur civile » (18).

El Derecho, ya sea de una otra de las especies señaladas, tiene como objeto la consecución de la justicia.

« Jus autem binariam ... usurpatur; videlicet et pro rationis regula prudentiaeque dictamine, per quam regu-

---

(15) Ib., p. 196.

(16) Ib., p. 289.

(17) Ib., p. 44 y p. 45, respectivamente.

(18) Ib., p. 45.

lam aequitatem iustitiae perpendimus, quales sunt leges: praeterea pro aequitate ipsa quae obiectum est iustitiae, namque quam iustitia in rebus constituit ».

« His ergo prae habitis, ad quaestionem unica conclusione respondetur: Jus est obiectum iustitiae ».

« Jus namque (ut supravisum est) idem est ... quod iustum. Est enim obiectum iustitiae, puta aequitas quam iustitia inter homines constituit » (19).

La división de la justicia, que en Soto sigue los tradicionales caminos de conmutativa y distributiva, nos coloca ante la realidad de que la primera es la que permite conservar la equidad como reguladora de los conflictos de intereses entre particulares.

« est autem in republica in qua iustitia aequitatem constituit, duplex ordo, idemque; particularis ac diversus: videlicet totius ad partes et partium inter se: ergo per illos duos ordines duae etiam Species iustitiae discernuntur. Illa autem quae est totius ad partes, puta quae communia bona civibus bene dispensat, nominatur distributiva; altera vero quae aequitatem servat inter partes, nuncupatur conmutativa; sunt ergo duae distinctae species » (20).

La zona de cuestiones jurídicas a la que corresponde el Derecho sucesorio, es la de la justicia conmutativa. A ella corresponde el tema del dominio y como es natural lo relativo a la transmisión del mismo, una de cuyas vías es la sucesión *mortis causa*.

« De altera iustitiae specie quae ex regione ad distributivam ponitur, nempe de iustitia conmutativa sermonem nobis in cunctibus operae pretium prius est de duobus eius praebulis, videlicet primum de rerum dominio, mox de earum restitutione hoc quarto libro disserere. Enim vero dominium huiusmodi rerum eorumque divisio basis fundamentumque est omnium contractuum conventorumque et pac-

(19) Ib., pp. 191 y 192.

(20) Ib., p. 241. Cfr. LOPEZ LOPEZ F., *La autoridad y la división de la justicia*, en *Burgense collectanea scientifica*, 3 (1962).

*torum, quae per commutativam iustitiam celebrantur. Ac per inde cuncta quae huic virtuti adversantur vitia, violationes quaedam sunt et corruptelae dominiorum rerumque possessionum. Quae subinde iniuriarum genera contractaque debita restitutionis beneficio repensari debent* » (21).

El Derecho sucesorio es, en la sistemática expositiva de nuestro auctor, una especialidad del tema general del dominio. Cuando Soto dedica una de sus prelecciones al tema en cuestión (« De dominio ») no aborda aspecto de orden sucesorio, salvo alguna alusión muy marginal (22), ya que entonces le preocupan sólo las facetas centrales, como la naturaleza y origen de la propiedad. Ahora, en una obra de conjunto, es ya imprescindible analizar y así lo hará el dominico, la total panorámica y sus derivaciones.

En este criterio sistemático de colocar el Derecho de sucesiones dentro del estudio de la justicia conmutativa, Soto será seguido por Molina. El jesuita divide la materia sucesoria en dos grandes grupos. Lo que podríamos llamar doctrina general de sucesiones y un estudio especial sobre las vinculaciones y mayorazgos, cuestión de gran importancia doctrinal y práctica de su tiempo, pero en rigor, y no conviene olvidar esto, íntimamente implicada en la serie de intereses económicos vitales para la subsistencia de las clases nobiliaria y burguesa acomodada.

Molina incluye el primer grupo en el tratado segundo del tomo primero de su obra. Estudia aquí la justicia conmutativa respecto de los bienes, a lo largo de ciento veintisiete puntos de estudio, a los que llama « disputationes ». Los vínculos y mayorazgos, se colocan también en el mismo tratado y tomo, pero separados del cuerpo central del Derecho sucesorio por otros temas, y con mayor extensión, en ciento treinta y cuatro « disputationes » (22).

Pero si examinar la sistemática de Soto y Molina era interesante por ser ambos y Soto el primero, en incluir cuestiones de tipo sucesorio en una obra general sobre la justicia y el Derecho

(21) Soto, I. I., pp. 278.

(22) P. ej. en p. 109, al tratar el concepto de título, señala que el hijo tiene título de herencia sobre la cosa paterna idea concordante con lo que afirma en I. I., p. 281.

y por contribuir a aclarar los « loci ordinarii » de la escolástica <sup>(23)</sup>, es de la mayor importancia estudiar cuál era la naturaleza jurídica que atribuían al Derecho sucesorio, punto en el que a nuestro entender radica la principal de sus aportaciones en esta cuestión a la historia de los conceptos jurídico-privados.

El pensamiento de Soto resulta inicialmente algo obscuro, para una lectura rápida. Parece que el autor citado se dispone a sentenciar con brevedad, adjudicando al Derecho que antes ha llamado civil, la totalidad de la normatividad sucesoria:

« Jure enim gentium (ut paulo post dicemus) propria dominia divisa sunt, ut meum et tunc audiretur in orbe. Jure autem civili, hoc est cuiusque civitatis seu regni proprio, multa quoque mortales possident ut iure praescriptionis, iure haereditario, iure primogeniturae, etc » <sup>(24)</sup>.

Pero este texto debe ser correctamente interpretado. Las palabras « iure haereditario » no se refieren sino a una de las especialidades sucesorias entonces más desarrolladas; los mayorazgos, a los cuales Soto coloca sin dudar en la categoría menos permanente de las prescripciones jurídicas, el Derecho civil, donde como hemos visto, las normas pueden aparecer y esfumarse por simple determinación del poder legislativo.

La verdadera concepción de Soto en lo relativo a la naturaleza jurídica del Derecho sucesorio consiste en señalar cómo los básicos elementos de éste proceden del Derecho de gentes y sobre ellos la diversa normatividad jurídica vigente en cada país ha construído soluciones particulares que pertenecen a la esfera del Derecho civil, como es el caso de España con los mayorazgos.

« praeterea et haereditariam successionem filiorum in bona paterna iure gentium arbitrator fuisse constitutam. De hoc enim ratio naturalis statim universitatem gentium erudit, scilicet ut in filiis et substantia quodammodo patris permaneret, et nomen et bonorum ius. Deinde ius civile

<sup>(23)</sup> Cfr. THIEME, *loc. cit.*, sup. nota (1), p. 609.

<sup>(24)</sup> SOTO, I. I., p. 287.



particularium regionum adhibuit iura primogeniturae, praescriptionis, et alia, quibus dominia transferuntur » (25).

Ahora bien, como arriba hemos señalado, para Soto el Derecho de gentes tiene una conexión iusnaturalista que no cabe desconocer. Es una conclusión derivada de principios naturales, lo cual le otorga una solidez que se refleja en el pensamiento del dominico cuando se recuerda que margina la expresión « ius gentium secundarium », para mencionar el « ius gentium » sin más.

Este planteamiento encierra una doble vertiente que no debemos ignorar. En primer término, supone la construcción de una doctrina acerca de la naturaleza jurídica del Derecho sucesorio que acarrea la superación de la mera concepción de éste como fruto de la técnica jurídica interpretativa de textos legales. Desde ahora, el precepto relativo a las sucesiones podrá ser examinado a la luz del Derecho natural, y no sólo bajo el prisma de su mayor o menor corrección legal; la problemática que ofrezca la vida diaria habrá de ser resuelta atendiendo principalmente a satisfacer las exigencias del mandato iusnaturalista, quedando la aplicación del juego de normas positivas vigentes como algo que debe realizarse sólo con el objetivo de alcanzar realización del Derecho natural.

En segundo lugar Soto establece la posibilidad de una crítica iusnaturalista de las normas legales vigentes en tema sucesorio. En esto sentido, Molina le seguirá escasamente. Mucho más apegado a un planteamiento formalista, la audacia reformadora y crítica del dominico será para él objeto de crítica. Tal es el caso de la situación hereditaria del hijo del clérigo, donde Molina escribe movido por un puritanismo que no vacila en recordar a quien pueda denunciar las maniobras del padre en favor del hijo espúreo que le aguarda una recompensa de la tercera parte de los bienes que puedan ser arrebatados a éste. Los « motivos irracionales » que Molina sospecha en Soto para urdir las maniobras que luego describiremos, en favor del hijo de clérigo proceden en realidad de una aplicación sin prejuicio alguno del principio que Soto considerará básico en el Derecho sucesorio y

---

(25) Ib., p. 299.

que acabamos de recoger: « preterea et haereditariam successionem filiorum in bona paterna iure gentium arbitrator fuisse constitutam ». La exclusión hereditaria del hijo del ordenado « in sacris » procede del segundo tipo de preceptos sucesorios que Soto distingue, las soluciones particulares engendradas por el Derecho civil. Cabe pues, que sin las « irracionalidades » que sospecha el rigorista Molina se pueda buscar un camino legal para burlar las prohibiciones <sup>(26)</sup>.

### 3. *Temas de sucesion legitima.*

#### a) *Los mayorazgos.*

Pero donde la hondura de la concepción de Soto y sus consecuencias prácticas se ponen de relieve con mayor fuerza es en la cuestión de los mayorazgos. Apenas podemos hoy comprender la enorme trascendencia que para la historia de los conceptos jurídico-sucesorios, habría de tener la sutil, pero firme y clara concepción del maestro dominico.

El mayorazgo es, para su más conocido tratadista, el jurista Luis de Molina, una institución de Derecho divino, que apoya en el Génesis 25, 30-34 y 27, (entero) donde se atribuye un valor jurídico a la primogenitura y no vacila en considerarla además como con base en el Derecho natural, de gentes, civil, canónico y consuetudinario <sup>(27)</sup>. Para su protección y práctica, la doctrina jurídica del Derecho común creó un ente extraño, el fideicomiso de familia, que como PFAFF y HOFFMANN señalaron reviste a la vez caracteres de Derecho público y privado <sup>(28)</sup>. En realidad, en cuanto su base socio-económica, el sistema del mayorazgo sirve para garantizar « sub specie immortalitatis » la pervivencia de una clase social específica, la nobleza, a la cual se va adhiriendo la burguesía acomodada, en virtud de la práctica de fundar mayorazgos. En cuanto a sus impactos en la vida del país, el mayorazgo, no podía ser más pernicioso; masas de bienes quedaban progresivamente separadas del libre

<sup>(26)</sup> MOLINA, I. I., Disp. 169, n. 1.

<sup>(27)</sup> MOLINA L., *De hispanorum primogeniorum origine ac natura libri IV*, Colonia 1588, I. 2.

<sup>(28)</sup> PFAFF Y HOFFMANN, *Zur Geschichte der Fideicommisses*, Viena, 1884.

tráfico de bienes, fomentándose el absentismo de los propietarios; buena parte de los hijos que no eran primogénitos quedaban en situación económica difícil, aumentando aceleradamente la nómina de vagos, maleantes, desocupados, etc. No es éste lugar de analizar estos aspectos, suficientemente conocidos merced a los actuales estudios de historia económica, que corrobora la justicia de la ofensiva contra la institución en el siglo XVIII <sup>(29)</sup>.

Bussi ha señalado con exactitud que « riconosciuti dalla legislazione, essi in virtù del predominio politico spagnuolo, sarebbero passati in Italia, ove nei secoli XVII e XVIII fiorirono rigogliosamente in quanto le teorie fideicommissarie avrebbero preparato l'*humus* favorevole al loro sviluppo » <sup>(30)</sup>. En efecto, sobre el terreno así preparado, la doctrina jurídica no tuvo otro horizonte que comentar, interpretar, y desmenuzar la legislación ordenadora de los mayorazgos, para allanar cuantas dificultades pudiesen presentarse en la aplicación práctica. Regulados por las Leyes promulgadas en la ciudad de Toro en el año 1505, los juristas se volcaron sobre tal cuerpo legal, de modo que se trata del más analizado de toda la historia jurídica española, pero con una preocupación unánime. Trazar un copioso cuerpo doctrinal, que permitiese la práctica y desarrollo de la institución de referencia. Los juristas ponen su ciencia y su habilidad dialéctica al servicio de unos intereses de grupo, convencidos, como Molina, de que se trata de una figura de origen divino, « utriusque iuris » defendible y practicable. La cuestión de la incidencia de esos intereses en la vida entera, de la total comunidad, es algo que ni de cerca, ni de lejos les resulta imaginable.

Es sobre este trasfondo que resulta más trascendente la postura de Soto. Escribe, ya lo hemos visto, desde 1553, cuando no han pasado aún cincuenta años de la promulgación de las leyes sobre mayorazgos. Al tratar de la cuestión central de si en virtud del Derecho natural puede cualquiera traspasar a otro el dominio de una cosa propia, Soto se enfrenta con dos realidades que parecen inducir a una respuesta negativa; los mayorazgos y las

---

<sup>(29)</sup> Cfr. un resumen de esa ofensiva, en GIBERT R., *La disolución de los mayorazgos*, Granada, 1958.

<sup>(30)</sup> *Op. cit.*, sup. nota (4), pp. 215-216.

disposiciones legales que incapacitan sucesoriamente a los hijos bastardos, especialmente los de padres presbíteros <sup>(31)</sup>.

Respecto del primer caso, el planteamiento de Soto es radicalmente contrario al de Molina. Es cierto que aquél habría podido suscribir las palabras de éste cuando define el mayorazgo como:

« ius succedendi in bonis ea lege relictis, ut in familia perpetuo conserventur proximoque cuique primogenito ordine successivo deferantur » <sup>(32)</sup>.

Pero nunca admitiría Soto la concepción de que ese estado de cosas procediese del Derecho divino, natural, etc., como arriba vimos señalar a Molina. Para Soto, nace exclusivamente de las leyes particulares de algunos reinos (« legibus quorundam regnorum particularibus »; « Jura nonnulla particularia in Hispania atque in aliis quibuspiam regnis »). Es decir pertenece al Derecho civil, y la determinación del poder público sólo se justifica en este caso, pensando que se inspira en objetivos orientados en beneficio de la mayoría. Soto declara inicialmente que la institución del mayorazgo repugna al Derecho natural, ya que todos los hijos nacen de los mismos padres, en idénticas condiciones y por tanto deben ser educados y alimentados por el mismo derecho:

---

<sup>(31)</sup> Quaeritur ergo primo utrum sua quisque voluntate naturali iure rei suae dominium valeat in alterum transferre. Et arguitur a parte negativa ... Secundo legibus quorundam regnorum particularibus sic sunt maioratum iura instituta ut eorum possessores nequeant vinculata bona dispendere ... Quarto arguitur Jura nonnulla particularia in Hispania atque in aliis quibuspiam regnis animum cohibent parentum ac praecipuae sacerdotum ne spuris suis filiis quicquam suorum bonorum impertiantur et tamen si ius naturale libertati cuiuscunque concederet suam distrahere substantiam, leges illae nulla se acqutate protegerent; ergo libera alienatio non est iuris naturae ...

His ergo praehabitis, duabus conclusionibus ad questionem respondetur. Prior; unusquisque mortalium ius habet naturale donandi et quomodocunque alienandi res quarum vere ac legitime dominus est ...

Posterior conclusio. Eodem naturali iure nihil obstante, lex potest tum voluntatem domini cohibere, tum etiam ipso invito suorum dominiorum privare. Soto, I. I., pp. 308-309.

<sup>(32)</sup> MOLINA, *op. cit.*, nota (27), I, 1, 22.

« Nam etsi ex una parte argumentum sit haud infirmum iuri naturae repugnare, propterea quod omnes liberi eorundem parentum aequa sorte nascuntur, ac per inde aequo iure nutrirí debent atque educari » <sup>(33)</sup>.

Además el Derecho comparado proporciona también un argumento complementario a la contradicción con el Derecho natural que supone el mayorazgo:

« propter quam rationem multae respublicae iura primogeniturae non sic augent ut in totam substantiam paternam primogeniti succedant ».

Frente a estos argumentos iusnaturalistas cabe únicamente alegar que los mayorazgos han sido instituídos para bien de la nación, para servir de medio a la firmeza de la sociedad, para servir de sostenimiento en la guerra. Todo ello se simboliza, bajo la influencia de ideas platónicas, en un organicismo y en el ejemplo de la poda de los árboles para asegurar su desarrollo.

« maioratus esse institutos ... in bonum reipublicae. Expedit nanque ut eius commune corpus ossa habeat et nervos quibus fulciatur ob idque decretum est ut tamquam reipublicae robora aliquae persisterent illustres domus, tum ut a consiliis essent, tum etiam ut tempore belli eius essent sustentacula. Et quoniam ut ait Lyricus « et genus et virtus nisi cum re vilior alga est » visum merito est regibus, domorum perpetuitate sic consulere, ut domus in primogenitum descenderet, reliquae vero proles suis essent alimentis contentae. Similis nanque est agricolarum prudentia qui arbori et viti minores ramunculos circumquaque amputant ut praecipuum germen in truncum excrescat ».

Se trata pues de una institución que lejos de ser de Derecho divino y natural como sostiene Molina, es de Derecho civil y se puede considerar que su presencia, por otra parte no deja de contribuir al esplendor de la sociedad y a su estabilidad y provecho.

« tamen ex alia parte id non solum in decorem reipu-

---

<sup>(33)</sup> Soto, I. I., p. 310.

blicae verum et in eius emolumentum et firmamentum cedit ».

Concebido el mayorazgo así, como institución mitad política, mitad guerrera, es lógico y especialmente si atendemos a la época, que Soto considere de Derecho natural la preterición de la mujer, que aparece como heredera en defecto de varón. No se trata de una discriminación jurídica por razón de sexo, sino de una consecuencia derivada de las peculiaridades del mayorazgo. Soto aporta algunas ideas procedentes de la interpretación bíblica y de la doctrina aristotélica en torno al viejo tema de la « fragilitas mulierum », a las que añade ciertas observaciones de saber popular acerca de la falta de interés del yerno en el patrimonio de su suegro. Pero si bien es cierto que no rompe con ellas, no lo es menos que reduce expresamente la minusvaloración de la mujer, al tema del mayorazgo.

« eatenus in haereditatis successione legem Deus naturae servavit quod noluit foeminas, nisi deficiente masculo, ius haereditarium adire. Successio namque patrimonii sequi naturam debet generationis, per quam species propagatur, generationis autem virtus in lumbis viri residet cui utique femina, ceu natura substernitur. Qua propter ratio naturalis docet in masculinam prolem, in qua virtus generativa traditur, transeat haereditas quam cum sanguine ad suos posteros transmittat. Et hanc arbitror omnium causarum naturalium primam quare iura primogeniturae in rebus publicis bene institutis masculina serie transmittuntur, neque foeminae nisi masculorum defectu admittuntur ».

Pero el enfrentamiento entre el Derecho natural, contrario a los mayorazgos y la conveniencia política de un momento histórico concreto, nace una consecuencia clara, que Soto formula con dureza discrepando de la línea de complacencia ante los intereses del grupo social beneficiario, línea que es característica, de los juristas que comentarán las Leyes de Toro, como el ya aludido Luis de Molina. La consecuencia es ésta:

« Haud ergo arbitrentur magnates ipsorum causa maioratus esse institutos, scilicet ut eorum prosapiae perpetuo durarent, sed in bonum reipublicae ».

Sólo ante tales consideraciones se puede admitir como justa y razonable la institución del mayorazgo, que limita principios de justicia natural, como se admite la situación de modificación de la capacidad de obrar que recae sobre el menor de edad.

« Fit ergo ut tam primogeniti quam illi qui legitimam non sunt aetatem ingressi, sic iure et merito cohibeantur bona sua ab alienare ut alienatio irrita nullaque sit ut pote per quam nullum transfertur dominium ».

b) *Capacidad sucesoria de los hijos no legítimos.*

En la búsqueda de principios iusnaturalistas que deban inspirar al Derecho sucesorio, Domingo de Soto aporta como segunda pieza concreta, la revisión del tema de los hijos ilegítimos ante la herencia de su padre.

Soto toma del Derecho canónico, la clasificación de los hijos bastardos (Decretales; 1, 9, 10) y de entre ellos, examina dos casos, según los padres sean seglares o clérigos y religiosos. El principio que le sirve de guía principal es formulado con nitidez: si atendemos al puro Derecho natural no cabe duda de que el padre puede donar sus bienes a un hijo bastardo, lo mismo que podría hacerlo a cualquiera otro individuo:

« Si enim ad merum iusnaturale spectemus, dubium non est, quin pater possit sua bona notho filio, sicuti cui-cunque donare citra culpam et alter etiam potest illa absque culpa possidere nisi forsan alios habere liberos quos illa causa in pauperiem adigeret quod ad praesens negotium nihil attinet » (34).

Frente a esta idea directriz de origen iusnaturalista, aparecen claramente expuestas por el Derecho castellano vigente una serie de normas reiteradas y coordinadas que cierran el camino a la transmisión por vía hereditaria de los bienes paternos a tales

---

(34) *Ib.*, p. 311.

hijos. Soto encuentra que tales leyes, pueden apoyarse científicamente en un pasaje del Código justiniano « ne videatur testator alienas successiones propriis antepone » (C; 6, 42, 30) y en realidad deben interpretarse restrictivamente, por haberse originado « in odium filiorum ». He aquí tales preceptos:

« Daño muy grande viene a los hijos, por no ser legítimos. Primeramente, que non han las honrras de los padres, nin de los abuelos. E otrosi, quando fuessen escogidos para algunas Dignidades, o honrras, poderlas y an perder por esta razón: e demas, no podrían heredar los bienes de los padres, nin de los abuelos, nin de los otros parientes que descendieren dellos: assi como dize en las leyes del Titulo de las Herencias que fablan en esta razón » (35).

« Todo home que hubiere hijos, o nietos ó dende ayuso de muger de bendicion, no puedan heredar con ellos otros algunos que haya de barragana mas del quinto de su haber mueble. ó de raíz, pueda dar lo que quisiere: o si hijos, o nietos, o dende ayuso no hobiere de muger de bendición, ni otros hijos que hayan derecho de heredar, pueda facer de todo lo suyo lo que quisiere; de guisa que el Rey lo suyo no pierda: e no le pueda embargar, ni padre, ni madre, ni otro pariente. E si home cualquier muriere sin manda, y si herederos no hobiere, asi como es sobredicho. el padre, é la madre hereden toda su buena comunamente, é si no fuere mas vivo del uno, aquel lo herede: é si no hobiere padre, ni madre, heredenlo los abuelos, ó dende arriba: y de esta guisa mesma: e si alguno no hubiere de estos, heredenlo los mas propinquos parientes que hubiere, asi como son hermanos, o sobrinos hijos de hermanos, ó dende ayuso » (36).

« Los hijos bastardos ó ilegítimos de qualquier qualidad que sean, no pueden heredar á sus madres *ex testamento* ni *ab intestato*, en caso que tengan sus madres o hijo, o

(35) *Partidas*, 4, 15, 3.

(36) *Fuero Real*, 3, 6, 1.



descendientes legítimos, pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, de la qual podrian disponer por su anima, y no mas ni allende. Y en caso que no tenga la muger hijos, o descendientes legítimos aunque tenga padre, o madre. o ascendientes legítimos, mandamos que el hijo, ó hijos, ó descendientes que tuviere naturales, ó espurios por su orden y grado le sean herederos legitimos *ex testamento, et ab intestato* salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar a sus madres *ex testamento, ni ab intestato*. Pero bien permitimos que les puedan en vida, o en muerte mandar fasta la quinta parte de sus bienes, y no mas de lo que podian disponer por su anima, y de la tal parte despues que la huvieren puedan disponer en su vida, o al tiempo de su muerte los dichos hijos ilegítimos como quisieren. Y queremos que entonces se entienda y diga dañado, y punible ayuntamiento, quando la madre por tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, salvo si fueren los hijos de Clérigos, o Frayles, o Freyles, u de Monjas profesas, que en tal caso por el tal ayuntamiento no incurra la madre en pena de muerte: mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Señor Rey Don Juan el primero en la Ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los Clerigos » (37).

Los tres textos legales son claro y como el propio Soto añade al correcto resumen que de ellos hace, « haec autem extra ullam sunt controversiam », los hijos bastardos no heredan ni al padre ni a la madre, en el caso de que tengan hijos legítimos; la madre puede hacerles llegar la cuantía del « quinto del anima » tanto *intervivos* como *mortis causa*; en caso de que carezca de hijos ilegítimos entra en juego el mecanismo de herencia *ab intestato*. Si hubiesen sido engendrados en « dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre », por ej. incesto, o adulterio, sólo tienen

---

(37) *Leyes de Toro*, ley 9.

acceso a un legado o donación de la cuota *pro anima*, sin poder llegar a ser herederos ni *ex testamento*, ni *ab intestato*.

Ante tan explícita regulación prohibitiva por parte normas que pertenecen al área del Derecho civil, nuestro autor señala que: de una parte, no hay prohibición similar en el Derecho común.

« Enim vero de iure communi nihil expressum reperitur quo prohibeantur parentes extra testamentum aliquid illis, aut viventes donare, aut morientes relinquere » (38).

y de otra, se puede afirmar que si un padre encarga a un amigo dar algo a un hijo tenido en adulterio, el amigo está obligado a observar el Derecho natural y transmitir al hijo lo recibido; así como el beneficiario queda facultado para aceptar y detentar lo que le sea entregado.

« De istis ergo asseruerim quod si pater aliquid fidei amici committit quod det suo filio ex adulterio suscepto, amicus ille tenetur ius naturale servare, hoc est dare filio et filius potest recipere per inde ac si esset extraneus ».

Esta vía para burlar la norma legal que se considera contraria al Derecho natural tiene dos limitaciones, una de naturaleza iusnaturalista también; otra puramente formal. Si el padre tuviese además otros hijos legítimos, su capacidad de disposición en favor de los ilegítimos se reduciría a la quinta parte. Aquí Soto evalúa la cantidad inspirándose analógicamente en lo que las leyes arriba recogidas autorizan a las madres. Por otro lado, si se produce una intervención fiscal, habrá que respetar la norma.

« Itaque omnia sua bona potest illi pater dare si filius non habet legitimos si autem legitimos habet non potest illos exhaereditare, nisi usque ad quintam. Neque arbitror ullum intervenire peccatum. Cum autem fiscus petierit standum est iure exteriori ».

Mayor complicación reviste el caso de hijos de clérigos o religiosos. Señala Soto que se trata de casos frecuentísimos (« casus consuetissimus ») sobre los que se consulta cotidianamente (« cre-

---

(38) Soto, I. I., p. 311.

berrima de hoc consilia petuntur »). Pero la legislación civil es en este tema mucho más severa, rígida y terminante, que en el caso anterior. Una ley de 1380 dada por Juan I en Soria, regula el tema. Conservamos el original, pero Soto se remite a la versión resumida que aparece en las « Ordenanzas reales de Castilla ». Ahora bien, en esta obra hay dos resúmenes distintos de la misma ley, que son los que reproducimos a continuación:

« Otrosi, por no dar ocasion que las mugeres assi viudas, como virgines sean barraganas de Clerigos, si sus hijos heredassen sus bienes, y de sus padres o parientes por privilegio, o cartas que tuviessen, Ordenamos, y mandamos, que los tales hijos de Clerigos non hayan, ni hereden, ni puedan haver ni heredar los bienes de sus padres Clerigos, de ni otros parientes, ni hayan, ni puedan gozar de cualquier manda, o nación, ó vendida que les sea hecha, agora, ni de aqui adelante: y qualesquier privilegios, o cartas que tengan ganadas en su ayuda contra lo que nos ordenamos, mandamos, que les no valan, ni se puedan dellas aprovechar, ni ayudar: ca nos las revocamos, y damos por ningunas » (39).

« Porque las mugeres no hayan ocasion de ser barraganas de los Clerigos, ordenamos y mandamos que los hijos de los Clerigos no hayan, ni hereden los bienes de los dichos Clerigos sus padres, ni de otros parientes ningunos; y no vala la manda, ni donación, ni vendida, que los dichos Clerigos, y parientes les ficieren agora, ni de aquí adelante. Y cualesquier privilegios, o cartas que tengan ganadas, o ganaren aquí adelante en su ayuda, ó contra esto que nos ordenamos, mandamos que no valan, ni se puedan de ellas aprovechar ni ayudar; ca nos las revocamos y damos por ningunas » (40).

La prohibición de que los hijos de clérigos alcancen bienes de sus padres por vía hereditaria, es clara. Pero alcanza además

(39) I, 3, 22.

(40) 5, 3, 2.

a cualquier tipo de entrega de bienes que por otro medio pudiese intentar el padre en su favor. Sin embargo, esta segunda faceta de la ley es criticada por Soto como opuesta a puntos irrevocables del Derecho natural, y se coloca en fin, en oposición a ella, afirmando sin paliativos que el padre puede en vida, darle lo necesario para poder vivir:

« Nihilominus tenetur eum alere quandiu vivit et educare, quia ius illud naturae non est revocabile. Potestque adeo ei vivens donare unde vitam sustentet ».

En realidad la crítica iusnaturalista a la ley de Soto se detiene aquí. Pero lo que él llama práctica frecuente de que un eclesiástico entregue los bienes a un amigo para que éste a su vez los haga llegar a su hijo, tal como hemos señalado en el caso de seglares, le permite exponer más ampliamente su pensamiento sobre el tema. Aquí nuestro autor se transforma en abogado de la parte débil y con agudeza advierte a los que le lean que el mejor medio para actuar en justicia, es verificar una donación al amigo, sin imponerle condición alguna de transmitir luego al hijo lo donado. Ello tiene el riesgo de que si aquél quiere puede apropiarse perfectamente de las cosas donadas; pero tiene la ventaja de que si el amigo traspassa lo recibido al hijo bastardo la postura de éste es ya inatacable, ya que se trata de una cosa recibida sucesivamente por cada donatario de quien era su legítimo dueño y no estaba incapacitado para donarla. El sacerdote puede válidamente donar bienes a un amigo y éste adquirida la propiedad a título de legítima donación, puede transmitirla a un tercero del mismo modo que él la recibió, no obstante el tercero sea hijo del sacerdote aquél, ya que la ley de 1380 les incapacita para recibir donaciones, herencias o compraventas « de sus padres clérigos », o de « otros parientes », y nada dice de terceras personas.

« si clericus amico det, non sub conditione ut reddat filio, sed absolute neque alter sub illa conditione recipiat loco filii, sed tanquam sua etiam si clericus fiduciam certam conceperit quod amicus esset traditurus filio alias non illi relinqueret, nihilominus ille amicus potest tuto in conscientia bona illa possidere tanquam sua. Et ratio

nostra est quod etsi lex filium inhabilem fecerit ad suscipiendum illa quae nondum possidebat, privare tamen clericum suis bonis non potuit nisi in poenam, quae ante iudicis condemnationem, ut libro 1. dictum est, non obligat, et ideo donatio facta amico tenet quoadusque per condemnationem privetur. Imo nec per fiscum condemnari ille potest nisi probetur praesumptio quod recepit ut redderet filio clerici. Quod si tunc amicus tanquam propria bona vult donare eidem filio clerici, etiam tenebit donatio ».

Soto no deja de advertir que el camino más peligroso para los deseos de hacer llegar los bienes a manos del hijo es la donación con la condición de transmitírseles, ya que resulta inválida por la prohibición legal y ni engendra título en el donatario ni puede éste por tanto traspasarlos. Y en esta vía se extiende por consejos de orden práctico, ahora ya frente al fisco, que no nos interesa aquí recoger:

« vero clericus dedit amico non absolute, sed sub conditione ut daret filio neque ille susceperit nisi sub illa conditione, tunc neque donatio facta amico tenuit quare ipse retinere non potest, neque vero ipse potest dare filio clerici. Arbitror ergo de illis bonis antequam condemnatio fiat, in conscientia censendum esse ac si ab intestato relinquatur, nam fiscus non habet ius quoadusque fiat condemnatio. Et ideo si clericus haeredem ab intestato legitimum reliquit, sua sunt; sin minus eroganda essent in pios usus, si modo ille fideicommissarius tutus esset, nunquam id in notitiam fiscalis perventurum: nam si id metueret, consultius esset fisco patefacere ».

Ya dijimos que esta actitud de Soto es enérgicamente combatida por el teólogo Molina que termina su alegato excitando a la denuncia al amigo intermediario con el recuerdo de que serían para él los bienes recibidos, hasta un tercio, si revela la maniobra ante la autoridad civil (41). Por nuestra parte sólo insistimos en la fecundidad de la postura de Soto, que además de dar una salida

---

(41) MOLINA, I. I., Disp. 168 y 169.

viable a un problema sociológicamente significativo, orienta hacia una revisión de la legislación en virtud de respeto a criterios de Derecho natural. Hay que pensar que las fórmulas de Soto se gobiernan por lo que él entiende como tal Derecho, y que no vacila en enjuiciar normas legales especialmente difíciles de aludir por él y en su momento histórico, ya que unas se ordenaban a servir los intereses de autoperpetuamiento de ciertos grupos sociales, como en el caso de los mayorazgos; y en otras como, en tema de hijos de religiosos, la legislación rigorista llevaba el tácito refrendo de la norma canónica.

c) *Concurrencia de hijos legítimos e ilegítimos.*

Se puede agrupar con los supuestos que acabamos de examinar el derivado del adulterio de la esposa o del esposo que trae como consecuencia el nacimiento de un hijo bastardo, considerado sin embargo legítimo por el cónyuge inocente y que concurre a la herencia con sus supuestos hermanos. De nuevo el principio básico que ilumina el pensamiento de Soto en esta cuestión es la referencia que guía sus palabras; sobre los padres pesa el deber de educar y sustentar a sus hijos.

El supuesto que ahora contemplamos se encuentra en un lugar tradicionalmente comentado del Derecho canónico:

« Officii Significasti praeterea, quamdam mulierem in poenitentia tibi fuisse confessam, quod timens, ne viri possessio devolveretur ad alios, *inducta cuiusdam consilio veneficae mulieris*, quarundam herbarum *quotidie* succum potavit, et sic venter eius intumuit, et inde gravidam se ostendens, *tandem* sibi partum supposuit alienum; timensque maritum, non vult facinus ipsi detegere, qui prolem credit sine dubitatione qualibet esse suam. Quoniam igitur *per nostras* postulas *litteras* edoceri, utrum ei hac fraude durante sit poenitentia iniungenda: inquisitioni tuae *taliter* respondemus, quod, sicut mulieri, quae ignorante marito de adulterio prolem suscepit, quamvis id viro suo timeat, confiteri, non est poenitentia deneganda, ita nec illi debet poenitentia denegari, maxime si per alios intelligas alienos,

ad quos timeat possessionem viri devolvi; sed competens satisfactio per discretum sacerdotem ei debet iniungi » (42).

Nos encontramos en presencia de un caso de esterilidad que para ser remediada externamente, lleva a la mujer a presentar al marido como suyo un niño ajeno. La resolución pontificia hace éste caso analógico del de la mujer adúltera que queda encinta y hace creer al marido su paternidad. Se plantea por los comentaristas cuál debe ser la conducta a seguir, si el bastardo va a tomar parte en la herencia en calidad de legítimo.

Soto traza un esquema de soluciones que cubren la totalidad de la casuística posible:

—) Si la mujer tiene bienes propios, debe con ellos compensar económicamente al heredero perjudicado.

« enim mulier illa, vel dotem vel bona alia habet propria, eademque libera quibus damnum compensare possit vero haeredi, et tunc communis confessio est quod nequaquam se infamare tenetur, sed satis est alia via restitutionem facere » (43).

—) Si tales bienes no existen, es preciso valorar si la confesión de la esposa adúltera puede o no tener algún efecto eficaz en la adjudicación de la herencia. En el primer caso es seguro que ella tiene la grave obligación de descubrirse; no así en el segundo. Soto rechaza la argumentación de Escoto que sostiene en este punto que la madre debe coaccionar al bastardo para que no tome parte en la herencia, aconsejándole incluso la profesión religiosa. Y la rechaza por exceder los límites de lo jurídico (« at vero de iustitia non est cur ad hoc teneatur »).

« Si vero putat se profuturam quia nothus filius ei fidem perhibens haereditatem recusabit, vel forte probare taliter poterit ut in iudicio faciat fidem; tunc si id potest sine aliquo detrimento aut vitae aut famae, constantissimum est teneri,

.....

---

(42) X, 5, 38, 9. Friedberg, II, 886.

(43) Soto, I. I., p. 371.

si enim nil ipsam prodesse speratur, certissimum est nullatenus teneri, quoniam opus vanum, neque opus est charitatis, neque iustitiae quare, temeraria esset tunc illa infamatio quia frustranea, sed reputanda illa tunc mulier est ac debitor qui non est solvendo ».

—) Si la confesión de la adúltera es eficaz a los fines descritos, pero ella arriesga al hacerla la fama, la opinión de los principales autores que precedieron a Soto en la glosa del capítulo de referencia, (Adriano, Cayetano, Escoto) se hace discrepante. Para Soto se trata de elegir el mal menor, que puede ser en unos casos el perjuicio al renombre social de la adúltera y en otros el daño infringido al heredero. Se trata de compararlos, y preferir el que sea de menor entidad. Aquí la argumentación de Soto se separa de la de sus predecesores, por su carácter estrictamente jurídico. Lo mismo que antes Escoto, es ahora Adriano quien en base de consideraciones morales, exhorta a la culpable a descubrirse. Soto hace ver la escasa relevancia jurídica de tal manifestación. El hijo bastardo tenido por legítimo no cambiaría su «status» a no ser por pruebas distintas a la confesión del adulterio materno, pruebas que palpablemente muestren la imposibilidad del coito conyugal en que se suponía engendrado el bastardo. Así, pues, no es cuestión de plantearse el tema, pues si la ilegitimidad se prueba por otra vía es evidente y probada está ya, y si no es así, nada demuestra la confesión materna. La corrección jurídica de la argumentación de Soto es palmaria. Únicamente se volcará del lado de la consideración moralizante, para advertir que el hijo no legítimo que cree interiormente la declaración de la madre, aún cuando reciba herencia legalmente, está obligado en conciencia a renunciar a ella, pues no puede alegarse el error del testador, ya que actúa movido por las leyes y no voluntariamente.

« Neque in contrarium urget argumentum, quod si quis mihi legasset centum, credens me esse suum filium sua tamen levitate deceptus, vel ab alio citra meam culpam, ego possum iure optimo illa possidere. Unde a simili videtur colligi quod licet relatione matris ego sciam me spurium si pater mihi sua bona relinquat, possum possidere. Haud inquam argumentum solide urget, neque adducit



simile, quoniam in illo allato casu ego non fui per iniuriam causa illius ignorantiae, in nostro autem praesenti, pater non sua sponte haeredem instituit, sed lege coactus, nimirum putans me esse legitimum. Et ideo quod legis vigore agit, nil mihi suffragatur, scienti non esse legitimum.

Por fín, si la confesión acarrea peligro para la vida de la mujer, para Soto, «secundum communem legis rationisque ordinem» no puede exponerse la vida por la restitución de los bienes temporales, salvo casos extremos, p. ej. la sucesión de un reino, ya que entonces «cum periculo vitae» debe evitar «tanta iniuria vero haeredi».

Los canonistas y teólogos, generalmente se detuvieron aquí. Domingo de Soto, plantea no obstante una variante al caso controvertido. La situación del adúltero ante los derechos hereditarios del hijo legítimo que ha de compartir una herencia con un hermano, hijo de su madre y del adúltero en cuestión. Para nuestro autor la responsabilidad cae sobre la madre, en los distintos supuestos que ya hemos estudiado:

«postquam sua sponte fuit adultera, quid sibi esset de suscepto filio disponendum. Quo circa si domi nutrit, sibi imputetur».

El adúltero a nada puede ser jurídicamente compelido, sino si acaso, por motivos «ob honestatem ac decentiam» puede voluntariamente aplicar, «aliquam compensationem» al heredero legítimo, pero nada más.

#### 4. *El testamento como documento.*

En lo que concierne al testamento en cuanto documento, hay que destacar la aportación también de Soto a los requisitos que debe encerrar. Examina el dominico la cuestión al estudiar si un contrato nulo según las normas civiles, lo es también ante el Derecho natural. La colocación del tema en este punto de la sistemática expositiva, indica la dependencia ideológica entre Soto y los glosadores y comentaristas de Derecho común <sup>(44)</sup>.

<sup>(44)</sup> Cfr. BUSSI, *op. cit.*, sup. nota (4), p. 187 y ss.

La legislación positiva vigente al respecto venía recogida en dos normas complementarias; la ley 3 de las de Toro y la colocada en 5, 2, 1, de las Ordenanzas reales de Castilla <sup>(45)</sup>. Según ambas, que mutuamente se complementan, el testamento nuncupativo precisa de tres testigos más el escribano público y si éste no está presente cinco, que pueden reducirse a tres si se trata de un lugar apartado. El testamento cerrado requiere siete testigos más el escribano, en total ocho firmas; el del ciego se convalida con cinco y para los codicilos se establece la analogía con el testamento nuncupativo.

Pero esta actitud legal chocaba con un fragmento del Derecho canónico, una Decretal del Papa Alejandro II que para BUSSI, « ha un'importanza di fondo che non puo sfuggire ad alcuno, sia sotto il profilo pratico che sotto il profilo storico-dogmatico » <sup>(46)</sup>. El texto, que el propio Soto cita y resume, es el siguiente:

« Cum esses, *frater episcopo*, in nostra praesentia constitutus, *diligenti nobis narratione* proposuisti, talem in tuo episcopatu consuetudinem obtinere, quod testamenta, quae fiunt in ultima voluntate *ab iis, qui potestatem habent super alios*, penitus rescinduntur, nisi cum subscriptione septem vel quinque testium fiant, secundum quod leges humanae decernunt. Quia vero a divina lege et sanctorum Patrum institutis, et a generali ecclesiae consuetudine id noscitur esse alienum; quum scriptum sit: In ore duorum vel trium testium stet omne verbum, praescriptam consuetudinem *penitus* improbamus, et testamenta, quae parochiani *vestri* coram presbytero suo et tribus vel duabus aliis personis idoneis in extrema *de cetero* fecerint voluntate, firma decernimus permanere *et robur obtinere perpetuae firmitatis*, sub interminatione anathematis prohibentes, ne quis *praesumptione qualibet* huiusmodi rescindere audeat testamenta » <sup>(47)</sup>.

---

<sup>(45)</sup> La ley 3 de Toro reenvía a *Partidas* en materia de testamento nuncupativo, pero Gregorio López en su glosa a éstas advierte que en su lugar se usa la ley recogida en las *Ordenanzas reales*.

<sup>(46)</sup> *Op. cit.*, p. 161.

<sup>(47)</sup> X, 3, 26, 10; Friedberg, II, 541.

Esta decretal iba directamente dirigida contra las normas que como la ley 6, 23, 21 del Código de Justiniano, establecían la forma solemne con tanto rigor que si no se observa, el testamento se consideraba nulo. Del mismo modo se producían las leyes castellanas arriba resumidas; Inocencio IV al comentar un texto (3, 48, 8) de las mismas Decretales <sup>(48)</sup>; y la tradición escolar salmantina que cita expresamente Soto, afirmando que según ella: « audivi ergo iam pridem in his nostris scholis contrariam sententiam, ceu multo probabiliorem defensari, nempe contractum nullum iure civili, esse etiam in conscientia nullum » <sup>(49)</sup>.

Toda una línea de comentaristas iba a adaptar la tesis de que no habiendo fraude ni engaño, ha de seguirse el Derecho natural para que lo actuado obligue, pese a lo dispuesto en otro tipo de preceptos. Concordes en ello estarán Antonio de Butrio, Nicolás de Tudeschis, Silvestre, Adriano, Juan de Imola y Enrique de Segusio.

La postura de Soto ocupa un lugar conciliador e intermedio entre ambas tesis, que él presenta como « mediam sententiam utriusque, temperatam pro captu meo amplector ». Pero antes de entrar en ella conviene sintetizar al menos, otro intento importante de conciliación, el que protagonizará la *Glosa* de Bernardo de Parma al « Corpus Juris Canonici ».

Se apoya la *Glosa* en el pasaje inmediatamente siguiente a la decretal alejandrina (3, 26, 11), el capítulo « Relatum » que ordena aplicar a las mandas otorgadas a la Iglesia, la norma de los dos o tres testigos establecida en el capítulo « Cum esses ». Para el glosador ello da pie a reducir el alcance de éste a las cosas dejadas a la Iglesia o a las causas pías <sup>(50)</sup>. Con exactitud señala Bussi, que « l'errore tuttavia è chiaro; il c. *Relatum*, lungi dal potersi considerare come interpretazione del c. *Cum esses*, non è altro che la applicazione ad un caso speciale del principio *generale* contenuto in quest'ultimo » <sup>(51)</sup>.

<sup>(48)</sup> *Apparatus in quinque libros Decretalium*, Veneticis, 1570.

<sup>(49)</sup> Soto, I. I., p. 318.

<sup>(50)</sup> *Glosa* a la voz *improbamus* en el cap. *Relatum*.

<sup>(51)</sup> *Op. cit.*, p. 162.

La argumentación de la *glosa* no parece satisfacer tampoco a Soto para quien:

« Vel forte melius quod cum episcopatus Hostiensis esset in territorio ecclesiae, potuit Papa praecipere ut non servarentur leges civiles » <sup>(52)</sup>.

Tal proximidad y dependencia explicarían que el Papa se dejase guiar por los criterios que establece en la Decretal, cuando cree, dadas las circunstancias de sitio y personas, que:

« licet ius naturae sit ut duo vel tres testes sufficiant, nam ubi homines naturali synceritate viverent ille sufficeret numerus, tamen nullatenus negari potest quin ubi humanae fraudulentiae rempublicam inserperent neque tuta esset fides, sanctissimum sit numerum testium lege augere. Nam ius naturae non est prohibitivum, scilicet ne plures exigantur testes, sed synceritatis humanae expressivum, nempe quod vel tres sufficiant qui ideo numerus, licet plurium in causis tam civilibus quam ecclesiasticis sufficiat, tamen merito in aliquibus requiruntur plures » <sup>(53)</sup>.

Soto, de un modo mucho más coherente que la Glosa, pone de relieve el principal fallo de la disposición alejandrina. La falta de seguridad jurídica. Puede alegarse en su favor otro rasgo, como lo hace Bussi; introducir una forma de testamento más fácil, ágil y cómoda que la pesada formalidad de origen romano. Pero esa aceleración llevaba consigo, inexcusablemente el ataque a la seguridad, pues al no poder el fallecido hablar por sí mismo, son necesarios más testigos que lo afirmen, sobre todo cuando los testamentos, o no están firmado, o están cerrados.

« non est cur leges repellat ad confirmandam defuncti voluntatem qui, si calletur pro se loqui non potest, ampliorum quoque numerum requirit praecipue ubi testamenta aut non sunt subscripta, aut sunt occlusa » <sup>(54)</sup>.

---

<sup>(52)</sup> Soto, I. I., p. 322.

<sup>(53)</sup> Ib., p. 321.

<sup>(54)</sup> Ib., p. 321.

La crítica de Soto al famoso capítulo « Cum esses », que nos parece la más honda y justa de las que pueden hacerse y sobre todo muy superior a la de la *Glosa*, se cierra con tres observaciones correctas. Primero, que una interpretación no restrictiva del mismo chocaría con otros preceptos de la Iglesia que en materia de delitos de ciertos magnates aumentó el número de testigos para salvaguardar la dignidad de las personas, y la reduce cuando la afectada ahora, el testador ya no puede intervenir. Segundo, la discusión sobre si el Pontífice tiene facultades para derogar las leyes de los Estados, tema que aquí no nos incumbe <sup>(55)</sup>. Tercero, que la situación conflictiva sólo afecta a una clase de testamentos, pues en los abiertos la legislación civil admitía ya tres testigos, con o sin el notario, según las circunstancias tal, como arriba se dijo respecto de la normatividad castellana.

En nuestra creencia la postura de Soto es mucho más y mejor merecedora del calificativo de « iusnaturalista », que la Decretal de Alejandro III. Por ello, tampoco le satisface la tradición romanística, aun cuando haya vivido un clima favorable a ella en la Universidad de Salamanca.

La postura de Soto, que según vimos, él mismo califica de intermedia, está ciertamente muy bien elaborada desde el punto de vista jurídico. Hay que tener presente para su correcto entendimiento que de las dos líneas ideológicas que hemos visto manifestarse, no se puede adscribir la reforma alejandrina a una línea de Derecho natural, ni se puede pensar que las leyes a que contradice sean adversarias de ella:

« Neque alia regula eiusdem illic Panormitani quipiam contra nos in praesentiarum agit; nempe quod quando ius civile aliquid disponit contra ius naturae, standum est iuri naturae. Haec enim legis dispositio non est contra ius naturae, sed eius moderatio et restrictio pro bono pacis » <sup>(56)</sup>.

Teniendo por segura esta íntima convicción, Soto afirma que aquel contrato (aquí testamento) que no observa la forma esen-

---

<sup>(55)</sup> Cfr. p. ej. BELLINI P., *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milan, 1964, pp. 312 y ss.

<sup>(56)</sup> SOTO, I. I., p. 321.

cial del Derecho, aun cuando no sea nulo *ipso facto* lo es hasta tal punto que en buena conciencia se puede hacer uso de la ley para invalidarlo. Sin embargo, esto supone que quien llega a poseer una cosa por medio de un testamento con vicios personales, no está obligado a restituirla mientras no sea llamado a juicio y condenado en él, con tal de que no haya habido, fraude, violencia o engaño.

« Contractus cui deest essentialis solemnitas iuris, licet in conscientia non sit ipso facto simpliciter nullus, ... eatenus tamen est nullus, ut bona conscientia possit quisque legis beneficio in tali casu uti.

.....  
 « Crediderim ergo quod possidet rem aliquam per contractum minus solemnem sibi acquisitam, dum modo fraus omnis, vis, et dolus abfuerit, non tenentur restituere nisi vocatus in iudicium et condemnatus » (57).

No es ésta para Soto, sino una « multo probabilior opinio » y su preferencia (él marca cuidadosamente que no es una convicción) se debe a varias razones que enumera y desarrolla con minuciosidad, pero que se pueden reducir a seis puntos básicos. Son los siguientes (58):

- 1º) « Cum ergo lex eandem vim habeat quam verbis personae fit sine ullo interpretamento sit illi obediendum ». Se refiere, claro está, a las leyes romanas citadas.
- 2º) « Lex ut solemnissimum habet Doctorum axioma, accidentarios casus non respicit, sed ea quae plurimum contingunt. Iura enim constitui debent in his quae accidunt, et usu venire possunt non tamen in his quae praeter opinionem et insperato contingunt. Igitur licet ratio istarum fuit ut fraudibus dolisque obviaretur, nihilo minus etsi in aliquo casu finis ille deficiat, lex suum retinet vigorem ».

Soto apoya este principio en un fragmento de Pomponio conservado en Digesto; I, 3, 3.

(57) Ib., pp. 318 y 320, respectivamente.

(58) Ib., pp. 319-320.

3º) « Qui testamentum reliquit illegitimum, perinde decedit ac si absque ullo prorsus moreretur, quamdoquidem iure illud nullum est, ergo sic prorsus de tali defuncto censendum est ac si intestatus decessisset.

.....  
 « Nempe quia lex iuste ad evitandas fraudes voluit ne defuncti voluntas ulla esset nisi per testamentum constaret ».

4º) « Licet legitimus haeres ab intestato fateretur in iudicio alium fuisse institutum haerem aut talia defunctum fecisse legata, sine testibus tamen, talis haeres ab intestato non compelleretur haereditatem alteri concedere neque legata implere, ergo idem debet index pronuntiare quando testamentum est illegitimum, quandoquidem iure est nullum ».

5º) « Ex contraria huic nostrae opinioni consequitur usu venire posse, ut quispiam absque ulla sua culpa nullaque alia illata vi, sed ob solum tenorem legis evitare aliter poecatum mortale non posset, quam gravissimam faciendo suorum bonorum iacturam ». Por ejemplo el tutor del menor despojado en testamento ilegal en favor de tercero, si no reclamara, alegando los vicios de forma, en pro de su pupilo.

6º) « Nisi eiusmodi leges in conscientia obligarent, non satis esset illi fini provisum ob quem institutae sunt ».

Se refiere, como en el punto primero, a las leyes civiles.

### 5. *El heredero.*

Respecto del heredero, la figura jurídica mejor elaborada es sin disputa la vertiente hereditaria de la obligación de restituir. Minuciosamente estudiado por NUFER <sup>(59)</sup> el tema, nos contentaremos aquí con algunas indicaciones centradas sobre el pensamiento de Domingo de Soto <sup>(60)</sup>, algo oscurecido por la atención prestada a Molina en los estudios más modernos.

---

<sup>(59)</sup> Cfr. sup. nota (2).

<sup>(60)</sup> Soto, I. I., pp. 529-530.

Soto monta aquí su esquema bajo una doble conceptualización: las diversas clases de bienes del usurero y la doble forma de la obligación, real (la que mediante una cosa liga a la persona) o personal (la que de la persona desciende a las cosas).

Los bienes que no se consumen por el uso y hayan sido adquiridos como precio por la usura, están vinculados al deber de restitución por el Derecho natural, y ello con obligación de tipo real, de modo que:

« Nempte sive vendantur, sive donentur, sive iure haereditario possideantur, obligatur possidens easdem res ratione rei acceptae restituere vero domino ... ».

Aun cuando tales bienes hayan desaparecido, hay obligación de restitución por parte de los herederos del usurero, si ellos reciben realmente herencia, pues el patrimonio que integra el caudal relicto procede de la conjunción de varias masas patrimoniales o de una sola de ellas. Ya hemos visto lo que ocurre, cuando solos o acompañados existen bienes adquiridos como precio por la usura. Además de ese supuesto, pueden formar parte de los bienes de aquel « de cuius » (o aparecer exclusivamente) cosas compradas con el dinero de la usura o adquiridas legítimamente por cualquiera otra vía.

Pues bien, además de la obligación real que tiene el usurero (y sus herederos, en proporción a lo heredado) de reintegrar las mismas cosas que fueron objeto de la usura, tiene la obligación personal de restituir con cargo a los otros dos tipos de bienes que pueden formar parte de su fortuna, si hubieren desaparecido las masas patrimoniales afectadas con obligación real. Por esto Soto establece que:

« Non solum inquam dum haereditate res eadem permanent, quae veluti pretium usurarum acquisitae fuerant, tenentur eandem propter obligationem realem, quae cum ipsis migrat, dominis referre, verum et si nihil illarum super sit, sed tamen defunctus aliquid unde debita solvantur in aliis legitimis bonis reliquerit tenentur restituere quicquid ille debebat, propter personalem obligationem eo quod eius loco subrogantur ».



Esta obligación puede atenuarse por una aceptación de la herencia a beneficio de inventario. Como regla práctica para la distribución equitativa en caso de varios coherederos; Soto sugiere que los bienes afectados con obligación real han de reintegrarse por el heredero a quien hayan correspondido, debiendo luego los demás resarcirle en proporción a su cuota hereditaria. Para las cosas que se devuelvan en virtud de la obligación personal, hay que repartir la carga en proporción a la herencia recibida « *quia personalis obligatio non transit in haeredes nisi ratione haereditatis* ».

## APENDICES

### *Inéditos de Gabriel Vázquez sobre sucesiones.*

VAZQUEZ Gabriel (1551-1601). Jesuíta; publicó sus « Opera omnia » Antwerpen, 1621; en ellas se incluyen los « Opuscula moralia » (obra póstuma dedicada en 1616 a Fernando de Acevedo obispo de Burgos) en los que hay un breve tratado, « de testamentis ». THIEME, ha comentado, en la obra cit. sup. nota (2) los aspectos relativos a la sucesión de primos, (p. 615-616). No es allí Vázquez hombre de mucha originalidad, sino un epigono de Accursio.

En el Archivo Histórico Nacional de Madrid, 1197 F. fols. 52-53, se conserva un dictamen suyo sobre el tema « Utrum meliorationes factae ex rebus maioratus cedant successori maioratus vel etiam uxori et filiis meliorantis » y sobre « Utrum mater excludatur a substitutione pupillari ». En ellos VAZQUEZ se muestra habil jurista al servicio de los objetivos de la política regia, y nada más.

He aquí el texto de ambos:

Utrum meliorationes factae ex rebus maioratus cedant successori maioratus, vel etiam uxori et filiis meliorantis.

Utrum meliorationes factae in rebus maioratus cedant successori maioratus, vel etiam uxori; et filiis meliorantis refundi, et dividi debeat aestimatio, Lex 46 Tauri videtur velle, quod cedant successori maioratus, et non sint dividenda aliis filiis, et uxori, quam legem quidam existimant, locum sapere in omnibus melioramentis cuiuscumque rei maioratus. Molina de primogeniis Libro 1 cap. 26 numero 19 et Ioannes Garcia Gallego de expensis et meliorationibus capite 13 numero 49; contrariam sententiam merito sequuntur Alvarus Velascus in questionibus questione 29 numero 29, Mieres de Pelaze Tractatu maioratum 1 part quaestione 20 et 4 part questione 33 per totam, Mathienco libro 9 recopilationis novae, titulo 1 lege 6 Glossa 1 numero 1 et 2 et Glossa 3 num 9 et refert Gregorius Lopez lege 41 titulo 29, Glossa magna ad finem Partita 3. Qui omnes intelligunt Legem illam 46 Tauri in casibus in ea expressis precise scilicet, in melioramentis factis in arce, in moeniis oppidis et in domo praecipua maioratus. Melioramenta vero facta in aliis rebus quibuscumque maioratus cedere uxori; et filiis ita tamen

ut ex fructibus solvatur maioratus, et illa bona hac ratione censentur bona lucrata constante matrimonio.

Notandum in super, quod si meliorationes factae essent ex dote uxoris, etiam si ipsae deducendae sunt ex bonis maioratus, scilicet ex fructibus illorum quod do ut Ioannes Garcia tantum, quando uxore non sciente, ex dote fierent meliorationes, et in hoc casu dubium esse non potest quoniam Lex illa non prohibuit debita solvi ex redditibus maioratus: hoc enim esset contra Legem naturalem, nec poterat lex regia hoc prohibere, solum in bonis lucratis constante matrimonio; in illis tribus casibus legis disponit Lex, ne sint communia bona melioramenta facta in rebus maioratus; quod vero alienum inde non solvatur, non potuit Lex disponere, et ita si dos fuisset ibi consumpta in totum, vel in partem, sicut alienum restitui deberet ex redditibus maioratus; et ad haec circa bona lucrativa, constante matrimonio, diximus et merito, quod meliorationes factae in rebus maioratus, praeterquam in illis tribus casibus habendae sunt ut bona lucrativa, et ita dividendae inter uxores et filios alios, et ratio huius est, quia Lex illa, cum odiosa non sit, extendi debet ad alios casus: ea enim, quae dependent ex legis dispositione libera, si expressa non sint, non habentur ut disposita in lege, praecipue in hac materia testamentorum et successionum extendendae non sunt leges ultra expressos casus, nec dum quod de casibus ibi expressis large alia ratio est, quam de aliis bonis, quia illa ibi expresse sunt propter bonum publicum maioris momenti quam alia bona maioratus.

De substitutione pupillari an mater excludatur.

Covarrubias in capite Cum esses, de testamentis, numero II et in capite Raynutius c. 5 numero 6 dize, quod etiam in foro conscientiae excluditur mater per hanc substitutionem si sit expressa et ita docet Montalvus in lege 3 titulo 9 Partita 6 conclusionem 16 et innumeri iuristae, quod etiam habetur expresse in lege precibus, Cod de impuberum, et aliis substitutionibus et in capite Si pater de testamentis in sexto nihilominus oppositum multi, quos refert Covarrubias, docent, et in nostro regno non invenio, in toto titulo 9 partita 6 ubi de hac re, legem aliquam, quae hoc definiat, y si no ay alguna ley no obligaria en consciencia, porque la Ley del Derecho Imperial no obliga en Hespaña, y el derecho canonico tan poco en esta materia, que es puramente legal, como ni tampoco obliga a cerca de la disposicion de la solemnidad de los testamentos, porque si obligare en alguna destas materias nuestros Reyes legisladores no pudieran revocar su determinacion en estos casos, solamente obliga en los casos que tocan a testamentos in causa pia porque esta es materia del Pontifice propria, y asi

el Rey de Hespaña ni otro legislador secular no puede innovar nada en esta parte. Pero ay ley expresa en nuestro Reyno en la Partida 6 titulo 9 ley 12, donde se excluye la madre, y sucede el substituto en consciencia si el niño estuviere in aetate pupillari.

También pertenece a Gabriel Vázquez, el siguiente dictamen, conservado en el mismo Archivo y manuscrito.

Trátase en este caso de la comutación de algunas obras pías en otras. El Cardenal Don Gaspar de Quiroga teniendo facultad de testar de todos sus bienes y queriendo dexar por heredera su alma y distribuir los fondos en obras pías, dexo poder a sus testamentarios para que los distribuyesen en obras pías, no señalando ni tampoco excluyendo en su testamento alguna obra pia en particular, dexando todo a voluntad de los dichos sus testamentarios. Pero antes que el muriese, en salud y en enfermedad, varias veces algunas graves personas de parte de su Magestad le propusieron que dexase algo a su Magestad y el expresamente dixo que no lo haria y que no le tratassen mas dello, que antes le parecía aver excedido en lo que le avia dado y desta manera sin declarar otra cosa murio.

Despues sucedió que, por mandado de su Magestad se propuso al Papa, que esta hacienda se dividiese en tres partes. La primera para lo de Ungria, la segunda para su Magestad, la tercera para las obras pías que los testamentarios sennalaren y en ésta misma conformidad dio su santidad un breve confirmando esta dicha división y mandando so graves penas a los testamentarios que no contraviniesen a ella.

Para resolución deste caso se suppone que el Papa puede commutar las ultimas voluntades hechas para obras pias asi como las mismas obras pias despues de hechas y fundadas aviendo para ello causa iuxta, la cual doctrina es recibida de todos comunmente, y se colige claramente de la Clementina quia contingit de religiosis domibus, ibi: salva Sedis Apostolicae auctoritate. La qual Clementina renueva el concilio Tridentino sessione 7 capite ultimo de reformatione y en la session 25 capitulo 8 de reformatione. Tambien se colige del mismo concilio Tridentino sessione 22 capite 6 de reformatione y asi lo enseñan Sylvester legatum 4 quaestione 11; Navarrus de reddit. ecclesiae 50 numero 9 et in consiliis libro 3 de rebus ecclesiae non alienandis consilio 2 numero 6; Covarrubias in capite tria nos de testamentis Oldrad. consilio 60 et aliis, y si esto puede hacer el Papa, despues de señalado el legado pio en cierta obra mucho mas lo podra hacer antes que se aya señalado, y no sera menester tanta causa como para conmutar

la obra ya fundada, de donde se sigue podra dar direccion a los Albaceas, para que señalen otra obra de la que ellos querian, aviendo para esto tambien justa causa.

Lo segundo suppongo, que la voluntad menos solemne del Testador no obliga en consciencia, sino la que fuere solemne conforme a derecho y en esto mejor la opinion de los juristas, que de los teólogos, porque las leyes que miran los testamentos menos solemnes, parece que los irritan en consciencia.

De lo cual se sigue que los testamentarios del Cardenal Don Gaspar de Quiroga pueden obedecer al dicho motu proprio y hacer la dicha division conforme a él, lo primero y principal porque su Sanctidad tiene potestad de conmutar esta voluntad en la dicha forma, por aver juzgado ser obra pia socorrer a la causa comun de la Yglesia, para lo qual se conceden Cruzada y otras indulgencias, por juzgarse por tan pia y universal esta obra y aunque a los testamentarios les parezca no ser tan pia, como la que ellos querian fundar, con todo eso se ha de presumir por el Papa, que aviendolo mirado y conferido, ha preferido por mas pia y universal esta, que ha señalado. Pues quando no consta evidentemente que el superior se engaña se ha de presumir que acierta, y se le debe obedecer. Lo segundo porque la voluntad que el Cardenal Don Gaspar de Quiroga mostro en vida de no querer dexar nada al Rey, non fue solemne y asi no se ha de tener por ultima voluntad y la que fue solemne es la ultima voluntad, y esta es general que se dispensen los bienes en obras pias. De donde se sigue que si después juzgaran los testamentarios, que avia justa causa, para tener esta por obra pia, la cual excluyo Don Gaspar de Quiroga, podian señalar esta entre otras pues en ello se hacia servicio a Nuestro Señor, como en las demas obras, especialmente si juzgaron otra ser mas importante, por ser mas universal, y para evitar mayor daño, pues la voluntad solemne no contradecia e esta obra pia, y el aver el Cardenal Don Gaspar de Quiroga excluido esta obra fue, por ejemplo de pensar, que no era pia; y para tener los testamentarios esta obra por pia, en la qual ayan de distribuir esta hazienda, es muy bastante razon, averla juzgado su Sanctidad con su consejo por tal, sin tener obligacion a examinar mas esta causa.

Añado, que si el Papa en su breve no señalase esta obra, que tenemos dicha, sino dixese, arbitrio nostro dividentes, reservandose asi en general la division para otras obras pias que tuviese en su pecho, los dichos testamentarios debian obedecer pues devian presumir, tener para ello causa bastante y tener otras obras pias de mas importancia, de las cuales aunque no conste a los testamentarios no ymporta, pues el Papa no esta

obligado a dezir todas las causas universales, a las quales puede acudir con esto, que se reserva, y suppuesto, que el negocio esta tan adelante que los testamentarios non seran parte para estorbar la execucion del Breve sin grandes inconvenientes, tienen menos obligacion a examinar esta causa, y es muy mejor, consentir llanamente al dicho breve, que dar ocasion, a que se sigan los dichos inconvenientes.



*Comunicazioni*





GERHARD OTTE

DER PROBABILISMUS: EINE THEORIE  
AUF DER GRENZE  
ZWISCHEN THEOLOGIE UND JURISPRUDENZ

EINLEITUNG

Lange genug haben Juristen die Spätscholastik für nichts anderes angesehen als ein Kapitel Theologiegeschichte, haben sie die Impulse nicht wahrgenommen, die der Gang der Rechtsphilosophie, aber auch der juristischen Dogmatik und der Gesetzgebung aus der Theologie insbesondere der spanischen Dominikaner und Jesuiten von Vitoria bis Suárez empfangen. Doch diese Einstellung ist überwunden, nicht erst seit heute - und gründlich genug. Daher ist kein Rückfall zu befürchten, wenn ich als Jurist daran erinnere, daß die Spätscholastik wirklich zunächst einmal ein Kapitel Theologiegeschichte ist, ein Kapitel, das vielleicht der Theologe heute nur selten noch lesen mag, das aber der Rechtshistoriker nicht einfach überschlagen darf, wenn er das andere Kapitel, das Rechtsdenken der Spätscholastik, ganz verstehen will.

Auch wenn wir noch nichts gehört hätten von der Naturrechts- und Völkerrechtslehre der spanischen Theologen des 16. und 17. Jahrhunderts, geschweige denn von ihren Stellungnahmen zu spezielleren Fragen des Privatrechts, so wäre die Spätscholastik uns Nicht-theologen doch kaum ganz unbekannt geblieben. Denn unter dem einen oder anderen theologischen Aspekt hat die Schule oder hat eines ihrer Häupter immer schon allgemeinere Beachtung gefunden. Ich nenne die Etablierung des Thomismus an den theologischen Fakultäten, in die Wege geleitet durch Francisco de Vitorias überragenden Lehrerfolg, oder den Einfluß seiner Schüler

und dadurch die Stärkung des Thomismus auf dem Konzil von Trient, oder den « Gnadestreit » zwischen den Jesuiten seit Molina und den Dominikanern seit Báñez, jene innerkatholische Suche nach einer Position in der Prädestinationsfrage, oder aber die Formulierung des probabilistischen Prinzips durch Bartholomäus de Medina. Auf die Frage, welcher dieser Aspekte spätscholastischer Theologie den Rechtshistoriker angehen könnte, ist zu antworten: auf jeden Fall der letzte, denn Probabilismus ist eine bestimmte Ansicht über die Verbindlichkeit von Normen.

## I.

Der Probabilismus gibt eine Antwort auf die Frage nach der Grenze zwischen Bindung und Freiheit. Er will diese Antwort freilich für den Bereich der Moral geben, nicht für den Bereich des Rechts. Doch ganz abgesehen davon, daß gerade bei den Spätscholastikern die Unterscheidung dieser Bereiche nicht immer gelingen mag, stellt sich hier die Frage nach Wechselwirkungen zwischen Theologie und Jurisprudenz.

Der Probabilismus im weiteren Sinne umfaßt eine Reihe von Spielarten, deren auf den ersten Blick fast verwirrende Unterscheidungen und Benennungen mir zunächst weniger wichtig sind als ihre Gemeinsamkeit. Diese läßt sich aus der Darstellung des Gegenpols erkennen: Bestehen Zweifel, ob eine bestimmte Handlung geboten oder freigestellt ist bzw. ob sie verboten oder erlaubt ist, dann gibt es jeweils eine Verhaltensweise, die eine Gesetzesverletzung mit Sicherheit vermeidet. Ist nämlich zweifelhaft, ob die Handlung geboten oder freigestellt ist, so ist sie jedenfalls erlaubt; ihre Ausführung kann also das Gesetz nicht verletzen. Ist hingegen zweifelhaft, ob die Handlung verboten oder erlaubt ist, so ist jedenfalls ihre Unterlassung erlaubt und kann daher das Gesetz nicht verletzen. Im Zweifel stets diejenige Verhaltensweise zu wählen, die die Gefahr einer Gesetzesverletzung vermeidet, also den sicheren Weg zu wählen, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob und welche Gründe für die entgegengesetzte Verhaltensweise sprechen, das verlangt der Tutorismus, der Gegenpol zum Probabilismus. Tutoristen waren die mittelalterlichen

Theologen <sup>(1)</sup>, soweit man diese Klassifizierung wagen darf für eine Epoche, welche die mögliche Alternative zum Tutorismus noch nicht klar erkannt hat.

Diese Alternative, der Probabilismus (im weiteren Sinne), hält es für erlaubt, auch auf die Gefahr einer Gesetzesverletzung hin eine Verhaltensweise zu wählen, die vertretbar (probabel) ist. Die Anforderungen, die an die Probabilität eines dem Gesetz möglicherweise widersprechenden Verhaltens zu richten sind, werden innerhalb des Probabilismus nicht einheitlich bestimmt, und daraus ergeben sich seine verschiedenen Spielarten. Der einfache Probabilismus (oder P. im engeren Sinne), den der Dominikaner Bartholomäus de Medina 1577 präzise formuliert hat <sup>(2)</sup>, gestattet es, in Zweifelsfällen jeder Ansicht zu folgen, die gute Gründe für sich hat, selbst wenn für die gegenteilige Ansicht stärkere Gründe sprechen. War dieses Prinzip einmal formuliert, so stellten sich Nuancierungen nach der strengeren oder der großzügigeren Seite gleichsam von selbst ein <sup>(3)</sup>. Strenger als der einfache Probabilismus ist der Probabiliorismus, der ein Verhalten, das die Gefahr der Gesetzesverletzung mit sich bringt, also weniger sicher ist, nur dann für erlaubt hält, wenn die Gründe für dieses Verhalten stärker sind als die Gründe für das gegenteilige, das sichere Verhalten. Eine vermittelnde Stellung nimmt der Äquiprobabilismus ein. Er billigt die Wahl des weniger sicheren Verhaltens auch dann, wenn es nicht besser, sondern nur ebenso gut begründet ist wie das sichere Verhalten. — Großzügiger als der einfache Probabilismus will der laxe Probabilismus oder Laxismus jedes Verhalten gestatten, für das überhaupt irgendein Grund spricht, und sei er auch nur ganz schwach. — Gründe, die eine Ansicht zu stützen vermögen, können innere und äußere sein. Äußere Gründe sind die Ansichten von Autoritäten. Für den Laxismus

---

<sup>(1)</sup> Eine Differenz gegenüber den unter III. zitierten tutoristischen Formulierungen des kanonischen Rechts und der Kanonisten ist jedenfalls nicht festzustellen.

<sup>(2)</sup> B. DE MEDINA, *Expositio in primam secundae* (Venedig 1580), q. 19, a. 6, p. 179.

<sup>(3)</sup> Vgl. die übersichtliche Darstellung bei A. M. LIGUORI, *Theologia moralis* (Paris 1835), l. I n. 40 und (zum Laxismus) n. 53, *Morale Systema*, p. 63.

bedeutet dies; daß alles *vertretbar* und somit erlaubt ist, was vertreten *wird*.

Man hat versucht, die Großen der Spätscholastik für eine dieser Spielarten des Probabilismus in Anspruch zu nehmen. Diese Versuche sind äußeres Zeichen eines erbitterten, um nicht zu sagen, mit wenig probablen Mitteln geführten, theologischen Kampfes um den Probabilismus und unter den Probabilisten. Bekannt geworden ist vor allem Pascals Polemik gegen die Jesuiten. Diese waren in der Regel Anhänger des einfachen Probabilismus; nicht wenige unter ihnen allerdings neigten in der Tat zum Laxismus; den übrigen wurde diese Neigung angedichtet. Umgekehrt pflegten die Jesuiten alle Gegner des einfachen Probabilismus als Rigoristen einzustufen, ja als Jansenisten zu verketzern. Die extremen Positionen, Rigorismus wie Laxismus, wurden päpstlicherseits verurteilt. Der Streit zwischen einfachem Probabilismus und Probabiliorismus blieb hingegen ungeschlichtet, wurde aber entschärft und verlor an Interesse, als in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts Alfons von Liguori den Äquiprobabilismus als Kompromißformel anbot und dieser sich in der Folgezeit in den theologischen Schulen durchsetzte.

Ob Theologen wie Molina oder Suárez wirklich einer bestimmten Spielart — in Betracht kämen der einfache Probabilismus und der Probabiliorismus — zugerechnet werden können, ist mehr als zweifelhaft (4). Eindeutige Parteinahmen wurden erst im 17. Jahrhundert üblich, als jede Seite die lehramtliche Verurteilung der Gegenseite anstrebte. Auf jeden Fall wird es wichtiger sein, die Spätscholastik insgesamt als Raum zu betrachten, in dem sich im weiteren Sinne probabilistische Gedanken entfalten konnten, als einzelne Äußerungen oder einzelne Autoren in das Schema möglicher Positionen exakt einzordnen.

## II.

Ich möchte zunächst zeigen, wie die moraltheologische Diskussion um den Probabilismus sozusagen punktuell übergreift in

---

(4) Bei Báñez und Gabriel Vásquez dürfte hingegen der einfache Probabilismus nachweisbar sein; zum Ganzen I. v. DÖLLINGER - F. H. REUSCH, *Ge-*

den Bereich der Jurisprudenz, nämlich bei der Auslegung einiger Stellen aus dem *Corpus iuris canonici*; die Darstellung dieser Interpretation gibt Gelegenheit zu einer ersten Bekanntschaft mit grundlegenden Lehren des Probabilismus (II und III). Dann will ich die probabilistische Normgeltungslehre skizzieren (IV) und schließlich auf methodische Fragen eingehen, die der Probabilismus aufwirft (V).

Nicht nur der Anwendung des Probabilismus auf Rechtsprobleme, sondern dem probabilistischen Moralsystem schlechthin scheinen einige Dekretalen entgegenzustehen, die sich tutoristischer Formulierungen bedienen, vor allem aber jener Beschluß des 4. Laterankonzils <sup>(5)</sup>, der unter Berufung auf Röm. 14, 23 entgegen dem Satz « *mala fides superveniens non nocet* » die Fortdauer des guten Glaubens zur Voraussetzung der Ersitzung erklärte. Die Stelle aus dem Römerbrief lautet: « *Omne autem quod non est ex fide, peccatum est* » — « Alles, was nicht aus Überzeugung geschieht, ist Sünde ». Ihr Kontext spricht vom Essen des Götzenopferfleisches. Nicht in einer Befleckung durch Partizipation am Götzenkult sieht Paulus die Gefahr, sondern allein in mangelnder Rücksicht auf die Schwachen. « *Omnia quidem sunt munda, sed malum est homini, qui per offendiculum manducat* » <sup>(6)</sup>. Das Essen an sich ist eine Sache der subjektiven Überzeugung: « ... *qui manducat, Domino manducat ... Et qui non manducat, Domino non manducat* », und: « *unusquisque in suo sensu abundet* » <sup>(7)</sup>. Aber wehe dem Schwankenden: « *Qui autem discernit, si manducaverit, damnatus est: quia non ex fide* » <sup>(8)</sup>. Dieser eigenartige Schluß eines sonst doch von eindrucksvoller ethischer Souveränität zeugenden Kapitels scheint den Tutorismus nahelegen: Im Zweifel über die Erlaubtheit einer Handlung ist es besser, sie zu unterlassen. Aber wollte Paulus hier wirklich das Skrupulantentum begünstigen? Es kann mir hier nicht darum gehen, Paulus zu interpre-

---

*schichte der Moralstreitigkeiten in der römisch-katholischen Kirche* (Nördlingen 1889), Bd. 1, S. 29 ff.

<sup>(5)</sup> X 2, 26, 20.

<sup>(6)</sup> Röm. 14, 20.

<sup>(7)</sup> Röm. 14, 6 u. 5.

<sup>(8)</sup> Röm. 14, 23; vgl. auch 1. Kor. 8.

tieren. Ich wollte nur zeigen, über welche Klippe der Schrift der Weg zum Probabilismus führt.

Was bedeutet nun das Zitat aus dem Römerbrief für die Ersitzung? Nach der strengsten Auffassung, vertreten von Adrian Dedel, dem späteren Papst Hadrian VI., sollte auch nach Ablauf der Ersitzungszeit ein bis dahin gutgläubiger Besitzer zur Herausgabe verpflichtet sein, sobald er erfahre, daß er eine fremde Sache in Besitz genommen habe <sup>(9)</sup>. Das heißt nichts anderes, als daß Ersitzungsvorschriften *in foro conscientiae* überhaupt keine Verbindlichkeit haben sollten. Von diesem Standpunkt aus war allerdings nicht einsichtig, warum das Laterankonzil die Ersitzung nur hatte einschränken, nicht aber gänzlich abschaffen wollen. Anzunehmen, das Konzil habe einen Restbestand an Ersitzungsmöglichkeit lediglich für das *forum externum* bestehen lassen wollen, verbot sich angesichts seiner offenkundigen Absicht, Recht und Moral in diesem Punkte zur Deckung zu bringen: « *Quum generaliter sit omni constitutioni atque consuetudini derogandum, quae absque mortali peccato non potest observari* » <sup>(10)</sup>. Gerade durch diese Absicht sollte doch der Eingriff der kirchlichen Gesetzgebung in das Zivilrecht legitimiert werden. (Daher konnte er den Spätscholastikern auch als Musterbeispiel dienen für das, was sie unter *potestas indirecta* der Kirche verstanden <sup>(11)</sup>). In der Konsequenz dieser Absicht lag es dann aber, die Theologen als berufene Interpreten des Konzilsbeschlusses, einer zwar formell kirchlichen, materiell aber zivilrechtlichen Norm, anzusehen. Einer Interpretation bedurfte die Stelle auch dann noch, wenn man entgegen Hadrian mit der herrschenden Meinung davon ausging, daß der Ersitzende nach Vollendung der Ersitzung die Sache nicht nur rechtlich unanfechtbar, sondern auch guten Gewissens behalten dürfe. Das befreite die Ersitzung in den Augen der Theologen und Kanonisten ja noch nicht von jeder moralischen Delikatesse, bedeutete sie doch für den bisherigen Eigentümer ungewollten und häufig auch unverschuldeten Eigentumsverlust <sup>(12)</sup>. Mit der

<sup>(9)</sup> *Quaestiones in quartum sententiarum* (Paris 1516), l. 4, de restitutione, fol. 64.

<sup>(10)</sup> X 2, 26, 20, a.E.

<sup>(11)</sup> SUAREZ, *De legibus ac deo legislatore* (Lyon 1619), l. 3 c. 6 n. 6 sq.

<sup>(12)</sup> Daher wurde in der Kanonistik diskutiert, ob das Institut der Ersitzung

Möglichkeit dieses Verlustes zu rechnen und ihn, der im Interesse des Ersitzenden liegt, nicht durch Rückgabe der Sache abzuwenden, das mochte wohl als moralisch anstößiges Verhalten des Ersitzenden empfunden werden. Die Rechtsfrage lautete demnach: Schließt schon der Zweifel den guten Glauben aus? Soto <sup>(13)</sup> bejaht sie unter Berufung auf den Römerbrief. *Bona fides* und *mala fides* sind für ihn nicht, wie z. B. für Covarruvias <sup>(14)</sup>, konträre Gegensätze, zwischen denen eine indifferente Zone des Zweifels liegt, die weder den zum Ersitzungsbeginn erforderlichen guten noch den zur Unterbrechung der Ersitzung führenden bösen Glauben impliziert, sondern kontradiktorische Gegensätze, und zwar derart, daß der Begriff des guten Glaubens positiv bestimmt wird als « Überzeugung vom eigenen Recht » und böser Glaube das zugehörige Komplement ist. Zweifel zerstört die Überzeugung und macht daher bösgläubig.

Anders und ausdrücklich im Gegensatz zu Soto entscheidet Molina <sup>(15)</sup>, und zwar ersichtlich vom Boden des Probabilismus (im weiteren Sinne) aus. Die Begründung, die Molina gibt, ist in zweierlei Hinsicht bemerkenswert: wegen der für den Probabilismus grundlegenden Überspielung der aus Röm. 14, 23 entstehenden Schwierigkeiten mit Hilfe der Distinktion von spekulativem und praktischem Zweifel und wegen der Verwendung der vom Probabilismus viel benutzten Regel <sup>(16)</sup> « *melior est conditio possidentis* ».

Die Unterscheidung von spekulativem und praktischem Zweifel scheint auf Cajetan zurückzugehen <sup>(17)</sup>. Spekulativer Zweifel soll die Wahrheit von Sätzen, praktischer Zweifel die Erlaubtheit von Handlungen betreffen. Als Beispiele für spekulative Zwei-

---

nicht im Widerspruch stehe zu der Regel, daß niemand sich zum Schaden eines anderen bereichern dürfe (D. 50, 17, 206 u. inVI. 5, 12, 48); vgl. JOHANNES MONACHUS PICARDUS, *Glossa Aurea super Sexto* (Paris 1535), n. I zu 5, 12, 48.

<sup>(13)</sup> SOTO, *De iustitia et iure* (Lyon 1559), I. 4 q. 5 a. 4.

<sup>(14)</sup> COVARRUVIAS, *Regula Possessor*, p. 2 § 7 n. 2 (in *Op. omn.*, Frankfurt 1608).

<sup>(15)</sup> MOLINA, *De iustitia et iure* (Mainz 1659), tr. 2 disp. 63.

<sup>(16)</sup> Vgl. D. 50, 17, 128 pr. und inVI. 5, 12, 65.

<sup>(17)</sup> Vgl. etwa seinen Kommentar zu II II q. 60 a. 4, n. 4 abgedruckt in der *Editio Leonina der Summa theologiae*, Rom 1888 ff.).



felsfragen werden genannt — ich zitiere hier aus Liguori <sup>(18)</sup> — die Fragen, ob ein bestimmter Krieg gerecht ist, ob die Malerei ein an Sonn- und Feiertagen unstatthaftes knechtliches Werk ist, ob die Taufe mit destilliertem Wasser wirksam ist; praktische Zweifelsfragen sollen hingegen sein die Fragen, ob ich in diesem Krieg, dessen Gerechtigkeit zweifelhaft ist, mitkämpfen darf, ob ich an diesem Festtag malen darf, ob ich dieses Kind mit destilliertem Wasser taufen darf. Nur den praktischen Zweifel, so wird angenommen, meint der Römerbrief. Mit praktischem Zweifel handeln heißt, mit schlechtem Gewissen handeln. Der spekulative Zweifel hingegen berührt die Moralität einer Handlung nicht — es sei denn indirekt, sofern man der immer bestehenden Prüfungspflicht nicht nachkommt.

Es sei der spekulative Zweifel erlaubt, ob Cajetans Unterscheidung haltbar ist. Auf den ersten Blick scheint sie gerechtfertigt zu sein, weil die spekulative Frage nach einem Aussagesatz als Antwort verlangt, die praktische aber nach einer Norm. Indessen kann ein praktischer Zweifel nicht nur durch eine Norm behoben werden, sondern auch durch den Aussagesatz, daß eine Norm bestimmten Inhalts gelte. Eine Handlung ist ja genau dann erlaubt (verboten, geboten, freigestellt), wenn es wahr ist, daß sie erlaubt (verboten, geboten, freigestellt) ist. Zweifel an der Geltung einer Norm sind also immer zugleich Zweifel an der Wahrheit des Satzes, der die Geltung der Norm behauptet. Ein psychologischer Unterschied, der allein Anknüpfungspunkt für eine unterschiedliche Bewertung sein könnte, besteht nicht; es gibt nur unterschiedliche Formulierungen. Jede praktische Frage läßt sich in eine spekulative umformulieren: Die praktischen Zweifel sind eine Teilmenge der spekulativen Zweifel. Daher ist es auch so einfach, ein im Sinne des Probabilismus gutes Gewissen zu haben. Man muß nur seine Zweifel als spekulative formulieren und dann — dies aber ganz fest und ohne Zweifel — eines der sog. reflexen oder *indirekten* Moralprinzipien akzeptieren, welche sagen, was im Falle spekulativen Zweifels über *direkte* ethische Prinzipien, also über Gebote und Verbote, erlaubt ist <sup>(19)</sup>. Re-

<sup>(18)</sup> LIGUORI (Anm. 3) l. I n. 21 u. n. 41.

<sup>(19)</sup> LIGUORI, l. I n. 24: « *Qui igitur est practice dubius circa aliquam actionem,*

flexe Moralprinzipien sind die verschiedenen Spielarten des Probabilismus.

So viel zur Kritik an der Unterscheidung von spekulativem und praktischem Zweifel. Daß diese in der Anwendung auf die Ersitzung zu einem haltbaren Ergebnis führt, liegt daran, daß eine Umformulierbarkeit im umgekehrten Sinne nicht immer möglich ist: Nicht jede spekulative Frage läßt sich als praktische Frage formulieren, denn die praktischen Zweifel sind ja nur eine Teilmenge der spekulativen. Der Zweifel, wer Eigentümer einer Sache ist, kann nur als spekulative Frage formuliert werden. Er macht also den Besitz einer Sache nicht per se unerlaubt. Ob er der Ersitzung entgegensteht, ist damit noch nicht gesagt, hängt vielmehr von der weiteren Frage ab, nach welchem reflexen Prinzip die rechtlichen Folgen des spekulativen Zweifels zu bestimmen sind. Den Probabilismus in einer seiner Spielarten, also ein moraltheologisches Prinzip, direkt als Rechtsprinzip anzugeben, wäre dem Juristen Molina wohl allzu kühn erschienen. Er sieht aber eine Regel, die im Rechtsbereich analoge Funktionen eines reflexen Moralprinzips erfüllen kann, nämlich « *in dubio melior est conditio possidentis* ». Wir sehen gewöhnlich als Anwendungsbereich dieser Regel die Fälle objektiven, will sagen, aus der Sicht des erkennenden Gerichts bestehenden Zweifels. Molina<sup>(20)</sup> wendet sie auch auf subjektive Zweifel des Ersitzenden an. Aus ihr gewinnt er dann auch die Differenzierung zwischen gutem Glauben beim Besitzerwerb und gutem Glauben nach Besitzerwerb. Wir hatten schon gesehen, daß Soto guten und bösen Glauben als kontradiktorische Gegensätze auffaßte. Davon will auch Molina nicht abrücken, nur muß seiner Meinung nach der gute Glaube *beim* Besitzerwerb anders bestimmt werden als *nach* dem Besitzerwerb. Die Regel « *in dubio melior est conditio possidentis* » soll sich *nach* Besitzerwerb zugunsten des neuen Besitzers dahin auswirken, daß Zweifel seinen guten Glauben nicht zerstören, *beim* Besitzerwerb aber zugunsten des bisherigen

---

*debet utique prius dubium deponere per principium certum, vel reflexum de honestate actionis illius ... et deinde potest operari* ». Vgl. auch n. 40: « *Conscientia probabilis est, qua quis innixus aliqua opinione probabili, format sibi practicum dictamen rationis ex certis principiis reflexis, sive concomitantibus ad licite operandum* ».

(20) MOLINA, tr. 2 disp. 63 n. 8-10.

Besitzers sprechen, d.h. den an seiner Berechtigung zweifelnden Erwerber des Besitzes bösgläubig machen. Es sei angemerkt, daß schon Soto <sup>(21)</sup> die Regel heranzog, aber nicht zugunsten des Besitzers im rechtstechnischen Sinne, sondern zugunsten des Rechtsinhabers, des jeweiligen Eigentümers. Er stützte auf diese Weise seine Ansicht, daß Zweifel des Ersitzenden, gleich, ob bei oder nach Ersitzerwerb, dessen guten Glauben ausschließen. Er benützte die Regel also gerade dazu, nicht differenzieren zu müssen zwischen gutem Glauben bei und nach dem Erwerb des Besitzes. Nun, Soto war kein Jurist. Aber auch die Anwendung der Regel durch den juristisch gebildeten Molina sprengt den Rahmen juristischer Konvention und ist dem Verdacht der Beliebigkeit ausgesetzt. Jedoch sollte eines nicht übersehen werden: Molina gibt die Antwort auf die Frage, was guter Glaube bei der Ersitzung ist, zwar inhaltlich nicht neu — sie entspricht ganz der herrschenden Meinung —, aber er gibt sie nicht mehr nur thesenhaft, sondern als Resultat eines Systems, des Probabilismus.

### III.

Während Röm. 14, 23 den Probabilisten zu grundsätzlicher Auseinandersetzung zwingt, fällt es bei der Interpretation einiger Dekretalen, die tutoristische Formulierungen enthalten, relativ leicht, Einwände gegen den Probabilismus zu zerstreuen. Ich fasse — gestützt auf Ausführungen Liguoris <sup>(22)</sup> — kurz zusammen, wie die Moraltheologen sich die Abschirmung ihrer Theorie gegen kanonistische Bedenken <sup>(23)</sup> vorstellen:

C. *Illud Dominus, De clerico excommunicato* <sup>(24)</sup> untersagt einem Bischof, der von seiner Exkommunizierung nur gerüchte-

<sup>(21)</sup> S. Anm. 13.

<sup>(22)</sup> LIGUORI, l. 1 n. 53, *Morale Systema*, p. 59-61.

<sup>(23)</sup> Vgl. die apodiktischen Formulierungen des HOSTIENSIS, *Lectura in decretales Gregorii IX.* (Venedig 1581), n. 3 zu X 5, 12, 12: « *Tene ergo certum et tutius, et dimitte incertum* »; n. 5 zu X 5, 27, 5: « ... *notabile, sc. quod in dubiis via est tutior eligenda* ». Ebenso ANTONIUS DE BUTRIO, *Commentaria in Quinque Libris Decretalium* (Venedig 1578), n. 4 zu X 4, 1, 3.

<sup>(24)</sup> X 5, 27, 5.

weise, aber noch nicht offiziell Kenntnis erlangt hat, die Zelebration, « *quia in dubiis via est tutior eligenda* ». Gleiches ordnet c. Ad audientiam, De homicidio <sup>(25)</sup> bezüglich eines Klerikers an, der seinen Diener gezüchtigt und dadurch möglicherweise dessen Tod verursacht hatte, « *quum in dubiis semitam debeamus eligere tutiorem* ». In beiden Fällen ist — so Liguori — die Entscheidung damit zu erklären, daß die ungeklärte Sachlage für den Kleriker die unzweifelhafte Pflicht auslöst, alles zu unterlassen, was Ärger hervorrufen könnte <sup>(26)</sup>. Die Verwaltung der Sakramente stellt sich also als ein Spezialfall dar, in welchem unbedingte Pflichten die Frage nach der Berechtigung des Probabilismus gar nicht erst aufkommen lassen.

Ähnlich fällt die Erklärung von c. *Juvenis, De sponsalibus* <sup>(27)</sup> aus: Ein Mann hatte mit einem noch nicht sieben Jahre alten Mädchen eine Ehe geschlossen, deren Vollzug zweifelhaft war, und später die Cousine des Mädchens geheiratet; er sei, so lautet die Entscheidung, von dieser zu trennen, « *quia in his, quae dubia sunt, quod certius existimamus tenere debemus* ». Hier sei die Sachlage nicht etwa für den Mann zweifelhaft gewesen, da er ja gewußt habe, ob die erste Ehe vollzogen war, sondern für den erkennenden Richter, und dieser habe wegen einer speziellen Beweisregel (*favor matrimonii*) zugunsten der ersten Ehe entscheiden müssen.

*Clem. Exivi* <sup>(28)</sup> schließlich, wo es in der weitläufigen Antwort auf die Frage nach der Auslegung der Franziskanerregel heißt, « *in his, quae animae salutem respiciunt, ad vitandos graves remorsus conscientiae pars securior est tenenda* », betreffe überhaupt keine Zweifelsfrage, weil die Rechtslage schon durch Nikolaus' III. Dekretale *Exiit, qui seminat* <sup>(29)</sup> eindeutig geklärt gewesen sei und Clemens V. lediglich den Inhalt dieser früheren Entscheidung in Erinnerung rufe.

---

<sup>(25)</sup> X 5, 12, 12.

<sup>(26)</sup> Dasselbe soll für X 5, 12, 24 gelten, LIGUORI, aaO.

<sup>(27)</sup> X 4, 1, 3.

<sup>(28)</sup> Clem. 5, 11, 1.

<sup>(29)</sup> InVI. 5, 12, 3.

## IV.

Ist es nur kleine Münze, die der Probabilismus wechselt? Beispiele wie die von der Sonntagsmalerei, von der Taufe mit destilliertem Wasser, aber auch von der Ersitzung könnten dies nahelegen. Auf der anderen Seite steht das Beispiel vom Kriegsdienst. Wenn ganze Heere von Probabilisten dem Aufgebot nicht folgen, weil sie von der Moralität des Kriegszieles nicht überzeugt sind...? Nicht auf den ersten Blick auszuschließen also, daß hier ein System von erheblicher gesellschaftlicher Relevanz vorliegen könnte; und für diese Annahme ließen sich mehr Beispiele ausdenken als dieses eine. Aber hat es solche Relevanz wirklich gehabt, oder konnte es sie aus inneren Gründen gar nicht erreichen? Ein Urteil hierüber setzt genauere Bekanntschaft mit den Axiomen des Probabilismus und den daraus abzuleitenden Theoremen voraus. Die beste Darstellung des Systems enthält das erste Buch der Moralthologie des Alphons von Liguori. Auf ihr fußt heute noch die gesamte Sekundärliteratur, sei sie dem Probabilismus wohlgesonnen oder nicht. Auf sie stützen sich auch die folgenden Ausführungen im wesentlichen. Liguori<sup>(30)</sup> hat die probabilistische Tradition zweier Jahrhunderte zusammengefaßt. Seine Darstellung, ursprünglich nur eine Fortsetzung der in über 200 Auflagen gedruckten *Medulla theologiae moralis* des reichlich laxen Probabilisten Hermann Busenbaum<sup>(31)</sup>, eines deutschen Jesuiten aus dem 17. Jahrhundert, aber dann von Auflage zu Auflage strengerer Grundsätzen zuneigend bis hin zum Äquiprobabilismus — diese seine Darstellung kann nicht dazu führen, sich an extremen Laxismen festzubeißen und so ein möglicherweise interessantes, sicher aber nicht repräsentatives Bild zu entwerfen. Darüber hinaus aber verdient Liguori gerade unsere Aufmerksamkeit, weil er, wie vor ihm Molina und Suárez, zunächst selbst Jurist war — er hatte in Neapel Jura studiert, bereits mit 17 Jahren promoviert und sich zehn Jahre als Advokat betätigt, ehe ein Mißerfolg in einem wichtigen Prozeß ihm zur Überzeugung verhalf, daß dieser Beruf eine moralische Gratwanderung bedeute. Wer

(30) Über Person und Werk Liguoris s. DÖLLINGER-REUSCH (Anm. 4), S. 356 ff.

(31) Über Busenbaum s. DÖLLINGER-REUSCH, S. 35 u. Öfter.

eine erneute Anreicherung der Moralthologie mit juristischen Vorstellungen erwartet, wird bei Liguori nicht enttäuscht.

Der Probabilismus wurde vor Liguori gewöhnlich auf das Axiom gestützt: « *Qui probabiliter agit, prudenter agit* ». Aus Zweifeln kann nur die Klugheit hinausführen; wer aus probablen Gründen handelt, handelt klug und folglich erlaubt. Hiergegen wendet Liguori ein <sup>(32)</sup>, die Probabilität einer Handlung könne, wenn das gegenteilige Verhalten ebenfalls probabel sei, als solche die Handlung noch nicht erlaubt machen, denn sie verschaffe noch keine moralische Gewißheit von der Erlaubtheit, ohne die man, gemäß Röm. 14, 23, nicht handeln dürfe. Es gelte daher: Wenn die gegen die Verpflichtung sprechenden Gründe zwar probabel sind, aber weniger probabel als die für das Bestehen der Verpflichtung sprechenden, sei man verpflichtet. Wenn jedoch die gegen die Verpflichtung sprechenden Gründe stärker oder wenigstens gleich stark sind, dann entfalle die Verpflichtung, aber nicht wegen der Probabilität der Gegengründe an sich, sondern weil die Existenz des verpflichtenden Gesetzes zweifelhaft sei, dieses nämlich nicht als hinreichend verkündet angesehen werden und daher nicht verpflichten könne <sup>(33)</sup>. Kurzum: « *Lex dubia non obligat* » <sup>(34)</sup>. Daß die Verkündung erforderlich ist, folgt, wie schon Thomas <sup>(35)</sup> sagt, aus dem Wesen des Gesetzes als Richtschnur des Handelns. Es ist kanonistischer wie theologischer Gemeinplatz <sup>(36)</sup>. Das Gesetz muß aber nicht nur überhaupt verkündet werden, sondern auch klar sein, andernfalls nicht ein Gesetz verkündet würde, sondern ein Problem. Isidors « *Erit autem lex manifesta* » <sup>(37)</sup> dient hier als wichtigster Beleg. Liguori formuliert: « *Lex incerta non potest certam obligationem inducere* » <sup>(38)</sup>.

« *Lex dubia non obligat* »: Dieses Axiom könnte außerordentliche Sprengkraft entwickeln, denn Geltung und Inhalt eines Gesetzes können einer Fülle von Zweifelsgründen ausgesetzt sein. Im

<sup>(32)</sup> LIGUORI, I. I n. 53, *Morale Systema*, p. 22 u. 33 sq.

<sup>(33)</sup> LIGUORI, p. 22 u. 29 sq.

<sup>(34)</sup> LIGUORI, I. I n. 26 und n. 53, *Morale Systema*, p. 33 sqq.

<sup>(35)</sup> I II q. 90 a. 4.

<sup>(36)</sup> Vgl. etwa dictum ante D. 4 c. 4 und Soro (Anm. 13), I. I q. 1 a. 4.

<sup>(37)</sup> D. 4 c. 2.

<sup>(38)</sup> LIGUORI, I. I n. 26 und n. 53, *Morale Systema*, p. 24 u. 50 sqq.

Zweifel also für die Freiheit! Im Zweifel für die Freiheit? Ein so durch und durch liberales Prinzip, für das Liguori eine Reihe von Kronzeugen anführt, die mit dem *Corpus iuris civilis* beginnt und mit Heineccius endet <sup>(39)</sup>, ein Prinzip allerdings, dessen ganze Bedeutung keiner dieser Kronzeugen auch nur annähernd auszuschöpfen gedacht oder gewagt hätte, sollte es erstmalig von der spätscholastischen Theologie ganz entfaltet worden sein?

Dem ist vorgebaut. Der direkte Weg vom Zweifel am Gesetz zur Vermutung für die Freiheit wird versperrt durch ein zweites Axiom: « *Melior est conditio possidentis* ». « Im Besitz » ist nicht immer die Freiheit, wie die gängige Vorstellung, erlaubt sei, was nicht ausdrücklich verboten sei, vermuten lassen könnte. Auch das Gesetz kann « im Besitz » sein. Ob der Zweifel durch eine Vermutung nach der einen oder anderen Seite hin überwunden wird, hängt von speziellen « Beweislastregeln » ab. Eine Tatsache wird nicht vermutet <sup>(40)</sup>. Zweifel, ob ein Gesetz überhaupt gegeben oder verkündet <sup>(41)</sup> worden ist, schlagen daher zugunsten der Freiheit aus. Zweifel, ob ein einmal in Kraft getretenes Gesetz außer Kraft gesetzt ist — gleich ob generell oder nur für den Einzelfall —, wirken aus demselben Grund zugunsten des Gesetzes. Die Regel, daß ein Faktum nicht vermutet wird, erleidet aber nach Liguori dann eine Ausnahme, wenn das Faktum geboten war: Es werde also vermutet, daß geschehen ist, was geschehen sollte. Daraus folgt, daß die Annahme des Gesetzes nicht bewiesen werden muß, sondern vermutet wird, weil die Gehorsamspflicht der Untertanen die Pflicht einschließt, die vom Gesetzgeber verkündeten Gesetze anzunehmen <sup>(42)</sup>. Das Erfordernis der Annahme des Gesetzes, an dem Liguori festhalten will, sinkt damit zu einer nur noch theoretisch interessanten Reminiszenz an altkirchliche Rechtsvorstellungen herab.

---

<sup>(39)</sup> Inst. I, 3, 1; HEINECCIUS, *Elementa iuris naturae et gentium* (3. Aufl., Halle 1749), § XIII; weitere Belege bei LIGUORI, p. 24 u. 30.

<sup>(40)</sup> LIGUORI, l. I n. 26 sq.

<sup>(41)</sup> Die Anforderungen, die an die Verkündung gestellt werden, sind allerdings denkbar gering; so reicht bei einem päpstlichen Gesetz die Verkündung in Rom hin, es auf dem ganzen Erdkreis verbindlich zu machen, LIGUORI, l. I n. 96.

<sup>(42)</sup> LIGUORI, l. I n. 27.

Daß als geschehen zu vermuten sei, was geschehen sollte, ist unschwer als eine Variante der allgemeinen Rechtmäßigkeitsvermutung von Rechtsakten zu erkennen. Diese allgemeine Vermutung (« *standum pro valore actus* ») <sup>(43)</sup> wirkt sich vor allem bei Zweifeln an der Gerechtigkeit, also an der Naturrechtsgemäßheit des positiven Gesetzes aus. Der Gesetzgeber — so Liguori <sup>(44)</sup> — habe ja die Gesetzgebungskompetenz, er werde von höherem Plane gelenkt und könne den Untertanen verborgene Gründe für seine Gesetze haben. Schon Suárez <sup>(45)</sup> hatte in diesem Zusammenhang mögliche Konsequenzen des Probabilismus mit dem Hinweis abzuwehren versucht, daß die « *nimia licentia legibus non parendi* » unerträglich sei.

Es bleiben noch die Zweifel an der Gesetzgebungskompetenz des Usurpators: Auch sie sind auf Grund einer Vermutungsregel zu entscheiden, die an den Besitz anknüpft. Der ergolgreiche Usurpator ist im Besitz der Macht und übt sie, wenn schon nicht mit ausdrücklicher, so doch mit stillschweigender Zustimmung des Staates aus. Seine Gesetze sind daher gültig. Daß Maßnahmen eines Tyrannen nicht rechtswirksam seien, stimme nur für den Tyrannen, der sich nicht oder noch nicht durchgesetzt habe <sup>(46)</sup>.

Was über das Gesetz gesagt ist, gilt entsprechend für den Befehl. Zweifel an der inhaltlichen Zulässigkeit eines Befehls oder an der Einhaltung der Kompetenz des Befehlenden befreien daher niemals von der Folgepflicht, sofern nur der Befehlende unzweifelhaft im Besitz der Macht ist, denn dann spricht die Tatsache des Besitzes für die Rechtmäßigkeit der Ausübung. Für den Religiösen etwa oder für den Soldaten — wir können es in der Terminologie des heutigen Verwaltungsrechts allgemeiner formulieren: im besonderen Gewaltverhältnis — ist die Rechtslage allemal eindeutig <sup>(47)</sup>: Nur der unzweifelhaft rechtswidrige Befehl bindet nicht; bloße Zweifel sind hingegen rechtlich irrelevant. Dementsprechend lautet die Lösung für das Problem der Kriegs-

<sup>(43)</sup> LIGUORI, l. I n. 26.

<sup>(44)</sup> l. I n. 93.

<sup>(45)</sup> (Anm. II), l. I c. 9 n. II.

<sup>(46)</sup> LIGUORI, l. I n. 94.

<sup>(47)</sup> LIGUORI, l. I n. 31 u. 98, l. 4 n. 47.



dienstverweigerung (eine Lösung, die schon bei Vitoria und bei Suárez zu finden ist <sup>(48)</sup>, bei Liguori aber in eine systematische Rechtsgeltungslehre eingebaut ist): Nur wer fest davon überzeugt ist, daß ein gerechter Grund zum Krieg nicht vorliegt, braucht dem Aufgebot nicht Folge zu leisten — ja, er darf es auch nicht <sup>(49)</sup>. Da Kriegsdienstverweigerung in der Moralthologie nicht unter dem Gesichtspunkt des subjektiven Rechts, sondern unter dem der Pflicht zur Verweigerung diskutiert wird, ist die probabilistische Lösung auch hier die weniger strenge. Autoren, die von probabilistischen Gedanken noch ganz unberührt waren — hier kann wiederum Hadrian VI. als Beispiel angeführt werden <sup>(50)</sup> — verlangten vom zweifelnden Gewissen weitaus mehr: nämlich auf Grund einer Abwägung zwischen Gehorsamspflicht und Tötungsverbot die Verletzung der höherrangigen Norm, also des Tötungsverbot, unbedingt zu vermeiden, auch auf die Gefahr schwerwiegender Konsequenzen für die eigene Person hin.

Was bleibt nun vom probabilistischen Axiom «*lex dubia non obligat*»? Soweit in Zweifelsfällen Vermutungsregeln zugunsten der Verpflichtung eingreifen, nichts. Zugunsten der Freiheit fällt die Vermutung nur aus, wenn unklar ist, ob überhaupt eine Norm gegeben wurde — ein Fall, der vor allem bei der *lex naturalis* vorkommt. Ferner ist wegen des Erfordernisses der klaren Verkündung die Freiheit «im Besitz», wenn zwar nicht der Akt der Normsetzung, wohl aber der Inhalt der Norm zweifelhaft ist. Dieser Fall wird umso häufiger eintreten, je schwieriger authentische Interpretationen zu erlangen sind. Ist das Verhältnis zwischen Normsetzenden und Normadressaten so dicht wie im besonderen Gewaltverhältnis, lassen sich Inhaltzweifel fast immer schnell beheben. Bezüglich der *lex naturalis*, bei der dieser Fall mit dem Vorhergehenden ununterscheidbar zusammenfällt, ist es hingegen anders. Daraus resultiert das Interesse, für die Kirche die authentische Interpretation des Naturrechts zu beanspruchen. Ohne eine solche Hilfskonstruktion hätte der Naturrechtsgedanke

---

<sup>(48)</sup> VITORIA, *De iure belli* (Tübingen 1952), n. 22 u. 31; SUAREZ, *De charitate*, disp. 13 sect. 6 n. 8 (in: *Ausgewählte Texte zum Völkerrecht*, Tübingen 1965)

<sup>(49)</sup> LIGUORI, l. 3 n. 408.

<sup>(50)</sup> HADRIANUS VI., *Quaestiones quodlibeticae* (Paris 1527), q. 2 fol. 12.

in der katholischen Theologie den Probabilismus wohl kaum überleben können.

Bei Zweifeln am Inhalt der *lex positiva* schiebt sich, wenn eine authentische Interpretation nicht zu erlangen ist, vor die Entscheidung zugunsten der Freiheit noch die Anwendung von Interpretationsregeln. Hierüber im einzelnen zu berichten, lohnt kaum. Soweit die Theologen — ich habe es nachgeprüft bei Soto, Suárez und Liguori — sich dem Thema « Gesetzesinterpretation » überhaupt zuwenden, bedienen sie sich jeweils einer Auswahl aus den herkömmlichen Interpretationsargumenten <sup>(51)</sup>. Wichtig ist an dieser Stelle nur, daß sie durchweg solche Argumente nicht für hinreichend erachten, jeden Interpretationszweifel zu beheben. Es bleibt also Raum für den Grundsatz « *lex dubia non obligat* ».

Insoweit dies der Fall ist, wäre zu bedenken, ob nicht der Probabilismus eine nahezu liberale Theorie ist, da er im Zweifel für die Freiheit entscheidet. Das stände allerdings in auffallendem Gegensatz zur Funktion des Probabilismus im besonderen Gewaltverhältnis, wo er darauf hinausläuft, durch Stabilisierung von Gehorsamspflichten dem Einzelnen Verantwortung abzunehmen. Wir werden sehen, daß letzteres allgemein gilt. Ethisch gesehen gibt es ja Freiheit nicht ohne Eigenverantwortung. Eigenverantwortung ohne Konsequenzen, d.h. ohne die Möglichkeit, Schuld auf sich zu nehmen, ist aber eine Farce. Und gerade die Möglichkeit, schuldig zu werden, möchte der Probabilismus dem Menschen, wenn es eben geht, nehmen. Das Mittel hierzu ist die *probabilitas extrinsecus*. Die Probabilität, die eine Handlung erlaubt macht, kann sich ja nicht nur aus materiellen Gründen für diese Handlung ergeben. In der Theorie neben dieser inneren Probabilität, in der Praxis aber durchaus im Vordergrund steht die äußere Probabilität, die Berufung auf Autoritäten <sup>(52)</sup>. « *Probabilis* » ist ja nichts weiter als die seit Boethius übliche Übersetzung des aristotelischen « *éndoxon* », also die « anerkannte Meinung » <sup>(53)</sup>. Wer zweifelt, muß sich informieren; ist authentische

---

<sup>(51)</sup> SOTO (Anm. 13), I. I q. 6 a. 8; SUAREZ (Anm. 11), I. 6 c. 1 n. 7-20; LIGUORI, I. I n. 200.

<sup>(52)</sup> DÖLLINGER-REUSCH (Anm. 4), S. 24 f. mit Nachweisen.

<sup>(53)</sup> OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz* (Frankfurt 1971), S. 187 f.

Auskunft nicht zu erhalten, so muß wenigstens der Rat Sachkundiger gesucht werden. Probabel handelt dann, wer in Übereinstimmung mit der Meinung engesehener Moralthologen handelt. Da es deren viele gibt und ihre Meinungen vielfach kontrovers sind, ist es so schwer nicht, probabel zu handeln. Der Probabilismus versteht sich als eine Dienstleistung, die dem Menschen zum guten Gewissen verhilft. Darin liegt nämlich — wie die Probabilisten aller Richtungen übereinstimmend versichern <sup>(54)</sup> — die « Verderblichkeit » des Tuttiorismus, daß er die Menschen mit schlechtem Gewissen leben und sterben läßt, denn Handeln gegen das Gewissen oder auch nur mit praktischem Zweifel ist Sünde. Der Probabilismus ist zwar eine Theorie über das Verhältnis von Bindung und Freiheit, aber er entscheidet auch da, wo er rechtlich gesehen gegen die Bindung entscheidet, ethisch gesehen nicht für die Mündigkeit. Er ist kein Vorläufer ethischer Aufklärung, sondern Spiegel und vielleicht auch Stütze einer Welt, in der der Mensch sich führen lassen soll.

## V.

In methodischer Hinsicht ist der Probabilismus ein Gegenstand von außerordentlichem Reiz. Er verdeutlicht nämlich beispielhaft, daß ein System von Verhaltensnormen aus zwei Schichten von Normen bestehen muß. Die eine Schicht enthält Gebote, Verbote, Erlaubnisse und Sanktionsandrohungen. Sie ist aber notwendig unvollkommen, da Unklarheiten semantischer Natur oder in Bezug auf die Geltung der Normen nie ganz vermeidbar sind. In diesen Fällen greifen die Normen der zweiten Schicht steuernd ein. Sie enthalten nicht selbst konkrete Ge- und Verbote, sondern regeln deren Anwendung. Sie sind aber nicht prozessualer Art — das *forum internum* kennt kein Prozeßrecht <sup>(55)</sup> —, sondern materielle, wenngleich indirekte oder reflexe Prinzipien.

---

<sup>(54)</sup> Vgl. die ausführlichen Darlegungen bei LIGUORI, I. I n. 53, *Morale Systema*, p. 65-69 mit weiteren Nachweisen.

<sup>(55)</sup> Daß es Normen für die Verwaltung des Bußsakramentes gibt, ist sekundär und für die Moralsysteme in keiner Weise konstitutiv.

Zweitens zeigt der Probabilismus deutlich, daß es in bezug auf Inhalt und Geltung von Normen durchaus ein der Beweislastverteilung analoges Problem gibt. Unsere Interpretationslehren könnte man als eine Art von Beweisregeln auffassen. Als Beweislastregeln verstehen sie sich nicht, denn noch immer wird vorausgesetzt, daß die Interpretation nicht zum « *non liquet* » führen darf und kann. Nur das strafrechtliche « *nullum crimen sine lege* » entspricht den reflexen Prinzipien der Moralsysteme. Erinnern wir uns aber, daß die gemeinrechtliche Jurisprudenz über eine ganze Reihe von Sätzen verfügte, die die Funktion reflexer Prinzipien hatten: *favor ecclesiae*, *favor libertatis*, *favor matrimonii* usw. Die Titel « *de regulis iuris* »<sup>(56)</sup> sind Fundgruben. Moderne Gesetzbücher glaubten fälschlich, auf diese Schicht von Normen mehr oder weniger verzichten zu können.

Der Aufbau des probabilistischen Systems ist leicht zu überblicken, denn es arbeitet ja im Grunde nur mit dem *favor legis* und dem *favor libertatis* und — dies ist wichtig — weist jedem dieser beiden Prinzipien einen festen Anwendungsbereich zu. Es gibt in dieser Theorie keinen Fall mehr, wo abzuwägen ist zwischen Gesetz und Freiheit. Die Grenze zwischen beiden ist schon säuberlich gezogen. Daher kann in jeder Zweifelsfrage die Antwort auf deduktivem Wege gefunden werden. Allerdings möchte man wenigstens dort etwas anderes erwarten, wo die Probabilität eines Zweifels an Inhalt oder Geltung einer Norm und somit die Voraussetzung für die Anwendung reflexer Prinzipien in Frage steht. Das Urteil hierüber sollte eigentlich als Resultat einer Abwägung von Gründen und Gegengründen zustandekommen. Jedoch kann der einfache Probabilismus gerade auf diese Abwägung verzichten. Das intuitiv gewonnene Urteil, eine Ansicht sei probabel, genügt ihm. Der Äquiprobabilismus und der Probabiliorismus müßten hingegen Probabilitätsbehauptungen auf die Abwägung von Gründen stützen, weil sie ja mit dem vergleichsweise festzustellenden Grad der Probabilität operieren wollen. Wie man indessen diesen Vergleich anstellen soll, wie man also das Gewicht von Argumenten miteinander vergleichen soll — in einer nicht-intuitiven, sondern rational nachvollziehbaren Weise —,

---

(56) D. 50, 17 und inVI. 5, 12.

das wissen die Spätscholastiker ebensowenig wie wir, denn eine Logik, die nicht die Ableitbarkeitsbeziehung, sondern das Maß der Stützung eines Satzes — zumal eines normativen — durch andere Sätze empirischen wie normativen Inhalts dargestellt, eine «normative Stützungslogik» also, fehlt ja noch immer<sup>(57)</sup>. Daher leuchtet es ein, daß der Probabiliorismus sich nie durchsetzen konnte; und ebenso verständlich ist, daß Liguoris Äquiprobabilismus im Detail trotz der andersartigen Fundierung keine nennenswerten Unterschiede zum einfachen Probabilismus aufweist.

Beschränkung auf Deduktion entspricht dem wissenschaftlichen Stil der Zeit. Nach Melchior Cano, dem Methodologen der Spätscholastik, ist die Theologie eine Disziplin, die aus festen Prinzipien (welche ihr der Glaube vorgibt) sichere Schlüsse zieht, und daher eine Wissenschaft ganz im Sinne des aristotelischen Wissenschaftsbegriffs<sup>(58)</sup>. Sichere Schlüsse ziehen, d.h. deduzieren, kann, wer unter seinen Prinzipien eine Ordnung schafft, derart, daß gegenläufige Argumentationen nicht mehr vorkommen, sondern immer jeweils nur ein Prinzip entscheidungsrelevant ist. Cano selbst hat das zu erreichen versucht durch die Aufstellung einer festen Rangfolge unter den *loci theologici*<sup>(59)</sup>. Liguori geht denselben Weg, indem er genau festlegt, wann für und wann gegen die Bindung an das Gesetz zu entscheiden ist. Es ist ein *mos geometricus* in der Moralthologie mit der Besonderheit, daß der Versuch einer Axiomatisierung nicht bei den Ge- und Verboten, den Normen der ersten Schicht, einsetzt, sondern bei den indirekten Prinzipien, den Normen der zweiten Schicht. Dieser Ansatz macht es möglich, ein beliebig strukturiertes, ja ein ganz unstrukturiertes Material der ersten Schicht zu verarbeiten. Die Aufgabe, die der Probabilismus sich gestellt hat, nämlich a priori Auskunft zu geben über die Relevanz von Gewissenszweifeln, erweist sich somit *formaliter* als lösbar und gelöst — ob auch in inhaltlich befriedigender Weise gelöst, das steht auf einem anderen Blatt.

(57) Hierzù OTTE, *Komparative Sätze im Recht*, in: *Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Bd. 2 (Bielefeld 1972), S. 301 ff. (305 f.).

(58) CANO, *De locis theologicis* (in *Opera*, Padua 1727), l. 12 c. 2, p. 344 sq.

(59) CANO, l. I c. 3.

JESUS LALINDE ABADIA

## ANOTACIONES HISTORICISTAS AL IUSPRIVATISMO DE LA SEGUNDA ESCOLASTICA

*Introducción:* 1. La difícil situación del historiador de las instituciones en una reunión de historiadores de las ideas. — 2. La significativa escasez de la producción bibliográfica sobre el tema. — I. *El influjo del derecho positivo coetáneo:* 3. La asunción del papel de juristas. — 4. El encuadramiento de la escuela en el Derecho común. — 5. La afiliación especial al Derecho castellano y portugués. — II. *La identificación con los intereses de la iglesia y de la monarquía castellana:* 6. La defensa de las instituciones beneficiadoras de los intereses económicos de la Iglesia. — 7. La identificación de España con Castilla y la indiferencia hacia los territorios hispánicos periféricos. — 8. La defensa del racionalismo castellano frente al positivismo navarro y catalano-aragonés. — III. *La escasa importancia de la segunda escolástica en el derecho privado español:* 9. La ausencia de huella en el pensamiento iusprivatista español. — 10. La ausencia de rigor lógico en la escuela.

### INTRODUCCIÓN.

1. *La difícil situación del historiador de las instituciones en una reunión de historiadores de las ideas.*

Al realizar una obra de conjunto sobre la Historia del Derecho español, y creo que acercándome a la orientación de Wieacker, he entendido la Historia del Derecho, ante todo, como una Historia del Pensamiento jurídico <sup>(1)</sup>. Sin embargo, no considero que éste sea autónomo, sino dependiente del conjunto complejo de circunstancias históricas que le rodean en el momento de producirse, y, sobre todo, me hallo muy distante de ser un historiador de ideas, para ser sólo un historiador de instituciones.

---

(1) JESÚS LALINDE ABADÍA, « *Iniciación histórica al Derecho español* », Ed Ariel, Barcelona, 1970, par. 6.

Insistiendo en el último punto, quiero poner de manifiesto la difícil situación del historiador de instituciones en una reunión de los que, precisamente, se encuentran sin discusión entre los primeros puestos europeos de la Historia de las Ideas jurídicas, y que, a su vez van a discutir un tema que se encuentra plenamente dentro de su terreno. El historiador de las ideas está acostumbrado a la abstracción y se mueve con agilidad entre los conceptos filosóficos, que él encuentra cargados de significación, en tanto, el de instituciones se pierde dentro de ese mundo que él encuentra inconcreto. Una frase, que, a lo mejor, el historiador de instituciones cree escrita casi como por casualidad, sirve al historiador de las ideas para atribuir al autor de ella toda una postura ante el Derecho y para situar a aquél dentro de tal o cual corriente jurídica. El historiador de instituciones no describe nada más que « hechos », en los que no desea introducir su subjetivismo, y no admite saltos en la sucesión de aquéllos. El historiador de ideas, por el contrario, juega con pensamientos, que son intemporales, y en cuya « recreación » puede, incluso, participar.

Todo esto es dicho a fin de prevenir la sorpresa desfavorable que puede seguirse de estas cuartillas. En esta reunión, cuya invitación ha sido una gratísima sorpresa para mí, se va a analizar meticulosamente el pensamiento iusprivatista de la segunda escolástica, específicamente española. Supongo que van a destacarse los rasgos que le pueden caracterizar como algo más que una simple continuación de la escolástica medieval y también los que le presentan como precedesora de parte importante del caudal ideológico del iusnaturalismo racionalista o europeo, con lo que aparecerá como fuertemente influyente en la elaboración del Derecho privado moderno <sup>(2)</sup>. Sin negar que esto sea así en el plano elevado de las ideas, al cual yo no puedo ascender, lo que pretenderé aquí es sólomente realizar unas anotaciones historicistas al iusprivatismo de esa segunda escolástica, es decir, descender del indicado plano elevado o de lo abstracto al más concreto de la realidad, para revelar, en la medida de lo posible, lo que subyace en la escuela por debajo de su pensamiento y el tributo que paga a las ideas y a los intereses

---

<sup>(2)</sup> Esta es la línea que se observa en los Profesores Wieacker, Thième, Villey, etc.

de su tiempo. Esto conducirá seguramente a rebajar la importancia de su papel, y no será admisible en la medida en que rebase los límites de lo justo, pero aún en esto es posible que sirva para moderar la supervaloración que pueda realizarse por los apologistas, llevados del entusiasmo que puede provocar una escuela, cuyo pensamiento, al menos, en su aspecto formal, se ofrece con magnificencia.

## 2. *La significativa escasez de la producción bibliográfica sobre el tema.*

El indicado descenso ideológico en el tratamiento de la cuestión va a conducir, como se ha dicho, a rebajar la importancia del iusprivatismo de la segunda escolástica. A darme valor en la adopción de una postura tan audaz contribuye lo que estimo significativa escasez de la producción bibliográfica sobre el tema. Especialmente, desde que Eduardo de Hinojosa publica en 1890 un trabajo sobre la influencia de los filósofos y teólogos españoles en el Derecho público y, sobre todo, en el penal, la historiografía se vuelva sobre el tema <sup>(3)</sup>, pero contrastando los escasos trabajos que versan sobre el aspecto iusprivatista. Esta escasez es destacada por Gerhard Otte, al dedicar un libro en 1964 al estudio del Derecho privado en Francisco de Vitoria <sup>(4)</sup>, según el cual sólo a partir de Gierke se produce una revisión de valor de la escolástica tardía en relación a Grocio, pero limitándose al aspecto del Derecho público, hasta que José Kohler se fija también en el aspecto iusprivatista, y después de él, Hans Thième. Sólo registra una tesis, la de Wilhelm Krause, sobre la significación de la escolástica tardía en la evolución del Derecho natural, y después, consideraciones aisladas, como las de Diesselhorst y Feenstra entre los juristas, o las de Wilhelm Weber y Joaquín Giers entre los teólogos <sup>(5)</sup>. En los últimos tiempos sólo podrían añadirse limitados trabajos, como los del español

<sup>(3)</sup> Así lo he destacado en *op. cit.*, par. 283.

<sup>(4)</sup> GERHARD OTTE, « *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria* ». Böhlau Verlag, Köln-Graz, 1964. También lo destaca otro discípulo de Thième GÜNTER NUFER, « *Über die Restitutionslehre des spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit* ». Dissertation leída en 1969.

<sup>(5)</sup> Vid. *op. cit.*, pags. 1-6.



P. Avelino Folgado en cuanto al derecho subjetivo <sup>(6)</sup> o el discípulo de Thième, Burckhardt Löber, sobre el derecho de sociedad <sup>(7)</sup>.

Es significativa esta escasez de trabajos? Yo creo que sí. Aunque no pueda elevarse a la categoría de dogma, hay que convenir que cuando una historiografía muy numerosa converge sobre un aspecto doctrinal de una escuela y elude otro u otros, es porque sólo el primero es realmente importante, en tanto los demás son secundarios, dignos de llegarse a ellos sólo por agotamiento del verdaderamente refulgente.

## I.

### EL INFLUJO DEL DERECHO POSITIVO COETANEO.

#### 3. *La asunción del papel de juristas.*

Es obvio que ninguna corriente jurídico-ideológica puede desarrollarse asépticamente en relación al Derecho positivo coetáneo, pero también lo es que puede haber diferencias en cuanto al grado de contaminación. La escolástica, en general, podía haber sido de las que hubieran sufrido éste en la medida más mínima, por tratarse de un movimiento teológico, para el que el Derecho es, en primer lugar, un aspecto secundario, y, en segundo lugar, una materia que debe derivarse por simple deducción de los principios que informan su teología.

Es dudoso que esto haya sucedido así ya en la escolástica medieval, pero, desde luego, lo es menos en el caso de la que ahora denominamos «segunda escolástica». Aunque sin olvidar su condición primordial de teólogos, y provistos de un sentimiento de superioridad hacia los juristas <sup>(8)</sup>, no desdeñan asumir el papel de éstos. No se limitan a la enunciación y estudio de unos principios generales, que podrían ser los de derecho natural, sino que estudian una por una todas las instituciones del Derecho privado de su

<sup>(6)</sup> P. AVELINO FOLGADO, «Evolución histórica del concepto del derecho subjetivo», San Lorenzo de El Escorial, 1960.

<sup>(7)</sup> BURCKHARDT LÖBER, «Das spanische Gesellschaftsrecht im 16. Jahrhundert», Friburgo de Brisgovia, 1967.

<sup>(8)</sup> Lo destaca OTTE, *op. cit.*, pags. 9-11, en cuanto a Vitoria.

época. La diferencia, quizá, con lo juristas está en el papel de reformadores que se irrogan. El jurista, por regla general, no considera de su incumbencia la reforma del Derecho, sino sólo la interpretación, de forma que axiomatizan los textos positivos, dedicándose nada más que a extraer sus consecuencias. Los teólogos llegan más allá y discuten los principios mismos, propugnando la desaparición de los que estiman erróneos conforme a sus doctrinas religiosas. Por ello, un Soto, que se encuentra entre los que con arreglo a la terminología actual podría calificarse de más « reaccionarios », ataca como « perniciosus » el contrato de compraventa, aunque concluya por reconocerlo necesario a la sociedad <sup>(9)</sup>.

La atención al Derecho positivo coetáneo podrá, quizá, no ser excesiva en un principio <sup>(10)</sup>, pero se incrementa cada vez más. Puede observarse en Suárez y, sobre todo, en Molina, que tiene siempre a la vista el Derecho portugués y, aún más, el castellano. Además, concluyen por no limitarse a la especulación y la docencia, sino por extenderse a la actividad dictaminadora. No es escasa la actividad de Suárez en este sentido <sup>(11)</sup> y otros autores menos conocidos, como el carmelita Andrés de la Madre de Dios nos testimonia también su participación en estas tareas <sup>(12)</sup>. En su tiempo

---

<sup>(9)</sup> DOMINGO DE SOTO, « *De la Justicia y del Derecho* », Instituto de Estudios Políticos, tomo III, Madrid, 1968, lib. VI, cuestión II, art. I, dice que en la antigüedad se vivía más felizmente y libres de engaños y preocupaciones que en su tiempo, a causa de estos negocios, y considera a la compraventa perniciosa y lejos de ser necesaria. Sigue a Aristóteles al decir que transcurrieron muchos siglos sin que se necesitara de la moneda, aunque él mismo dice que la necesidad de la vida humana fue la que inventó la moneda.

<sup>(10)</sup> Según OTTE, *op. cit.*, pags. 36-38, para Vitoria.

<sup>(11)</sup> Vid. FRANCISCO SUÁREZ, « *Conselhos e pareceres* », Acta Universitatis Conimbrigensis, Coimbra, 1948.

<sup>(12)</sup> ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, « *Cursus Theologiae moralis* », tomus tertius, ed. 7ª, Madrid, 1752, tract. XIV, cap. II, punctum VIII, num. 71-73, da cuenta de una de sus intervenciones sobre si los « corredores » pueden retener parte del precio cuando venden por más de lo que el « dominus » les prescribió, en la que concluyó que el « internuntius » no puede adquirir para sí el exceso del precio. Se trataba de un caballero muy pío de Salamanca, con un ecónomo en su villa que recogía trigo, del que daba réditos al caballero. El « dominus » manda al « villicus » que venda mil fanegas según tasa, cuando el precio común excedía más de diez argenteos sobre la tasa y recurre al teólogo para preguntarle si podía retener. Andrés de la Madre de Dios le responde que no, porque no tenía título para ello,

ya irritó a los verdaderos juristas, como Gentili, que en 1612 les dirá: « Silete, theologici, in munere alieno » (13). En el nuestro, los especialistas en la crítica de textos han defectado también el historicismo en cuanto a los de la escuela (14).

#### 4. *El encuadramiento de la escuela en el Derecho común.*

La Segunda escolástica no ha adoptado una posición revolucionaria frente al considerado en su época como el « Derecho común ». La escuela europea de Derecho natural, por el contrario, ha pretendido acabar con la etapa anterior, creando un Derecho nuevo, aunque a la postre haya vuelto a recurrir al viejo Derecho romano. La Segunda escolástica ni siquiera se ha propuesto esto (15), quizá, más realista, y, en principio, ha aceptado la corriente jurídica más generalizada de su época. Para ella no se ha tratado de crear un nuevo Derecho, sino, en todo caso, de depurar el existente. Una obra tan importante como el « De iustitia et iure » de Molina es

---

en cuanto era « famulus », por cuya razón convenía en vender cuando se lo mandara el señor. Le replicaba aquél que el salario que percibía era muy exiguo e inferior a su trabajo. El teólogo contesta que por ello permite que el « famulus » pueda recibir algo en compensación, al no recibir el « iustum stipendium », pero no en tanta cantidad. Si el estipendio justo era de 500 argenteos y el criado no recibía nada más que 300, debía recibir 200, que era lo suyo e irse, pero recibir más de 10.000 era ajeno a toda equidad. El criado sigue insistiendo en que lo que se vendió fue por su industria y diligencia, pues de otra forma se hubiera vendido a precio ínfimo, y el teólogo, cuya impaciencia se trasluce a través de un « Bone Deus » le insiste en que el incremento lo debe restituir, aunque no al señor. Dice que prescindiendo de si se pudo vender por encima de la tasa en tiempo de esterilidad y de pobreza, cuando el señor mandó vender al precio de tasa, o quiso ceder el beneficio a los que estaban bajo la esterilidad o como era muy pío quiso que el beneficio se gastara en limosnas para los vasallos u otros que tal trigo compraban por el precio de tasa cuando había pobreza y esterilidad máxima. El teólogo concluye que por justicia se debía a aquellos compradores, que aunque no tenían derecho absoluto a que se les vendiera tanto trigo, tenían un « ius ad rem » a que no se vendiera por encima de la tasa.

(13) Vid. FOLGADO, *op. cit.*, pag. 35-37.

(14) Vid. J. PÉREZ-PRENDES y L. PEREÑA VICENTE, « *Corpus Hispanorum de Pace. Problemas de crítica textual* », en *Atti del II Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, Venezia, 18-22 settembre 1967, pags. 655-660.

(15) Vid. AVELINO FOLGADO, « *Los tratados « De Legibus » y « De Iustitia et Iure » en los autores españoles del siglo XVI y la primera mitad del XVII* », El Esco-

una exposición de la materia jurídica conforme a la doctrina de los romanistas, a quien demuestra conocer bien. La historiografía moderna, y, entre ella, quien no es sospechoso de desafección a la escuela, ha destacado que desde el siglo XVI toda la materia de obligaciones se modela sobre normas romanas e, incluso, los iusnaturalistas se limitan a reproducir los esquemas de la jurisprudencia clásica, que fueron adoptados hasta por los moralistas <sup>(16)</sup>.

La citada sumisión al Derecho común conduce a situaciones como la de que un moralista como Soto, justifique la teoría de la lesión « ultra dimidium ». Conoce y expone la doctrina de un Gerson, según la cual, el que engaña en el precio peca, hasta mortalmente si el exceso es de importancia, pero no está obligado a restituir, o la de Escoto, según el cual sería duro que los contratantes no tuvieran alguna vez la intención de perdonarse mutuamente algo de la justicia indivisible, pero concluye justificando la institución de la lesión « ultra dimidium » en base a que los hombres de otros tiempos no tenían en tanta estima los bienes temporales que por ellos permitirían el torbellino de pleitos que actualmente se presenciaba en contra de lo que enseñó Cristo sobre dejar también la capa al que pidió la túnica. En base a que por debajo de la mitad del justo precio es siempre difícil y peligroso advertir el engaño, Soto concluye por admitir un engaño, el inferior a la mitad del precio, y rechazar otro, el superior a la mitad del precio, aun cuando en los dos la intención sea la misma <sup>(17)</sup>.

Por la misma sumisión, la escuela ha desperdiciado la ocasión de adelantarse a su tiempo y de luchar por una ordenación jurídica menos imperfecta. Cuando Soto parte de que ni la república ni el príncipe absoluto tienen un dominio sobre la vida de los súbditos,

---

rial, 1959, pag. 293, según el cual no es un Derecho natural al estilo de la escuela protestante « concebido como amplio sistema jurídico que domina la realidad de la vida » y que hace innecesario cualquier Derecho positivo, sino un sistema de principios que, fundamentalmente, dirigen y corrigen el Derecho positivo, y en casos determinados le suministran la norma concreta. Debe tenerse presente, sin embargo, que, como más adelante se dirá, no son solamente unos cuantos principios de los que la escuela se preocupa, sino que su campo de acción es más amplio de lo que parece a primera vista.

<sup>(16)</sup> SALVIOLI, *cit.*, por Manuel Fraga Iribarne en la versión de LUIS MOLINA, « Los seis libros de la Justicia y el Derecho », tomo II, vol. I, Madrid, 1943, pag. 80.

<sup>(17)</sup> Soto, *op. cit.*, lib. VI, cuestión III, art. 1.

lo que sólo corresponde a Dios, era de esperar que preparase el advenimiento del humanitarismo que sólo había de llegar dos siglos después, pero decepciona cuando reduce la referida falta de dominio sobre la vida a la de los inocentes, y no, a la de los culpables o que fueran declarados como tales <sup>(18)</sup>, pues con ello no adelanta ni un solo paso con respecto a lo que ya era opinión común.

Esta característica se acusa ante los principios básicos para la estructura de la sociedad, como son la propiedad privada y la esclavitud. Soto se nos aparece como romanista genuino al definir primero el dominio, como « potestas seu facultas assumendi rem aliquam in usum nostrum », y después, ante las posibles objeciones de que puede ser objeto en relación al usuario y usufructuario, como « potestas seu ius proprium assumendi rem ad quemcumque usum qui non est prohibitus lege », en la que el término « facultas », que él deriva de « facilitas » en lugar de hacerlo de « fas », es sustituido por el de « ius proprium » en el sentido de un derecho que no depende de nadie, a diferencia del usuario o usufructuario, y que, además, se produce para toda clase de casos <sup>(19)</sup>. Es conocido, y sobre ello se insistirá luego, el que la escuela se decanta del lado del individualismo en la propiedad frente a cualquier colectivismo <sup>(20)</sup>, con tal pasión y radicalismo que Soto llega a insinuar que, aunque se realizase legalmente, sería acaso inválida una abolición general de la propiedad en una nación, por ser algo consubstancial con la existencia de la misma, y Bañez, por su parte, que accede a considerarla válida si hubiera común acuerdo entre el Príncipe y la Nación, no deja de admitir la posibilidad de que todos pecasen gravemente <sup>(21)</sup>.

El otro punto capital es el de la esclavitud, sobre el que también habrá que insistir en repetidas ocasiones, admitida generalmente por la escuela. Esto aparece agravado porque parte de unos principios que debían conducir a negarla, como es el de que al re-

<sup>(18)</sup> Id. id. lib. IV, cuestion 2, art. 3.

<sup>(19)</sup> DOMINGO DE SOTO, « « Relección « De dominio » », ed. crítica y trad. con introducción, apéndices e índices por Jaime Brufau Prats, Universidad de Granada, 1964, pag. 78 y 84.

<sup>(20)</sup> Respecto a Vitoria, vid. OTTE, *op. cit.*, pags. 45-52.

<sup>(21)</sup> Vid. VENANCIO CARRO, « Domingo de Soto y su doctrina jurídica », Madrid, 1943, pag. 199.

chazarse que el Emperador sea señor del orbe, se declare que « *Ius naturale omnibus hominibus est aequale... ergo, nullus es aliorum dominus* », como hace Soto <sup>(22)</sup>, lo que no obsta para que se declare también que la servidumbre legal es lícita, y se reconozca dentro de ésta la del que forzado por la pobreza se vende, como es en uso entre los etíopes que se entregan a los portugueses, forzados por el hambre y la inanición, o también la de guerra <sup>(23)</sup>.

Los apologistas recurren a toda clase de procedimientos para superar el fallo que, pese a todo, no pueden por menos que registrar. Generalmente se trata de restar importancia, y se dice de Soto, por ejemplo, que no logró pasar indemne al ambiente de ideas y prácticas de su siglo, presionado por una tremenda carga de tradición y por un cúmulo de intereses, pero que siempre se encuentra en él el respeto a la dignidad de la persona humana <sup>(24)</sup>. La realidad es que es difícil admitir que en un autor se conserve tal respeto cuando admite con tal generosidad la dependencia de unos hombres respecto de otros. Por ello, a veces el mismo apologista no tiene más remedio que reconocer la deficiencia del pensamiento <sup>(25)</sup>, aunque luego recurra a otros medios tan poco convincentes como los anteriores, como es el de echar la culpa a la época, al pensamiento aristotélico <sup>(26)</sup> máxime, y esto agrava aun más la posición de la escuela, cuando en el propio siglo XVI empiezan a introducirse prácticas mucho más generosas y humanitarias con los prisioneros de guerra <sup>(27)</sup>, que no son, precisamente, ni inspiradas

<sup>(22)</sup> Soto, *op. cit.*, pag. 140.

<sup>(23)</sup> « ... fame et inedia compulsi... ». Soto, *op. cit.*, pag. 130.

<sup>(24)</sup> Es el caso de Brufau en la introducción a *op. cit.*, en nota 19, pag. 16. Pese a defender la esclavitud dice de Soto que en él está siempre presente el respeto a la dignidad de la persona humana, y añade: « en este punto es inflexible ».

<sup>(25)</sup> BRUFAU, *op. cit.*, pag. 17-18, dice: « Con todo, en el caso presente, hay que reconocer que la luminosidad que brilla en otros ámbitos del pensamiento sotiano queda un tanto empañada... ».

<sup>(26)</sup> Id. id.: « ... si bien... la tradición y la realidad social de la época contribuyen a explicar ciertas posturas que chocan con nuestros cuadros mentales... Entre otras cosas pesó demasiado el pensamiento aristotélico... ». VENANCIO CARRO, *op. cit.*, pag. 190, nota 29, tras admitir que Soto reconoce varios tipos de servidumbre, añade tranquilamente: « Ninguna incluye verdadero dominio y pertenecen al Derecho de gentes, es decir, son usos introducido y admitidos universalmente ».

<sup>(27)</sup> Vid. GASTÓN ZELLER, « *Los tiempos modernos* », en « *Historia de las Rela-*

ni promocionadas por la segunda escolástica. Poco dice en favor de la escuela las defensas que consisten en considerar peor todavía la actitud de los modernos en estos problemas <sup>(28)</sup>.

### 5. *La afiliación especial al Derecho castellano y portugués.*

El encuadramiento del movimiento dentro del Derecho común hace que, normalmente, se sigan las directrices de éste en la exposición de las instituciones. Sólo algunas veces existe un enfrentamiento de tipo absoluto a causa de los fundamentos morales, como es, sobre todo, en el caso de la usura, en la que la segunda escolástica sigue fiel, al menos en parte, a la escolástica medieval. En este aspecto, los conservadores como Soto, y, quizá, también Suárez, se oponen a los que califican de « modernos » o « neotericos » cuando defienden que a causa del peligro a que el vendedor expone sus mercancías tiene derecho a venderlas más caras cuando fía durante algún tiempo su pago, entre cuyos modernos se encuentra Medina <sup>(29)</sup>. Soto admite la compra de lanas con pago anticipado si no se hace con engaño, es decir, si no se anticipa el pago más que dos o tres meses, o dentro del mismo año en que se han de recibir las lanas, pues, de otra forma, lo considera usurario <sup>(30)</sup>.

Fuera de estos enfrentamientos absolutos a causa de las bases morales de partida, la gran mayoría de los integrantes de la segunda escolástica cuando se apartan del Derecho común lo hacen por su afección al Derecho municipal al que están sometidos, como

---

*ciones internacionales* », bajo la dirección de Pierre Renouvin, tomo I, vol. I, 2ª ed. castellana, Madrid, 1967, pag. 259, según el cual a mediados del siglo XVI ya aparece la práctica de la « buena guerra », que comienza por los suizos, según la cual se liberta a los prisioneros o se les canjea.

<sup>(28)</sup> La tesis de ANTONIO FERREIRO, « *Naturaleza de la propiedad privada en las doctrinas de Suárez* », num. extraord. de « *Pensamiento* », Madrid, 1948 (pags. 449-492) es la de atacar a los modernos (Cathrein, Taparelli, Ferreti, etc.) cuando quieren hacer creer que la propiedad es de derecho natural para oponerse a la avalancha marxista, destacando que no es cierto que aparezca así en Suárez, para quien el derecho natural lo que concede es el dominio-propiedad, pero no la propiedad privada, y que no es cuestión meramente terminológica que se resuelva con llamar Derecho natural a lo que los escolásticos llamaban Derecho de gentes.

<sup>(29)</sup> SOTO, *op. cit.*, en nota 9, lib. VI, c. IV, art. 1, tomo III, pag. 559.

<sup>(30)</sup> Id. id. pag. 562.

es el portugués, y, sobre todo, el castellano. Si ello obedece a un rasgo meramente positivista, o si responde a que esos ordenamientos han sido inspirados por ellos mismos o por sus principios, y en este sentido les consideran superiores, es difícil determinarlo.

Un ejemplo de esta afección se encuentra en el mismo Soto indicado y en relación a la teoría de los cambios. Soto admite que una moneda de oro se cambie cobrando más de su valor, con tal que el exceso sea pequeño, como si el adquirente lo quiere para adorno, dorar alguna cosa o un medicamento, y en ello se opone al aludido Juan Medina, para quien el rey al acuñar moneda fija su valor para todos los usos, lo mismo que en cuando en una Pragmática tasa el precio del trigo <sup>(31)</sup>. Sin embargo, el mismo Soto admite también que el príncipe de la república pueda prohibir este cambio al por menor entre los particulares y cita el caso de España, en donde ya hacía tiempo se había procurado por medio de una ley, ya para injusticia del incremento en el precio, ya para evitar que el oro marchara al extranjero con detrimento de la sociedad. Para Soto esta ley si se admite, obliga en conciencia bajo pecado mortal <sup>(32)</sup>.

Aunque no sea cuestión puramente civilística, pero sí en conexión con ella, y también con respecto a Soto, hay que destacar que, frente a Cayetano, sitúa al hombre dueño de su honor y de su fama, y considera la existencia de tres géneros de bienes, entre los que se encuentran la vida y los bienes temporales en los extremos, y la fama y el honor como intermedios <sup>(33)</sup>. Si bien no es exclusivo de ella la patrimonialización de honor y de la fama corresponde plenamente a la sociedad castellana de su tiempo, como se ha hecho destacar ampliamente al estudiarse la literatura de la época.

Al plantearse Soto si el dominio puede ser transferido por el juego, independientemente de la impropiedad jurídica que puede suponer el considerar el juego como algo más que un título para la transferencia, el jurista manifiesta que las cosas ganadas en juego pasan al dominio de quien las ganó, pues no hay cambio de dominio

---

<sup>(31)</sup> Id id. lib. VI, cuestion IX, art. único.

<sup>(32)</sup> Id id.

<sup>(33)</sup> Id. id. lib. IV, cuestion II, art. 3. Unos colocan la fama y el honor al lado de la vida, que no pertenece al hombre, y él los coloca al lado de los bienes temporales, que sí le pertenecen.



más conforme con la naturaleza que el que se hace por libre voluntad. Por su forma no lo considera inválido con arreglo al derecho natural, pues los jugadores pueden hacerse donación gratuita de sus bienes, y, además, no hay en este caso una donación, sino un contrato « do ut des », basado en el « expongo mi dinero para que tú expongas el tuyo ». Según el puro derecho natural no considera tampoco pecado mortal el juego, ni este impone obligación de restituir y si hay pecado u obligación de restituir dependerà del derecho civil común o particular. En este aspecto, el teólogo castellano se refiere a las Reales Ordenaciones, es decir, al Ordenamiento de Montalvo, donde con arreglo al cual se puede reclamar dentro de un plazo <sup>(34)</sup>.

Según el mismo teólogo, ni la patria potestad ni el poder del marido caen dentro de la recta noción de dominio, en cuanto ni el varón es propiamente señor de la esposa, ni el padre de los hijos, y antes del pecado la mujer no hubiera estado sometida al varón en tantas obras como en su tiempo, pues entonces no podía dar algo o disponer de sus bienes u obligarse sin licencia del varón <sup>(35)</sup>. Obsérvese que para el teólogo castellano la caída ha perjudicado más a la mujer que al varón, y que la capacidad de aquella después de dicha caída ha devenido la que señalan las leyes de Toro.

Por su parte, Molina considera neutrales algunos aspectos, como el de la forma de testar. Para él, supuesta la división de las cosas, a la que se adhiere como todos los de la escuela, es de Derecho de gentes, y aún de Derecho natural, el que cada uno pueda disponer de las cosas por última voluntad, pero, sin embargo, sólo es de Derecho civil el que uno u otro modo, o una u otra solemnidad sean las que sirvan para disponer por última voluntad, según las leyes particulares del país <sup>(36)</sup>. Por ello, el problema que se plantean los autores de si al promulgarse la ley tercera de Toro en Castilla, el codicilo equivale al testamento, siendo válida la institución de heredero, es para él un mero problema de hermenéutica legal, que resuelve favorablemente al Derecho romano, al deducir de él que

<sup>(34)</sup> Id. id. lib. IV, cuestion 5, art. 2.

<sup>(35)</sup> SOTO, *op. cit.*, en nota 19, pags. 171-176.

<sup>(36)</sup> MOLINA, *op. cit.* en nota 16, disputación 124, num 12.

no sólo el codicilo no vale como testamento, sino que ni aún siquiera como codicilo si no tiene la solemnidad que se requiere para éste <sup>(37)</sup>.

Sin embargo, el entusiasmo de Molina por el Derecho castellano se manifiesta con motivo de la doctrina sobre la validez de la promesa. En principio admite que no tienen validez, al menos, en el fuero externo, la promesa por urbanidad y la promesa interna. La primera es reconocible por signos externos, como la forma de haber, o por la intención del promitente en el fuero de conciencia <sup>(38)</sup>. Respecto a la promesa interna parte de que el acto interior no transmite el dominio, rechazando determinados argumentos, pero alegando que se precisa tradición, por lo que no sólo la donación o contrato interno, sino que ni siquiera los externos la transmiten. Al rechazar uno de los argumentos, establece que las donaciones y los contratos dependen de las leyes civiles, en el sentido de que éstas pueden invalidarlos con justa causa, aunque sean válidos conforme al Derecho natural, pero no en el de que ningún contrato o donación pueda ser válido si no se establece previamente alguna ley civil que lo autorice. Respecto al problema de si obliga por Derecho natural, parece que se inclinaría de buen grado por la afirmativa, pero como Santo Tomás sostiene la negativa, en cuanto a que la promesa de hombre a hombre, a diferencia de la que se hace a Dios, sólo puede estipularse por palabras o signos externos, concluye por admitir las dos posibilidades <sup>(39)</sup>.

Dejando aparte los dos tipos mencionados, Molina destaca que en Castilla por el Ordenamiento de Alcalá, incluido en el Ordenamiento de Montalvo y en la Nueva Recopilación, promesa y contrato son válidos desde el momento en que se entienda que una persona ha querido obligarse en favor de otra e inserta la ley, comentando que en dicho reino se han abolido todas las sutilezas, solemnidades y complicaciones del Derecho civil, evitando las ocasiones de pleitos y la disconformidad entre el fuero de concien-

---

<sup>(37)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CXXXI, num. 11 y disp. CXXXII, num. 2. En la misma disputation, num. 5 supedita la validez de la cláusula codicilar a que la nulidad del testamento lo sea por falta de solemnidad.

<sup>(38)</sup> Id id. disp. CCLXVIII, num. 3.

<sup>(39)</sup> Id. id. disp. CCLXVI.

cia y el fuero externo. Se lamenta de que en el Derecho civil se hubieran introducido estas sutilezas y elogia la ley de Castilla <sup>(40)</sup>.

Según Molina, en Castilla la promesa, aun antes de su aceptación, produce obligación civil y acción, sin poderse revocar o anular por el promitente. Sigue a Antonio Gómez, el célebre comentarista de las leyes de Toro, en cuanto manifiesta que el Derecho de Castilla supera, no sólo al Derecho civil, sino, incluso, al canónico, que no concede acción a la nuda promesa, y se opone a Covarrubias y Gregorio López, que opinan que el promitente puede anularla y revocarla, pues la ley no ha pretendido revocar el Derecho común, de forma que refiriéndose a estipulaciones y contratos, no se extiende a la donación, que es propiamente un contrato, y así se observaba en la práctica. Molina se opone a ello, incluso a que en la práctica se observase así, pues era discutido y creía se extendía también a la donación. Se opone enérgicamente a que no sea lícito sostener la opinión contraria y añade « que con razón se puede censurar a los jurisconsultos que tratan de reducir los derechos particulares de sus reinos, a pesar de ser más justos, a las disposiciones del Derecho común » <sup>(41)</sup>.

Para Molina en el fuero de conciencia el peticionario acepta aun sin necesidad de contestar, y si así lo entiende el promitente, éste queda obligado, lo que sucede también en el fuero externo con arreglo al Ordenamiento de Alcalá y al Derecho canónico, en donde no es necesaria la solemnidad en la estipulación, con lo que Molina cree que Antonio Gómez está de acuerdo, pese a que Gregorio López haya opinado lo contrario <sup>(42)</sup>. Acepta, sin embargo, causas que hacen lícito el incumplimiento de la promesa aceptada, como la mutación de las cosas, si es de tal naturaleza que de haberlas tenido en cuenta el promitente se hubiera abstenido de hacer la promesa. Subsiste la promesa, por el contrario, si el impedimento surge después de constituirse en mora, y si es temporal, al desaparecer. Si se trata de mutación no lo impide el estar confirmada la pro-

<sup>(40)</sup> Id. id. disp. CCLIV, nums. 7, 8 y 11.

<sup>(41)</sup> Id. id. disp. CCLXIII, num. 9. Respecto a lo que ocurre en Derecho canónico se inclina a la opinión de que no concede acción la promesa, mientras no sea aceptada. Disp. cit. num. 11.

<sup>(42)</sup> Id. id. disp. CCLXX, num.: « ... diga lo que quiera G. López en contrario... ».

mesa por juramento, pero, sin embargo, no es suficiente que el promitente no se haya penetrado bien del alcance de la promesa. Tratándose de promesa recíproca, aunque no se trate de contraprestación, es lícito el incumplir por el incumplir <sup>(43)</sup>.

Dentro de su misma afeción al Derecho de Castilla en el terreno de las obligaciones, Molina destaca que en aquel reino no hay lugar al desistimiento en los contratos innominados, al igual que en el Derecho canónico y en el fuero de conciencia, todo ello según el Ordenamiento de Alcalá y la Nueva Recopilación, y opina que el Papa debería abrogar las leyes civiles que admiten en los citados contratos innominados el desistimiento y la repetición de lo ya pagado, pues ello, según el teólogo, favorece el pecado y multiplica los pleitos, « inventado más sutil que útilmente por el Derecho civil de los paganos » <sup>(44)</sup>. En cuanto a la promesa de acto ajeno, Molina destaca también como el Ordenamiento de Alcalá ha derogado la sutileza del Derecho común que prescribía la nulidad, y ha consagrado la existencia de la misma obligación que si hubiera prometido hacerlo él mismo. Sigue a Covarrubias, quien a su vez siguiendo a Panormitano, Felipo y otros, dice que lo mismo ocurre por equidad canónica, e, incluso, en las causas matrimoniales por el Derecho civil. Si lo que se prometió es que se procuraría que otro lo hiciera, si es negligente se le obliga a cumplirlo e indemnizar, según las Partidas. Molina sigue a Covarrubias en la opinión radical de que si lo que se ha prometido es procurar y conseguirlo, no se queda libre por haberlo intentado, sino ha de indemnizar o sufrir la sanción penal, si hubiera habido cláusula penal, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el Ordenamiento de Alcalá <sup>(45)</sup>.

La doctrina jurídica española posterior a la guerra civil, muy afecta a la segunda escolástica, ha tenido que reconocer los inconvenientes que ofrece en algunos aspectos, pero ha procurado paliarlos en todo momento. Fraga Iribarne, que editó y vertió la obra principal de Molina, reconoce que éste en algún pasaje maneja un concepto de la causa que es en gran parte subjetivo o psicológico,

---

<sup>(43)</sup> Id. id. disp. CCLXXII, pags. 385-392.

<sup>(44)</sup> Id. id. disp. CCLVIII, num. 8.

<sup>(45)</sup> Id. id. disp. CCLXVIII, nums. 4-5.

pero a continuación dice que lo hace no sin cierto matiz de objetividad y que en otros pasajes distingue la causa objetiva o « negotium » de la causa subjetiva <sup>(46)</sup>. Tras registrar que Molina se inclina al Ordenamiento de Alcalá como superior, incluso, al Derecho canónico <sup>(47)</sup>, desvía la responsabilidad hacia el legislador castellano, al que acusa de dejarse llevar de un espiritualismo exagerado <sup>(48)</sup>, y manifiesta que si bien Molina es un « espiritualista », como no podía menos de serlo, es también un gran « realista », dedicándose luego a denigrar al iusnaturalismo europeo, por considerarle una construcción fría, exageradamente individualista, y en el que la idea del Derecho natural « pierde la vida al desvincularse de su inevitable base teológica » <sup>(49)</sup>.

## II.

### LA IDENTIFICACION CON LOS INTERESES DE LA IGLESIA Y DE LA MONARQUIA CASTELLANA.

La doctrina jurídica dominante española posterior a la guerra civil ha adoptado como bandera filosófica la de la segunda escolástica. Como consecuencia de ello, ha procedido a una apología de la misma sin medida y de forma tan desproporcionada, que es muy posible que en un futuro no muy lejano la perjudique más que la beneficie. Venancio Carro, uno de los más conspicuos estudiosos, llega a declarar que los integrantes de la escuela « no eran hacendistas ni políticos socializantes » y « se hallaban distantes de las disputas sobre intereses y partijas » <sup>(50)</sup>. Independientemente de que no puede considerarse en nuestros días como timbre de gloria el no ser « un político socializante », máxime cuando se parte de bases religiosas, es obvio que no puede haber ningùn movimiento ideológico o doctrinal que sea capaz de aislarse respecto a los intereses de su tiempo. Por si fuera poco, en el caso

<sup>(46)</sup> FRAGA, *op. cit.*, tomo II, vol. I, notas en pags. 240-242.

<sup>(47)</sup> Id. id., pag. 81. Según Fraga, Molina cree que los pactos nudos producirán siempre obligación natural.

<sup>(48)</sup> Id. id. pag. 82.

<sup>(49)</sup> Id. id. pag. 84.

<sup>(50)</sup> VENANCIO CARRO, *op. cit.*, pag. 187.

de la segunda escolástica no se trata de personas a quienes une de la segunda escolástica no se trata de personas a quienes une una mera correspondencia ideológica, sino de miembros de una amplia comunidad, como es la Iglesia, caracterizada, por otra parte, por uno de los más gigantescos acopios de riquezas que hayan conocido los tiempos.

Los miembros de la segunda escolástica se caracterizan en cuanto al Derecho privado por la defensa de las instituciones beneficiadoras de los intereses económicos de la Iglesia, y esto parece comprobarse en los siguientes aspectos: *a)* concepción general del Derecho; *b)* capacidad jurídica o de obrar; *c)* concepto de la propiedad; *d)* función del juramento, y; *e)* derecho testamentario.

En cuanto a la concepción general del Derecho la segunda escolástica parece inclinada a no aceptar la coercibilidad como una nota esencial. Esto puede ser el resultado simplemente de la transposición de lo que sucede en el fuero de conciencia <sup>(51)</sup> al fuero exterior o la ausencia de diferenciación entre moral y derecho, que puede haber sido una de las características del iusnaturalismo castellano o católico frente al europeo o protestante. Sin embargo, si se observa la doctrina en Soto puede extraerse otra conclusión. Para el teólogo castellano está fuera de lugar el afirmar que alguien reciba de la comunidad la potestad de dar leyes, debiendo recordarse que para Santo Tomás, esta facultad sólo pertenece a la comunidad o a la persona pública que tiene el cuidado de ésta. Pero, enseguida, afirma que los estatutos de la Iglesia son leyes, porque aquélla tiene fuerza coercitiva espiritual por la vía de la excomunión, y por esa misma razón puede hacer leyes. Esto supone que la escuela no excluye el que al Derecho le caracteriza una determinada fuerza o « coacción », pero ante el hecho de que no posee la potestad legislativa, sustituye la « coactio » física por la mera « vis coercitiva spiritualem » <sup>(52)</sup>. Téngase en cuenta que Soto no puede afirmar que en este caso la « universidad » sea una

---

<sup>(51)</sup> OTTE, *op. cit.*, pag. 13-15 lo señala respecto a Vitoria.

<sup>(52)</sup> DOMINGO DE SOTO, « *De legibus* », ed. crítica y trad. con estudio preliminar, notas e índices por Francisco Puy y Luis Nuñez, Universidad de Granada, 1965, c. 90, art.: « ... Statuta vero nostrae Universitatis sunt leges quia habemus vim coercitivam spiritualem per vim excommunicationis. Et eadem rationem praelati possunt facere leges ».

comunidad perfecta siguiendo a Aristóteles, y que, por otra parte, considera que los estatutos que se redactan en las asociaciones no son leyes propiamente hablando <sup>(53)</sup>.

A este mismo deseo de reforzar la potestad legislativa de la Iglesia responde la doctrina de Soto, y en ello parece seguir a Santo Tomás y oponerse a Lutero, en el sentido que toda ley positiva justa obliga en conciencia, cuando el reformador alemán, por el contrario, predicaba que, incluso, ni la Iglesia, el Papa o el Concilio poseían potestad para obligar bajo pecado mortal, pues sólo obligaba en estas condiciones lo establecido expresamente en el Evangelio <sup>(54)</sup>. Soto refuerza así considerablemente el Derecho canónico, como también el Derecho civil, pero cuando está de acuerdo con el derecho natural, pues en otro sitio establece que tan pronto la ley positiva contradiga la natural no obliga y cualquiera puede obrar contra ella <sup>(55)</sup>. En el mismo sitio concluye frente a Lutero que Cristo no legisló todo lo necesario, pues siendo variable la condición de la humanidad es necesario cambien las leyes, y es por eso por lo que fue necesario que Cristo dejara esa potestad en la Iglesia y que, pese a todo, pues enumera varias causas contrarias, el poder civil pueda dar leyes que obliguen en conciencia, y alguna vez bajo pecado mortal <sup>(56)</sup>.

En cuanto al problema de la capacidad jurídica, como era de esperar, la escuela está afectada por los prejuicios religiosos. Molina no llega a negar capacidad de testar al excomulgado, de acuerdo en esto con el Panormitano y Covarrubias y frente a Claro, pero admite la incapacidad cuando se ha establecido como pena por un delito, configurando éste, precisamente, como el de perseguir hostilmente a un Cardenal, o matarle o capturarlo <sup>(57)</sup>. Atribuye testamentifacción pasiva a las personas jurídicas, pero excluye entre éstas a las comunidades de judíos, para lo que se apoya en el Código y debe referirse a Portugal, pues habla de que esto debe ser así aunque los dichos infieles vivan y sean tolerados, como ocurría

---

<sup>(53)</sup> Id. id.: «... in confraternitatibus...».

<sup>(54)</sup> Id. id. cuestion 96, art. 4, lec. 12.

<sup>(55)</sup> Id. id. cuestion 95, art. 2.

<sup>(56)</sup> Id. id. en la misma lec. 12.

<sup>(57)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CXXXVII, num. 7.

en su tiempo <sup>(58)</sup>, y esto no podía predicarse de España, de donde habían sido expulsados hace mucho tiempo.

En el terreno de estos prejuicios religiosos hay que situar a Suárez en su actividad jurídica más influyente, como la dictaminadora. Uno de los casos que se le proponen es el de un presbítero de buena reputación que tiene relaciones con una mujer corrompida. Sospechando el presbítero que ella ha mantenido también relaciones íntimas con un escolar, le quita el hijo que ella tiene de él y le pone al cuidado de la comunidad. Al preguntársele a Suárez si el presbítero debe reconocer el hijo y si debe restituir a la comunidad los gastos hechos en su manutención, elude la primera cuestión por las dificultades para determinar la certidumbre de la prole, y en cuanto a lo segundo no se le ocurre sino que el hijo sea restituído a la madre para que sea ésta la que le reconozca y le proporcione algún remedio de vida. Se coloca aparentemente de parte de la madre al afirmar que se hizo injusticia al quitarle el hijo, y también de parte del hospital en cuanto se le obligó a gastar involuntariamente, pero, en realidad, lo que hace es exculpar al presbítero y gravar económicamente a la madre <sup>(59)</sup>. Al replicársele que la madre era muy pobre, pero que el padre no podía estar cierto de la paternidad, pues, además, no se había podido ver la criatura y la semejanza no era prueba suficiente, de conformidad con lo afirmado por Molina y los mejores juristas aportados por Menochio y Surdo, el teólogo español se apresura a tranquilizar, incluso, la conciencia del presbítero, pese a estar cierto de que éste había cohabitado con la mujer y, por tanto, había, al menos, muchas posibilidades de paternidad. Con respecto a la suerte del niño no puede ser más indiferente. Dado que la madre era pobre, el teólogo español dispensa de restituir a la comunidad y de dejar bienes al niño, ni aun a título de caridad si en ello se corre peligro de propia infamia. Sólo si esta infamia se puede excusar, y siempre que haya posibilidades de socorrerle, le parece acertado hacerlo por razón de la duda y por mayor seguridad <sup>(60)</sup>. Ningún jurista positivista hubiera utilizado el Derecho con la frialdad que lo hace

---

<sup>(58)</sup> Id. id. disp. CLIV, num. 1.

<sup>(59)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, tomo I, pags. 179-181.

<sup>(60)</sup> Id. id., pags. 182-183.



este moralista y filósofo para beneficiar a una persona investida de órdenes sagradas.

Estos teólogos tratan de la capacidad de la mujer, pero no dicen mucho en beneficio de ella. Suárez niega que la mujer que se encuentra ante el peligro de malos tratos por el marido pueda ser obligada a recogerse en un monasterio <sup>(61)</sup>, pero debe tenerse presente que para ellos la entrada en un monasterio no es considerada una pena, sino un privilegio. Molina interviene en la polémica sostenida entre el Paludano, Gabriel y otros, de una parte, para los que la mujer puede hacer limosnas y donaciones de sus parafnales, y el Navarro, de otra, que lo restringe para las legislaciones nacionales que establezcan otra cosa, teniendo en cuenta que el Derecho castellano y la costumbre portuguesa atribuían la administración de los parafernales al marido. Molina no llega a adherirse a la opinión del Paludano, en el sentido de que si la mujer se persuade de que el marido no quiere, puede proceder a distribuir sus bienes comunes en la parte que le corresponde, pero también le parece dura la opinión del Navarro en sentido contrario. Procede entonces a exponer una bella teoría del matrimonio y de la capacidad de la mujer, afirmando de ésta que no es esclava y que el varón le debe alimentos y sustentación en forma adecuada a su estado, pero todo ello desemboca en que la capacidad que se reivindica para la mujer es la necesaria para que pueda realizar limosnas y donaciones a la Iglesia sin licencia del marido, aunque a ello se añadan también las donaciones a los padres, sólo si son pobres, hermanos y consanguíneos <sup>(62)</sup>.

En cuanto al concepto de propiedad, al que ya se ha hecho referencia y sobre el que se volverá a insistir en cuanto es fundamental para juzgar a la escuela, hay que hacer notar que la segunda escolástica ha defendido en cuanto ha podido los intereses económicos de la Iglesia, como lo muestra su postura en el problema de los franciscanos menores. Esta Orden ha simulado una pobreza total en cuanto ha renunciado a la titularidad de los bienes, pero no a su uso, y es más, ha pretendido hacer recaer cualquier imputación de riqueza sobre el Pontificado, al declarar a éste como titular

---

<sup>(61)</sup> Id. id. pags. 290-291.

<sup>(62)</sup> MOLINA, disp. CCLXXIV, nums. 4-12.

de unos bienes de los que sólo la Orden era verdadera propietaria, en cuanto era incluso, la usuaria, procediendo al consumo o agotamiento de esos bienes. Juan XXII pretendió escapar a la manobra renunciando a una titularidad que no le proporcionaba ninguna utilidad. Soto, como la segunda escolástica, en general, se ha decantado de lado de los franciscanos, recurriendo a sutilezas jurídicas, como la de que el « *verum dominium* » no es el que basta para consumir la cosa, sino que alcanza a enajenarla, reivindicarla en juicio, etc. <sup>(63)</sup> e imputando la actitud de Juan XXII a odio a Occam y a otros de la Orden <sup>(64)</sup>. Como se comprenderá, la argumentación no puede ser más débil, pues se renuncia a calificar el derecho mantenido por la Orden, que no era el de un usufructo en cuanto no imponía el mantenimiento de la substancia, ni tampoco de cualquier otra clase, que hubiera exigido ciertos límites en la utilización o el pago de algún canon. El derecho de los franciscanos, en cuanto implicaba el agotamiento de la cosa, y hasta un « *ius abutendi* », no podía ser más absoluto, y si no era de calificarle como de propiedad habría de serlo con un término que indicara un derecho más absoluto aún que el de propiedad.

La doctrina sobre la eficacia del juramento en las obligaciones y actos ocupa un lugar importante en la segunda escolástica, a través de la cual demuestra aquella su vinculación al medioevo y su incapacidad para la apertura de una nueva época. La citada eficacia se contrasta: *a*) en la convalidación general de obligaciones; *b*) en el impedimento para revocar; *c*) en la vestimenta de los pactos, y *d*) en el sanamiento de la insinuación.

Respecto al primer punto, Molina dedica todo un título a enumerar « en qué casos obligan los contratos, enajenaciones y promesas, nulos por derecho humano y aun por derecho natural, siendo confirmados por juramento » <sup>(65)</sup>. La enajenación del fundo dotal inestimado por el marido se convalida si la mujer confirma la enajenación por juramento, obligándose a no contravenir ni repetir, para lo que se apoya en el Derecho canónico y dice que como la ley civil no ordena a la mujer que contravenga la enajenación

<sup>(63)</sup> Soto, *op. cit.*, en nota 19, pag. 92.

<sup>(64)</sup> Soto, *op. cit.* en nota 9, lib. IV, quest. 1.

<sup>(65)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CXLIX.

después de hecha, sino que sólo le autoriza, y como dejar de impugnar un contrato y de repetir no supone un perjuicio para tercero, por lo que se puede cumplir sin daño para la eterna salvación, el juramento de la mujer produce obligación, so culpa de perjurio, y pese a la anulación del contrato por derecho civil <sup>(66)</sup>. También considera convalidados por el juramento los contratos celebrados sin solemnidades del Derecho civil o la aceptación como suficiente de una dote o de una parte legítima <sup>(67)</sup>.

Para Molina, el juramento prestado no se invalida simplemente por la violencia, dolo o miedo, precisándose de su relajación por el Prelado, la cual no se concede cuando el que jura no ha cometido injusticia <sup>(68)</sup>. Entre otros argumentos utiliza el de que estamos obligados por Derecho natural a cumplir el juramento que se pueda observar sin perjuicio de la salud eterna, mientras no se nos dispense de la obligación so pena de injuriar a Dios poniéndole por testigo de una promesa infiel <sup>(69)</sup>. Diferencia el juramento hacia un hombre y hacia Dios, pues para que obligue el primero basta con que la cosa no sea ilícita, en tanto para que lo haga el segundo ha de ser cosa moralmente buena <sup>(70)</sup>. En el segundo caso la relación corresponde al Papa y Prelados, en su caso, mientras en el primero, a la persona beneficiada <sup>(71)</sup>.

Con todo, Molina se muestra en este terreno menos radical que Covarrubias, y entiende que también el poder laico puede relajar del juramento cuando lo exige el bien político y civil, refiriéndose a casos en que el juramento y el perjuicio no trascienden del fin del Estado político y secular <sup>(72)</sup>. Esto es a causa de la afección de Molina al Derecho castellano, en el que se ha prohibido poner juramento en las obligaciones, a fin de que no sean de fuero mixto <sup>(73)</sup>. Frente a Alvaro Velasco y otros no lo cree censurable, pues los príncipes seculares pueden lícitamente defender su jurisdicción,

---

<sup>(66)</sup> Id. id. num. 1.

<sup>(67)</sup> Id. id. nums. 2-3.

<sup>(68)</sup> Id. id. num. 4.

<sup>(69)</sup> Id. id. num. 8.

<sup>(70)</sup> Id. id. num. 9.

<sup>(71)</sup> Id. id. num. 11.

<sup>(72)</sup> Id. id. num. 12.

<sup>(73)</sup> Nueva Recopilación, IV, 1, 11-12.

con lo que apoya la monarquía castellana, aparte de que los intereses de la Iglesia los considera a salvo en cuanto las mismas leyes castellanas permiten el juramento en los contratos de arrendamiento de iglesias o de bienes eclesiásticos por laicos, en contratos que sin juramento serían inválidos y en los casos de dote, arras, ventas, enajenaciones y donaciones perpetuas (74).

En cuanto a la donación de bienes presentes y futuros es preciso tener en cuenta que Molina defiende su convalidación por el juramento, pues para él privarse de la facultad de testar por donación etc. no es un acto que se oponga a las buenas costumbres, en el sentido de que suponga culpa mortal o venial. De acuerdo con Covarrubias recurre al argumento de que los que se pronuncian por la invalidez creen que sería válida, incluso sin juramento, cuando es a favor de una iglesia, y excluye al Derecho civil en tales casos por no tener aplicación en donaciones y últimas voluntades en favor de obras pías (75).

En cuanto a la intensidad de la convalidación, Molina se plantea si la obligación nula de pleno derecho es revivida por el juramento o si sólo obliga por éste. Con todo es menos radical que lo habían sido Bártolo y el Panormitano anteriormente, o lo era Covarrubias en su tiempo, pues se inclina a la segunda solución, aunque del juramento hace derivar dos obligaciones: *a*) la general del juramento, que en cuanto personal no se transmite a los herederos, y *b*) la concreta que emana del derecho del beneficiado a recibir una cosa, que sí obliga a los herederos (76).

La doctrina española actual no ha podido por menos que registrar también las debilidades de la escuela en este aspecto, y el propio Fraga, ha reconocido consecuencias exageradas en el caso del juramento promisorio, aunque es curioso que le ataque como un caso de autonomía de la voluntad privada, que puede derogar la ley pública como consecuencia de la falsa interpretación de

---

(74) MOLINA, *op. cit.*, y *loc. cit.*, num 15. En num. 17, Molina añade que si se confirma por juramento promesa no ilícita del promitente, pero creyendo que el favorecido no puede recibirlo con tranquilidad de conciencia, como en caso de usura, puede autorizar para que se discuta en juicio, y puede concederlo también el poder civil.

(75) MOLINA, *op. cit.*, disp. CCLXXX, num. 4.

(76) Id. id. disp. CL.

ciertos principios morales <sup>(77)</sup>. Es más que dudoso un triunfo de la voluntad privada cuando el que ha jurado no puede retroceder de su decisión, ni aún siendo ilegal lo prometido. Como es costumbre en la doctrina española posterior a la guerra civil siempre se buscan los precedentes de las debilidades, que en este caso se imputan a Federico I Barbarroja, con base en Martín, al haber trastornado el principio romano de que el derecho público no podía ser mudado por el pacto de los particulares, y entonces, la débil actitud de la escuela, en este caso representado por Molina, se presenta como una excepción <sup>(78)</sup>.

El juramento como factor de irrevocabilidad se encuentra en Molina aplicado al testamento, de acuerdo con Claro y frente a Bartolo. Para Molina no es ilícito por parte del que jura e, incluso, habría culpa mortal de perjurio y transgresión del voto a Dios, si el testamento se ha hecho en favor de obras pías. Como jurista, afirma que la obligación de no revocar no procede de la naturaleza del testamento, que, como es sabido, es revocable, sino del juramento, no constando que éste sea anulado y, sobre todo, le interesa mucho este problema en el supuesto de las causas pías <sup>(79)</sup>. En el supuesto de que el obligado por juramento a no revocar, hiciera otro testamento revocándolo, aunque reconoce que es verdadera la opinión de que hay que estar al segundo testamento, dice que en habiendo algún fundamento deberá estarse más bien al primero, tanto en el fuero de conciencia, como en el externo, y se le debe al primer heredero lo que se hubiera enriquecido si se le hubiera cumplido la promesa <sup>(80)</sup>.

En el terreno de la vestidura de los pactos, Molina se inclina a considerar el juramento como uno de los modos frente a algunos canonistas, para los que como en el Derecho canónico no hay texto que altere el Derecho civil <sup>(81)</sup> habría que estar a éste y sólo admitían el que el juez eclesiástico le compela a cumplirlo.

Para Molina, el juramento también sana la falta de insinuación. Para él, como el donar más de quinientos sueldos no es de suyo

<sup>(77)</sup> FRAGA, *op. cit.*, tomo II, vol. I, pags. 79-80.

<sup>(78)</sup> Id. id.: « ... cosa extrañísima, dado su buen juicio habitual ».

<sup>(79)</sup> MOLINA, disp. CLI, num. 5 yss.

<sup>(80)</sup> Id. id. num. 25.

<sup>(81)</sup> Id. id. disp. CCLVI.

malo ni está prohibido por el Derecho romano o el de Castilla, sino únicamente anulado cuando se hace sin insinuación para el bien común de la república, entiende que se convalida por el juramento. Si una donación que excede de quinientos sueldos se confirma por juramento es válida aunque no sea insinuada, pese a las disposiciones del Derecho romano y castellano <sup>(82)</sup>.

Con todo ello, y como ha reconocido el propio Fraga Iribarne, la causa de las obligaciones se evapora con la teoría de un juramento que debe cumplirse con tal que ese cumplimiento no implique intrínsecamente pecado <sup>(83)</sup>, con lo que la escuela se invalida para ejercer una influencia saludable en el Derecho privado de su época y del futuro.

En cuanto al Derecho testamentario, ya se ha hecho notar también la interferencia del juramento en él <sup>(84)</sup>, a lo que hay que añadir otras actitudes de la segunda escolástica en las que está presente una clara defensa de los intereses económicos de la Iglesia.

En primer lugar, Molina, como máxima concesión, realiza la de que puede no ser culpa mortal el morir « ab intestato », en cuanto que los bienes pasarán a los herederos a los que se puede instituir sin culpa mortal, y muchas veces aún sin culpa venial. Sin embargo parte de que es pecado mortal el no testar cuando es necesario descargar la conciencia en cuanto a deudas que si no se expresaran en el testamento o codicilo no se pagarían o supondría molestias y gastos para los acreedores, y para manifestar cosas cuya ignorancia se seguirían escándalos, odios o litigios, si no se hiciera, y, además y sobre todo, para Molina la recta razón y el ejemplo de la mayoría exige que según la cantidad de los bienes y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes, el próximo a morir debe disponer algo para la salud del alma cuando no conste ciertamente que el heredero o herederos lo harán con suficiencia, y cuando el tiempo aconseje que debe hacer testamento, se le debe amonestar para que lo haga con solemnidades y aconsejarse que lo haga mientras esté sano <sup>(85)</sup>.

---

<sup>(82)</sup> Id. id. disp. CCLXXVIII, num. 13.

<sup>(83)</sup> FRAGA, *op. cit.*, tomo II, vol. I, pags. 81-82.

<sup>(84)</sup> Vid. nota 79.

<sup>(85)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CXXXV, num. 1.

Para la validez en el fuero de la conciencia, que en realidad coincide con el fuero externo, Molina exige que la disposición no sea involuntaria por error, violencia o miedo injustamente inferido, pues como la libre institución de heredero, el legado y la donación « mortis causa » son actos gratuitos del mismo tipo que las donaciones « inter vivos », es necesario que se de en el donante la libertad que excluye la involuntariedad mixta <sup>(86)</sup>. En este ardoroso defensor de una libertad de testar que favorece a la Iglesia, pecan gravemente contra la justicia los que impiden a los moribundos disponer libremente de sus bienes y los halagos y los ruegos para que lo hagan no invalidan, pero si se dispone para librarse de los ruegos en cuanto importunos y molestos, habiéndose querido que los bienes pasen a otros o se gasten en obras pías, será inválida la disposición, aunque advierte Molina que ello ocurrirá raramente, y que cuando ocurra será ante todo como consecuencia del temor reverencial de mujer a marido, o de hijos a padres <sup>(87)</sup>.

Tratándose de disposiciones a favor de obras pías, Molina, el gran defensor de la libertad de testar, otorga toda clase de facilidades. El « instituyo heredero a mi alma » lo considera suficiente para interpretarse que quiso instituir por herederos a diversas obras pías, y, además, para la validez del testamento en favor de aquellas no considera necesaria la institución de heredero ni la observancia de todas las disposiciones del Derecho civil. Bastan dos testigos, varones o hembras, sin más solemnidad que la que baste atendiendo solamente al Derecho natural y de gentes, y ello aun cuando las restantes disposiciones no sean válidas. Para Molina, acorde en algunos extremos con la tradición medieval bartolista y con la coetánea de Claro y de Covarrubias, no sólo en el fuero eclesiástico, sino en el secular, debe juzgarse con arreglo a las disposiciones del Derecho canónico <sup>(88)</sup>.

La parcialísima postura en beneficio de los intereses económicos de la Iglesia se encuentra aún más explícitamente en la actividad dictaminadora de Suárez, siendo decisivo el « parecer » que emite en 15 de diciembre de 1611. El problema es el siguiente: Felipe III,

---

<sup>(86)</sup> Id. id. num. 2.

<sup>(87)</sup> Id. id. num. 7.

<sup>(88)</sup> Id. id. disp. CXXXIV, nums. 3-4.

al estar próxima a parir su esposa D<sup>a</sup>. Margarita, desea que conformándose con « las leyes, y derecho comun de Castilla » pueda « sin respeto, ni obligación a sus herederos », testar de su Real Hacienda y Patrimonio por la vía de mandas y legados, y para ello consigna doscientos mil ducados en las primeras flotas que vengan de Indias. Lo que la Reina ordenara, está el Rey dispuesto a confirmarlo, aprobarlo y ratificarlo, supliendo de su autoridad real cualquier defecto que de hecho o de derecho, de forma, orden, substancia o solemnidad pudiera haber intervenido. La Cédula, como es preceptivo en Castilla, es señalada a las espaldas por el Presidente y los de la Cámara, y se expide en Valladolid en 4 de septiembre de 1601. La Reina antes del parto redacta un codicilo en que manda hasta doscientos mil ducados para obras pías, pero no lo otorga todavía por estar sana « y por ciertos y iustos respectos », aunque estando todavía en sí dice al Rey que querría que valiera el codicilo y se halla presente una dama que se compromete a jurarlo. También se compromete a jurar el Confesor de la Reina, y a éste el Rey le da poder para que declare donde fuere menester. No obstante, como no consta que la Reina interviniera con su mano en el codicilo, se plantea el problema de la validez.

Un jurista de nuestros días, se plantearía si con arreglo a las leyes y derecho común de Castilla es posible que una persona legara sin atender las legítimas, y atendiendo que el codicilo no llegó a ser tal, precisamente, por algunos escrúpulos de la propia mandante, hubiera concluído la invalidez de la manda. Suárez, sin embargo, no obra así. Sin traer a colación el Derecho positivo lo que si plantea es en términos de abstracción si la facultad conferida por el Rey a la Reina es válida, en cuanto afirma no contiene derogación, ni general ni especial, de las leyes, las cuales requieren ciertas solemnidades para que valgan los testamentos y codicilos. Utilizando el clásico método de exponer primero la opinión que no se comparte, niega la validez por ser rescripto contra derecho, pero luego, como ha sentado la afirmación gratuita de que no se ha derogado ninguna ley, afirma la validez de la disposición, pues no se trata de un rescripto contra derecho, sino de un privilegio concedido a alguien aún sin cláusula derogatoria. Despreciando el problema del posible perjuicio a terceros se dedica a definir lo que es y lo que no es un rescripto contra « ius



elicitem ». Un rescripto de este tipo lo considera sólo cuando no hay razón final ni impulsiva para concederse, sin molestarse en razonar cual es la razón que existía en este supuesto, y concluye que ni aun necesitaba cláusula derogatoria por las grandes y urgentes razones que había para que el Rey concediera lo concedido, por lo que la situación era « extra terminos rescripti contra ius elicitum », aparte de apoyarse en que la cláusula real de suplir todo defecto era aun más amplia que la derogatoria, que estaba señalada por el Consejo de Castilla, etc.

Después, desorientando, es decir, tratando de aparecer meticuloso en su razonamiento, se plantea como segunda cuestión la de si la Reina podía por derecho suyo y sin licencia del Rey hacer testamento, cuestión bizantina y que sobraba porque ya había concluido antes que existía la licencia del Rey y que era válida. A aquello contesta primero negativamente porque la Reina no puede tener más privilegio que el que tiene el Rey y, además, que si bien el Príncipe es « legibus solutus », y aquí se hunde todo el supuesto andamiaje democrático de la segunda escolástica, no lo es el de la Augusta, pero luego se inclina también por la afirmativa en base a que los privilegios de los Reyes se comunican a las reinas, y también hubiera sido válida la disposición si no se hubieren observado las leyes del reino. Concluye, y la conclusión es significativa, « que el dicho codicilo es valido y que se debe cumplir iniolablemente y aunque el rigor del derecho stubiera en contrario » (89).

Si este parecer dice muy poco del rigor jurídico de Suárez, se confirma con el que emite al plantearse en el mismo problema la validez del legado de la reina al Colegio de los Jesuitas de Salamanca. Las dudas que se suscitan tienen por base: a) la superveniencia de hijos; b) las deudas que agobiaban al Patrimonio Real, c) las posibles limitaciones a la facultad de testar.

Suárez principia por ensalzar el valor de las donaciones que los reyes hacen a las reinas, a las que califica de muy privilegiadas, con lo que se está cubriendo frente a una posible aplicación de la única norma justa, que es la general, y que desmiente la supuesta

---

(89) El parecer es de 15 de diciembre de 1611, y se encuentra en SUÁREZ, *op. cit.*, tomo I, pag. 317-326.

tendencia de esta segunda escolástica hacia la sumisión de los reyes a la normativa general. Llega, incluso, a afirmar que la donación hecha por una persona real a un particular, aunque fuera de hacienda de un tercero, es válida, y que éste no podría actuar contra el donatario, sino contra la hacienda real, con lo que está insinuando que aunque la donación se anule ello no afectará al colegio de su Orden, cuyos intereses está defendiendo sin duda alguna.

Respecto a la superveniencia de hijos, Suárez se apoya en que su incidencia se produce cuando no existen aquéllos ni esperanza, en tanto en el caso de la reina había preñez y, por tanto, la donación se produjo con todas las consecuencias, en lo que, sin duda, actúa con mayor objetividad. Respecto a los agobios del patrimonio, y en esto también actúa con rigor, manifiesta que no dará lugar a una dispensa, sino, en todo caso, a que se difiera el cumplir la obligación.

Cuando la falta de rigor de Suárez llega a límites insospechados es posteriormente, cuando se plantea el problema de las limitaciones de la Reina en la facultad de testar. El obstáculo que se opone al Colegio jesuíta es el de que la Reina había tenido el dominio de doscientos mil ducados, de los que no debería haber testado en más del quinto, al que autorizaban las leyes castellananas. La afirmación de Suárez de que el testamento se hizo cerrado y con toda solemnidad, sin haberse revocado, es de una gran pobreza, pues las limitaciones en la capacidad de testar son independientes de la forma empleada, lo que, además, es incomprensible en quien poco antes ha superado los inconvenientes del « rigor del derecho » para declarar la validez de un codicilo no otorgado. Pero es aún peor lo que sigue, pues para escapar a la limitación del quinto, no se le ocurre nada más que considerar que la reina no ha ejercido nunca el dominio sobre los doscientos mil ducados, los cuales antes de disponer la Reina han sido del Rey, y, después, han sido del Colegio, de forma que según el eminente teólogo castellano, el dominio de unos ducados se ha transferido directamente desde la Hacienda Real hasta el Colegio de una Orden religiosa en virtud de una disposición testamentaria de quien en ningún momento ha sido la propietaria o la titular del dominio de lo transferido. Como esto no le ha debido convencer en el fuero interno, no deja de alegar que si solo hubiera podido legar el quinto, es decir, cua-

renta mil ducados, no hubiera tenido objeto el que el Rey la hubiera dado doscientos mil para legar. Finalmente, y de forma embarrullada, respecto a los dos testigos exigidos por el Derecho canónico, afirma que el Pontífice tratándose de obras pías no pide dos testigos « contestes », sino dos testigos legítimos, con lo que trata de superar otro obstáculo más como fue el de que sólo hubiera un testigo presencial, el de la Condesa de Lemos, y, además, el que está derogado por lo ordenado por el Rey en la cláusula, por lo que su valor se deja sólo al Derecho natural, en el que es cosa constante bastan los testigos singulares <sup>(90)</sup>. No es casi ni menester hacer observar que el Derecho natural nunca fué un Derecho supletorio dentro del ordenamiento castellano, el cual aparece fijado en el Ordenamiento de Alcalá, después reproducido con más o menos matices en las Leyes de Toro y en la Nueva Recopilación. El dictamen, pues, de Suárez es uno de los peores dictámenes que se han podido emitir en materia jurídica dentro de la época, y aún dentro de todas las épocas de la Historia del Derecho.

7. *La identificación de España con Castilla y la indiferencia hacia los territorios hispánicos periféricos.*

Al estudiar Otte la doctrina del derecho privado en Vitoria afirma que éste, unido al derecho español, no aparece influido por él, así como que no juzga las relaciones jurídicas españolas según el derecho español, sino según los fundamentos de la teología moral <sup>(91)</sup>. Es más que dudoso que Vitoria, pese a que sus maestros hayan sido los franceses, alemanes, etc. más que los propios españoles, haya estado ausente en ningún momento de la realidad jurídica española. Al menos, en el aspecto público, que es el que le ha dado fama y notoriedad, aparece claro que su única preocupación la ha constituido el Imperio español, y que si él ha derribado un orden internacional para sustituirle por otro es porque aquél no era ya el capaz de sustentar la hegemonía castellana en el orbe de su época.

---

<sup>(90)</sup> Id. id. pags. 387-395.

<sup>(91)</sup> OTTE, *op. cit.*, pags. 36-38.

De todas formas, e independientemente de lo que pueda predicarse de Vitoria, lo que no podría afirmarse nunca es que la segunda escolástica en su conjunto haya estado alejada del derecho español, o mejor dicho, del derecho castellano, en cuanto ha mostrado una gran indiferencia hacia los restantes ordenamientos jurídicos hispánicos de la época, extremo sobre el que nadie ha fijado su atención.

La atención de la escuela a los derechos peninsulares como el portugués y, en especial, el castellano, ha sido destacada anteriormente, siendo clara en hombres de la talla de Soto, Molina y Suárez. A lo dicho allí cabría añadir otros ejemplos. Molina defiende la legislación castellana de protección familiar. En Castilla está prohibido el que el hijo de familia, sea menor o mayor, y cualquier menor sometido a tutela o curatela pueda comprar cosa a crédito por sí o per persona interpuesta sin autorización del padre, tutor o curador, así como vender a crédito, siendo nulo aunque se confirmase con juramento. Molina lo considera defendible, incluso en el fuero interno, pues se ha establecido para el bien común y el legislador pudo establecerlo justamente en el sentido explicado, debiendo creerse que no pretendió otra cosa, pues de lo contrario dicha ley daría ocasión de pecado, lo que Molina considera no puede presumirse en un legislador cristiano en caso semejante <sup>(92)</sup>.

No debe considerarse ajena a los intereses de la Monarquía castellana la defensa de la esclavitud que realiza la nueva escolástica, y sobre la que habrá de insistirse más adelante. No puede decirse que Soto o Molina están inmersos en una atmósfera de total unanimidad sobre el problema, que les impide ver claro, pues un franciscano de su época, Bartolomé de Las Casas, está, precisamente, atacando la servidumbre en aquel momento, quizá, sin gran rigor de jurista, pero con una enorme dosis de moral cristiana.

La identificación de España con Castilla es un hecho sobre el que nadie creo que ha fijado su atención, pero que debe señalarse. A título de aclaración para los estudiosos extranjeros hay que hacer constar que España como forma política unitaria no es conocida hasta los Borbones, desde principios del siglo XVIII, y que, desde los Reyes Católicos a fines del siglo XV, y durante los Austrias a

---

<sup>(92)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CCLXI, num. 4.

través de los siglos XVI y XVII, la Monarquía gobierna un complejo en el que destacan tres reinos, que son los de Castilla y León, Navarra y la Corona de Aragón, integrada ésta última a su vez por los reinos de Aragón, de Valencia y Mallorca, el Principado de Cataluña y los territorios de Italia. El monarca es el mismo en todos, pero las instituciones político-administrativas no son generales, sino particulares, y el sistema normativo es distinto, incluso dentro de alguno de los bloques componentes, como ocurre en la Corona de Aragón, donde Aragón, Cataluña, Valencia, Mallorca y los territorios italianos disfrutaban cada uno de sus ordenamientos diferenciados y de sus procedimientos distintos de renovación de esos ordenamientos.

A la vista de lo expuesto, parece lógico suponer que la segunda escolástica se referirá a los distintos territorios de la Monarquía cuando haya de utilizar derecho positivo, y no identificará a España con uno sólo de ellos, sino con el conjunto, y, sin embargo, esto no sucede así.

Cuando Soto se ocupa del valor de cambio del oro amonedado o del oro dedicado a usos determinados, se refiere a que el príncipe de la república puede prohibir este cambio al por menor entre los particulares y cita el caso de « Hispania », en que ya hace tiempo se procuró por medio de una ley, ya para evitar la injusticia del incremento en el precio, como para evitar que el oro marchara al extranjero <sup>(93)</sup>, con lo que identifica a España con Castilla. Cuando el mismo teólogo trata sobre la fuerza de la costumbre, no deja de ser curioso que cita el caso de los venecianos y silencio, sin embargo, el de los aragoneses, ejemplo que tenía mucho más próximo <sup>(94)</sup>.

El caso últimamente citado puede justificarse por el hecho de que Soto está adscribiendo la gran fuerza de la costumbre como elemento normativo a las comunidades que se encuentran bajo el sistema de libertad y, por tanto, sin Príncipe ni régimen monárquico, sino democrático, pero su postura se encuentra igualmente en otros miembros de la escuela. Molina, por ejemplo, se preocupa del problema de la donación y enajenación de inmuebles en el

<sup>(93)</sup> Soto, *op. cit.*, en nota 9, lib. VI, cuestión IX, art. único.

<sup>(94)</sup> Soto, *op. cit.* en nota 52, cuestión 97, art. 3, lec. 16.

matrimonio, que en Portugal no puede hacerse sin el consentimiento de la mujer, aunque se entiende que el marido en cuanto administrador puede hacer donaciones de poca importancia. Encuentra más libertad para el marido en Castilla, de acuerdo con el otro Molina y con Gutierrez, aunque entiende que aquél no podrá hacer excesivas, en cuanto enajenar no comprende propamente donar, y, además, por « equiqueya », pues la ley sería irracional y poco equitativa, lo que no se presume en los legisladores cristianos. También discute el problema de las donaciones a las concubinas <sup>(95)</sup>. Lo interesante es destacar aquí que examinando el problema a través de las legislaciones de Portugal y de Castilla, en ningún momento se preocupa Molina por hacerlo a la luz de la legislación catalana, por ejemplo, en cuanto también hispánica representaba una solución totalmente distinta, en virtud de un sistema dotal que le aproximaba a la separación de bienes. El mismo teólogo-jurista se ocupa de la nulidad del testamento escrito por el hermano heredero y por el cónyuge cuando se nombran recíprocamente herederos <sup>(96)</sup>, sin que se le ocurra ni remotamente hacer referencia al testamento mancomunado característico de la legislación aragonesa. Molina habla de « in nostro Hispaniae Regno » o « de nostro regno » cuando se refiere a que las leyes puramente prohibitivas no anulan los actos, indicando, sin lugar a dudas Castilla, pues, incluso, da como vigente en « Hispania » la « Non dubium » <sup>(97)</sup>, que podría estarlo en Castilla, y hasta en Cataluña y Mallorca, pero nunca en Aragón.

---

<sup>(95)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CCLXXV. Según Molina lo dado a la concubina es nulo, pero no puede repetirse si es precio justo por el abuso del cuerpo, y no cree que el privilegio militar de repetir lo dado a las concubinas se extienda a los eclesiásticos.

<sup>(96)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CXXV, num. 5. Cree que la nulidad será después de la sentencia, pues las leyes romanas que lo determinan son penales. Si el que lo ha escrito sabe que verdaderamente fue la voluntad del testador, y que él no ha tenido culpa al escribirlo por ignorar invenciblemente la ley, cree que nadie puede pedirse le condene a perder herencia o legado, ni retenerlo con tranquilidad de conciencia, aunque sea condenado. No habiendo culpa no puede ordenarse ejecución de la pena. Por ello, el instituido heredero podría hacer una oculta compensación.

<sup>(97)</sup> SUÁREZ, « *Tratado de las Leyes y de Dios legislador* », Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1967, tomo III, Madrid, 1968, pag. 603. (lib. V, cap. XXX).

Más representativo todavía, quizá, que Molina en este aspecto es Suárez. Llama « rey de España » a Alfonso X, el Sabio <sup>(98)</sup>, y aunque éste es posible que también se lo llamara a sí mismo, en la perspectiva histórica de Suárez debía haber quedado reducido a lo que auténticamente fué, es decir, a rey de Castilla, y distingue unas « *leges Hispanorum* » de las leyes de los galos, etc. <sup>(99)</sup>, sin que por aquéllas esté entendiendo un complejo de leyes castellanas, aragonesas, navarras, etc.

No se trata en estos casos de meras imprecisiones, como puede suponerse. Plantea el problema de la vigencia de las leyes civiles llamadas « de derecho común » en los territorios del Imperio, y señala que en los reinos soberanos que no reconocen superior en lo temporal obligan, pero sólo en el grado en que hayan sido aceptadas por las leyes de estos reinos. Si el teólogo granadino había de recurrir a ejemplos, lo lógico era suponer que atendería a la realidad de los distintos reinos hispánicos, pero no es así. Se refiere a Portugal, donde dice que el derecho civil se observa cuando falta el canónico, y no en virtud propia, sino porque así lo han querido los Pontífices, no obligando « per se » y pudiendo derogarlo las leyes del reino, observándose el civil cuando falta ley del reino, porque existe un orden propio de prelación que así lo establece. Se refiere luego a Francia donde las leyes civiles no están en uso, y a continuación pasa a referirse a España, como si ésta fuera un complejo normativo unitario. Para Suárez, en España las leyes civiles, es decir, las romanas, tampoco están en uso como en Francia, según las Partidas, y como observa Gregorio López, el cual citando a Palacio Rubio también está identificando a España con Castilla <sup>(100)</sup>. El teólogo granadino sigue apoyándose en la ley de Toro, sólo castellana, que confirmó y renovó el Ordenamiento de Alcalá, también solo castellano, y según cuyos órdenes de prelación no se tiene en cuenta en el Derecho romano. Aclara que se

---

<sup>(98)</sup> SUÁREZ, *op. cit.* tomo I, Madrid, 1967, pag. 38 (lib. I, cap. VII: « ... ubi Alphonsus Hispaniae rex ».

<sup>(99)</sup> Id id., tomo III, pag. 457 (lib. V, cap. I): « ... *leges Hispanorum a legibus Gallorum etc...* ».

<sup>(100)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, tomo II, pags. 218-225 (lib. III, cap. VIII). La cita de Palacio Rubio es: « *Hispanos olim constituisse, ut qui *leges Imperatorum allegaret, capite plecteretur* ».*

permite estudiar en las universidades, con lo que sigue aludiendo exclusivamente a legislación castellana, y concluye que las leyes romanas no tienen fuerza de ley en « España » <sup>(101)</sup>, despreciando completamente la realidad de Cataluña y de Mallorca, que forman parte de España, y donde la recepción es un hecho clarísimo en los días de Suárez y desde mucho antes. Es cierto que luego se refiere a que según algunos autores las leyes romanas están recibidas en España, por vía de la costumbre, pero sigue refiriéndose a Castilla, donde lo sostienen Burgos de Paz y Antonio Gómez sin que aduzcan texto jurídico, en lo que tiene razón Suárez, como también lo tiene en que no basta que los jueces en casos semejantes y con bastante frecuencia juzguen según esas leyes, pues es de creer que eso lo hacen por atenerse a un modelo y no por obligación <sup>(102)</sup>.

El mismo Suárez, al rechazar que el término « ley » designe exclusivamente la ley civil o romana, y el término « constitución », la canónica, se fija en que las leyes civiles en el Digesto se llaman « constituciones » de los príncipes <sup>(103)</sup>, y, sin embargo, no se fija en que las leyes de Cataluña en su época reciben también ese nombre.

Suponer ignorancia en Suárez es muy fuerte, máxime cuando parece conocer el problema, pero desea eludirlo. En algún lugar expone que sucede a veces el que bajo un mismo rey existen varios reinos o varias comunidades, las cuales no componen un cuerpo político, sino por accidente y no por substancia <sup>(104)</sup>. Según Suárez sería injusto entonces el obligar a los distintos reinos con unas mismas leyes así éstas habrían de ser útiles a unas, pero a las otras, ya que entonces los términos de la comparación no son un bien común y otro, particular, sino dos bienes comunes a los que hay que atender por sí mismos y por separado con sus propias leyes. Cuando por el contrario, sigue diciendo Suárez, las comunidades

---

<sup>(101)</sup> « ... leges civiles in Hispania non habere vim legum... ».

<sup>(102)</sup> Id. id. Frente a Juan Lobo, Gregorio López y Salcedo, que dicen que se debe seguir el derecho canónico, dice que hay que entenderlo como un consejo y una norma de equidad, pues no hay ninguna razón de obligación o necesidad.

<sup>(103)</sup> Id. id. tomo III, pag. 458 (lib. V, cap. I).

<sup>(104)</sup> Id. id. tomo I, pag. 43 (lib. I, cap. VIII): « ... quasi per accidens, quia vera inter se non componunt unum corpus politicum ».



son partes del mismo reino o cuerpo político <sup>(105)</sup>, entonces el bien de cada parte se considera particular respecto a la comunidad total, pero hay que observar entonces dos cosas: una, que los perjuicios particulares no sean tantos que preponderen sobre las ventajas de los demás, y otra, que si es necesario se añada la dispensa o excepción. Cuál es el caso de la Monarquía española? Suárez no lo dice y se abstiene de citas y de ejemplos, con lo que favorece los deseos expansionistas castellanos y la tendencia centralizadora de los Austrias, existente aunque más suave que la de los Borbones, cuando la realidad política de su tiempo debía ser clara para un jurista, pues según su teoría el complejo hispánico no era un « cuerpo político », desde el momento en que las leyes eran diversas en cada uno de los elementos integrantes.

Es indudable que también en el extranjero ha existido entonces una cierta identificación entre España y Castilla, pero esta confusión no podía existir para los mismos españoles, como se demuestra en una de las raras excepciones en la escuela, y que se produce por su origen navarro, como es la de Azpilcueta. Cuando éste se defiende de las acusaciones que le hacen de amor a Francia, afirma que también él cuando se encontraba allí censuraba a los que aborrecían a los castellanos sólo por el hecho de serlo, y añade que no ocurría lo mismo con los navarros y los catalanes, que también abundaban en Tolosa, aunque no eran conocidos de todos como españoles <sup>(106)</sup>.

Sólo en los trabajos muy tardíos y por excepción, se puede encontrar alguna referencia a los ordenamientos hispánicos no castellanos. El carmelita Andrés de la Madre de Dios sigue, en general, la línea de Molina y de Suárez, que lleva hasta sus últimas consecuencias. Divide el « ius civile » en « leges Imperatorias », también llamadas « ius commune » o « Caesareum », y en « leges regias » o particulares de los reinos. Respecto a éstas se refiere al « ius Hispanum », como el que le corresponde, y que como se verá no es otro que el Derecho castellano. En efecto, le divide en

---

<sup>(105)</sup> « ... sunt partes eiusdem regni, seu politici corporis... ».

<sup>(106)</sup> MARTIN DE AZPILCUETA, « Comentario resolutorio de cambios », con introducción y texto crítico por Alberto Ullastres, José M. Pérez Prendes y Luciano Pereña, C.S.I.C., Madrid, 1965. Vid. la « Carta apologética » en la Introducción, pag. XLIV.

cinco partes que son: *a*) las «leges fori», a las que se reducen las «leges» y que en «Hispania» se llaman vulgarmente del «Fuero Juzgo», el cual contiene las leyes más antiguas de Hispania, que sólo obligan si se prueba su uso; *b*) las Partidas, que son de fuerte observancia en «Hispania», desde el tiempo de los Reyes Católicos Fernando e Isabel; *c*) las leyes «Ordinamenti», compuestas en ocho libros después de las Partidas, y que no es otro que el Ordenamiento de Montalvo; *d*) las leyes de Toro, ordenadas en la ciudad de Toro por Fernando e Isabel, las cuales según el *carmelita* se observan «in his Regnis», y *e*) la llamada «Nova Recopilatio», compiladas por Felipe II y ampliadas por orden de Felipe IV, las cuales según el *carmelita* son el derecho novísimo «de estos reinos» <sup>(107)</sup>.

Tratando de las cosas tenidas por perdidas o no atribuídas nunca a ningún propietario, y que, por tanto, son aprehensibles por ocupación, el *carmelita* admite que los «Principes terrarum» donde se encuentren puedan dar leyes prohibiendo la usurpación si no es con ciertas condiciones, y se refiere a lo que hizo «Rex noster Catholicus» prohibiendo pescar en el mar de las Indias occidentales, o coleccionar perlas, minas de oro o plata, sino con ciertas condiciones como tributos, en fuerza de cuya prohibición ne se prohíbe reservarse las perlas encontradas por la suerte, sino por la industria de buscarlas <sup>(108)</sup>. La tal disposición es también castellana, y perteneciente a la Nueva Recopilación <sup>(109)</sup>. Cuando al margen de una ley del Código de Justiniano que cita, se refiere a la regulación de los bienes vacantes «ex iure hispano», también se refiere a una disposición de la Nueva Recopilación, que es la que dispone se apliquen al Fisco para ser aplicados por regia liberalidad a la redención de cautivos <sup>(110)</sup>.

---

<sup>(107)</sup> ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, *op. cit.*, cap. I, punct. III, nums. 44-45. De las fuentes citadas se dice: «Quae cum sint ius novissimum istorum Regnorum...».

<sup>(108)</sup> Id. id. tract. XII, cap. II, punct. VIII, par. I. Sin embargo, en cuanto a la ley penal, dice no se esta obligado a restituir o declarar, sino después de la sentencia del juez.

<sup>(109)</sup> Nueva Recopilación, VI, 13, 9.

<sup>(110)</sup> ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, *loc. cit.*, num. 81. La cita de la Nueva Recopilación es V, 8, 2.

Sin embargo, y como rarísima excepción, Andrés de la Madre de Dios, tras de considerar que la patria potestad no es de derecho natural o divino, sino sólo de derecho civil, y que por la costumbre puede derogarse, registra el que « de facto » lo fue en Francia y en Aragón <sup>(111)</sup>. Otro carmelita descalzo, Antonio de San José, recoge el mismo hecho <sup>(112)</sup>, sin que sea fácil encontrar en todos estos tratadistas, que identifican Derecho castellano con el Derecho de España, una mera referencia a alguno de los diversos ordenamientos que se hallan vigentes en la época dentro de la Monarquía Universal.

¿Fue solo castellana la segunda escolástica? Al recoger en mi obra de conjunto los movimientos ideológicos jurídicos del período de la recopilación, he sustituido la expresión « iusnaturalismo español » por la de « iusnaturalismo castellano » <sup>(113)</sup> por creerlo así. Aunque los maestros hayan sido europeos <sup>(114)</sup>, el centro matriz es la Universidad de Salamanca, y después las de Alcalá, Evora y Coimbra, y, sobre todo, la identificación de la escuela con el Derecho castellano es total. No es posible desconocer la presencia también de figuras fuera de España, como Lessius <sup>(115)</sup> o Guillermo van der Muelen <sup>(116)</sup>, pero el gran núcleo lo constituyen los teólogos castellanos, que han enseñado en Castilla y en Portugal.

¿Qué ha ocurrido en los demás territorios de la Monarquía Universal? Merece ser estudiado para desvelar el secreto. Cuando se repasa la historia de la Universidad de Zaragoza, por ejemplo, se encuentra algún comentarista de la obra de Santo Tomás en

<sup>(111)</sup> ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, *loc. cit.*, cap. II, punct. X, num. 124.

<sup>(112)</sup> ANTONIO DE SAN JOSÉ, « *Compendium salmanticense... universae theologiae moralis* », ed. 6ª, Pamplona, 1797, trac. XVIII, cap. II, punc. V, num. 43.

<sup>(113)</sup> JESÚS LALINDE, *op. cit.*, par. 264.

<sup>(114)</sup> OTTE, *op. cit.*, pags. 36-38, lo destaca respecto a Vitoria. MARTÍN AZPILCUETA, *op. cit.*, pag. XLIII afirma que trajo de Tolosa a la Universidad de Salamanca « una ciencia sólida y útil del Derecho canónico », del mismo modo que un año después Vitoria introdujo una elaborada Teología estudiada en la Universidad de París.

<sup>(115)</sup> Ha sido estudiado por Feenstra, según OTTE, *op. cit.*, pags. 1-6.

<sup>(116)</sup> JUAN ILDEFONSO BATISTA DE LANUZA, « *Commentaria et disputationes in primam secundae...* », Lyon, 1648, cit. por MANUEL JIMÉNEZ CATALÁN, « *Memoorias para la historia de la Universidad Literaria de Zaragoza* », Zaragoza, 1936, pag. 68.

les partes que dan origen al iusnaturalismo de la segunda escolástica, como Juan Ildefonso Batista de Lanuza <sup>(117)</sup> o Fr. Martín Ximénez de Embún <sup>(118)</sup>. La obra de éste último, al menos, es muy pobre si se la compara con la de los maestros salmantinos. En la « De Teología abreviada », el tratado II lo dedica a « De actibus humanis », y de aquél la « quaestio V » estudia el « De involuntario propter metum », cuyo artículo V lleva como supuesto: « An contractus celebrati ex metu graui, aliquo iure teneant ». Supuesto que el acto celebrado por miedo, incluso total, resta todavía libre e imputable, la dificultad permanece respecto del contrato y su valor, es decir, el de si permanece con libertad suficiente para obligar. Ximenez de Embún emplea el método de exponer la problemática en forma de « Supongo » y de declarar su opinión en forma de « Digo », superando las objeciones que pueden oponérsele en forma de « Arguyes ». Escrito en romance, sin citas doctrinales ni referencia a legislaciones positivas, es mero compendio o breviario que no merece ser tomado en consideración <sup>(119)</sup>.

No se sabe qué es lo que ha pasado en otras Universidades, como las de Lérida, Barcelona, Valencia, etc., pero, en todo caso,

---

<sup>(117)</sup> FR. MARTÍN XIMÉNEZ DE EMBÚN, « *Tractatus in 1-2 D. Thomae* », Zaragoza, 1683, cit., por JIMENEZ CATALÁN, *op. cit.*, pag. 66. La obra está en la Biblioteca Universitaria de Zaragoza.

<sup>(118)</sup> GUILLELMO VAN DER MUELEN, « *Recitationes in titulum Digestorum de Iustitia et iure* », Utrecht, 1723.

<sup>(119)</sup> En la primera suposición divide el miedo en grave y leve, y en la segunda, el contrato en oneroso y lucrativo o gratuito, citando tipos de uno y otro. La tercera suposición está dedicada a la invalidez del contrato por derecho natural, si no consiente la voluntad interna. Las afirmaciones que sienta son las de que el contrato lucrativo con miedo grave es inválido « ipso iure », y cita el ejemplo del que da algo al ladrón por amenaza de muerte; este contrato es sin embargo, válido, si la voluntad interior consiente, como cuando quiere dar dinero por la libertad; y los contratos onerosos, celebrados por miedo grave injusto, por derecho natural son válidos si la voluntad interna consiente. Opone como objeción la de que la volición es involuntaria y no obliga por justicia, que supera afirmando que la voluntad no puede ser obligada al consentimiento. Afirma también que voto, juramento, promesa y matrimonio hecho por miedo grave, consintiendo sin embargo la voluntad, es válido por derecho natural y obliga en Dios. A la objeción de que Dios no acepta los votos coaccionados, sino espontáneos, contesta que siendo voluntarios, aunque coaccionados, porque la voluntad consiente Dios los acepta. Todo en la obra citada, pags. 149-152.

parece que el iusnaturalismo católico sólo se ha desarrollado de forma notable en Castilla y se ha identificado con este territorio, con el que también se identificó la Monarquía.

#### 8. *La defensa del racionalismo castellano frente al positivismo navarro y catalano-aragonés.*

Naturalmente, la identificación del iusnaturalismo con Castilla y la ausencia del pensamiento navarro y, sobre todo, de la Corona de Aragón en aquella corriente no puede ser fruto de la casualidad. Desde hace algún tiempo vengo insistiendo en la existencia de sistemas normativos distintos en los diferentes territorios que han integrado España, y que han respondido a circunstancias históricas muy complejas, habiendo desembocado, sobre todo, en dos posturas antagónicas, que ha sido la de un «decisionismo» en Castilla y la de un «normativismo» en Navarra y los territorios de la Corona de Aragón. Estos sistemas se han gestado en la baja edad media, en el período que yo he llamado «de integración normativa», y la distancia no se ha atenuado durante la época de los Austrias en el período que yo llamo «de la recopilación», hasta que los Borbones han concluido por cortar el nudo gordiano extendiendo el sistema castellano a la Corona de Aragón, persistiendo sólo el normativismo en Navarra, donde se ha mantenido hasta el final de las primeras guerras carlistas en 1841<sup>(120)</sup>. El iusnaturalismo se ha beneficiado del «decisionismo» castellano y ha podido ejercer en él su influencia moderadora. Por el contrario, el normativismo navarro y catalano-aragonés no le ha sido propicio, y ha preferido ignorarlo.

La acomodación del pensamiento de la segunda escolástica con el decisionismo castellano y la incompatibilidad, no siempre frontal, con el normativismo o positivismo navarro y catalano-aragonés, se manifiesta en sus rasgos siguientes: a) el racionalismo; b) el iusnaturalismo; c) el antipositivismo; d) el moralismo, y e) el legalismo o anticonsuetudinarismo.

---

<sup>(120)</sup> Vid. JESÚS LALINDE ABADÍA, «*La creación del Derecho entre los españoles*», en *Anuario de Historia del Derecho Español*, Madrid, 1966, pags. 301-377 y *op. cit.* en nota 1, párrs. 186-188, 202-207, 235-238, 252-255, 278, 335-339, 341.

En general, y sin perjuicio de que haya derivaciones voluntaristas en algunos autores no siempre claras, como es el caso de Suárez, parece que la posición de la escuela ha sido eminentemente intelectualista. Soto llega a apelar a los dioses para que se apiaden de los « modernos », que dudan de todo, hasta de lo que no se le había ocurrido a ninguno de los antiguos, como el de que la ley era un acto del entendimiento. La atribución de la ley a la voluntad es erróneo y Soto ilustra las ideas de Vitoria sobre las combinaciones lógicas, que muestran la no coincidencia entre volición y legislación, pues Dios o el legislador pueden mandar cosas que no quieren que se hagan y pueden querer cosas que no mandan con una ley. Soto avanza, incluso, en relación a Vitoria, pues señala que hay casos de la más absoluta divergencia, como cuando se manda lo que se quiere que no se haga <sup>(121)</sup>.

La ley como acto del entendimiento se adaptaba bien a un sistema decisionista, como el castellano, aunque lo imperfecto de la terminología pueda hacer aparecer lo contrario a primera vista. El sistema castellano, basado en el autoritarismo real frente a unos estamentos poco cohesionados entre sí, descansa en la ley como la representación psicológica de los intereses de la comunidad, es decir, no como un acto arbitrario, sino racional. Naturalmente, ello va unido a una confianza en el sistema monárquico, o mejor dicho, a la presunción de que el sistema funcionará bien, y de que el rey dictará la ley justa, pues en caso de no hacerlo ni ésta será ley, ni aquél será monarca, sino un tirano, cuya deposición, y hasta cuya muerte es lícita. Lo que no aparece claro es el modo de determinar la justicia o injusticia de la decisión real, que, en todo, caso, no tendrá carácter democráticos. La citada confianza en el sistema monárquico y la referida presunción de justicia en sus decisiones aparece clara en Molina, y ya ha sido citada, cuando al interpretar un precepto justifica su postura en que de ser otra la interpretación la ley sería irracional y poco equitativa, lo que no se presume en legisladores cristianos <sup>(122)</sup>.

<sup>(121)</sup> Todo esto en PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pags. xxxi-xxxii.

<sup>(122)</sup> *Loc. cit.* en nota 95. El entusiasmo de Molina hacia el Ordenamiento de Alcalá puede verse en su disp. CCLVIII, num. 8.

En Navarra y en la Corona de Aragón, aunque falte la teoría filosófica que lo explique, la ley no aparece como una decisión o representación psicológica del titular del poder público y, por ende, como un acto del entendimiento, sino como el resultado de un pacto o acuerdo entre el rey, de una parte, y el conjunto de estamentos o reino, de otra, los cuales defienden respectivamente sus particulares intereses. La ley resulta así como de una dialéctica vitalista, en la que representa la superación de dos o más géneros de intereses, que se suponen siempre habrán de ser encontrados por la fuerza misma de la vida. La « constitución » catalana, el « fur » valenciano, y, sobre todo, el « fuero » aragonés no aspiran sino, en todo caso, a un mínimo de racionalismo, pero, en ningún caso, pretenden ser un fruto racionalista. Es la Historia la que a través de las luchas entre los intereses de los hombres ha ido creando un entramado de normas, y a ese entramado de normas es al que se presta fidelidad con independencia de su racionalismo, lo que no excluye, naturalmente, las posibilidades de renovación y de rectificación, que, en todo caso, tendrán lugar a través del mismo procedimiento de transacción entre intereses en lucha.

Se dirá que la doctrina del pacto ocupa un lugar importante en la segunda escolástica, pero, y en ello he insistido ya en otras ocasiones (123), ese pacto no tiene nada en común con el pactismo de los territorios periféricos hispánicos. En la segunda escolástica, el pacto es un instrumento filosófico para justificar el origen del poder y el origen abstracto de la ley, en tanto en Navarra y en la Corona de Aragón no existe « el pacto », sino los sucesivos pactos históricos y concretos que ha ido dando lugar a la aparición del normativismo histórico que les caracteriza, y cuya defensa frente al expansionismo castellano es lo que les ha dado carácter desde los lejanos días de los Reyes Católicos hasta los nuestros, incluso.

---

(123) Vid. JESÚS LALINDE, « *La institución virreinal en Cataluña* », Instituto Español de Estudios Mediterráneos, Barcelona, 1964, pag. 53 y ss., y « *El sistema normativo navarro* », en *Anuario de Historia del Derecho Español*, XL, Madrid, 1970, pags. 85-108. Excepción tardía es la de FR. PEDRO TRIS Y OTROS, « *Discurso histórico-foral-iurídico-político* », Zaragoza, 1676, citando a Vazquez y a Suárez cuando dice que el Supremo Legislador no es « *solus Rex sed Rex cum Regno* » (pag. 30).

Ligado en parte con el anterior se encuentra el segundo punto, es decir, el del iusnaturalismo de la escuela. Este iusnaturalismo es un racionalismo, y aún racionalismo realista, en cuanto aparece determinado por la naturaleza, en general, tanto la del propio hombre, como también la de las cosas <sup>(124)</sup>. En Suárez aparece bien expresado que la ley natural se diferencia de otro tipo de leyes, porque éstas hacen malo lo que prohíben y honesto lo que mandan, mientras aquélla supone en el acto u objeto honestidad para mandarlo y fealdad para prohibirlo <sup>(125)</sup>.

Este racionalismo realista, si de una parte escapa al positivismo al que puede conducir un espiritualismo radical <sup>(126)</sup>, hace imposible cualquier otro tipo de positivismo, máxime cuando es dudoso que este iusnaturalismo se haya conformado con enunciar los principios generales, dejando así un amplio campo al Derecho positivo. Suárez, por ejemplo, ha combatido la tendencia de que sólo los principios comunes y generales sobre la bondad o la malicia moral hayan sido materia de la ley natural, y no, las conclusiones. Esta

---

<sup>(124)</sup> Sobre la residencia de la ley natural en la naturaleza humana respecto a Vitoria, vid. ОТТЕ, pag. 24 y ss.

<sup>(125)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, lib. II, cap. VII. En el cap. V Suárez se plantea si la ley natural es la misma « naturalis ratio recta ». Para él la naturaleza racional tiene dos sentidos, que insinuó Santo Tomás: a) en sí misma, en cuanto que por razón de su esencia, unas cosas son conforme a ella y otras, no, y b) en cuanto que mediante la luz de la razón natural tiene virtud de juzgar las cosas que le son conformes y las que no lo son. Refuta la opinión de que sea lo primero, y con Santo Tomás admite la distinción, y dentro de ella es lo segundo, o sea la « vis... naturae » para discernir entre las operaciones que son conforme o no a esa naturaleza. En el primer sentido, la indicada « natura » es « fundamentum honestatis naturalis », en tanto en el segundo es « lex naturalis » que manda o prohíbe a la voluntad humana lo que debe hacer por derecho natural. Sigue en ello a Santo Tomás y a Soto, entre otros. Sobre si es un acto o juicio actual de la mente (actu, actuali iudicio mentis) o es hábito o luz misma natural (habitu, lumen naturalis intellectus) entiende que así como en el legislador no es otra cosa que la ley eterna, en el subdito no es solo el juicio actual o imperio, sino también la luz misma.

<sup>(126)</sup> Vid. CARRO, *op. cit.*, pag. 192, que dice que Soto cierra el paso a los nominalistas y herejes que pretendían vincular el Derecho de propiedad al estado de gracia. Soto, *op. cit.*, lib. IV, cuestión II dice que la división de las propiedades fue introducida por el derecho de gentes y ataca las tesis de Gerson, Ricardo, Wicleffitas y, en cierta manera, luteranos, sobre el dominio « gratificio », diciendo que quien está en gracia de Dios no tiene más dominio o derecho a usar de las cosas ajenas que el que está en pecado mortal.



tendencia ha considerado de Derecho natural el que se debe hacer bien, etc., pero no, el que se debe devolver lo depositado o que se debe evitar la usura, y aun, incluso, algunos juristas han pretendido que los preceptos del Decálogo no pertenecen al Derecho natural, sino al de gentes, y aun a esta opinión parece haberse inclinado Soto. Para Suárez, que confiesa no haber podido utilizar un tratado de Durando, pero que cita a Torquemada, el Derecho natural comprende todos los preceptos o principios morales que tienen una evidente honestidad, tan necesaria para la rectitud moral que sus contrarios contengan evidentemente desorden o malicia moral, y cree que éste fué el pensamiento de Santo Tomás, sus comentaristas, Aristóteles y Cicerón. Suárez, que cita la definición del Derecho natural de Cicerón <sup>(127)</sup>, no cree que Santo Tomás o Soto estuvieran en la línea contraria y cita el caso de San Agustín que consideró el adulterio como contrario al derecho natural <sup>(128)</sup>.

Si se examina lo que Suárez comprende dentro del Derecho natural se comprobará su gran extensión. Según él, las cosas que se conocen por razón natural son de tres clases: a) los primeros principios morales, los que no hay duda que pertenecen a la ley natural; b) los principios más determinados, pero evidentes por sus propios términos, sobre los que tampoco hay duda, como el principio de que Dios debe ser adorado, y c) las conclusiones que se deducen de los principios naturales por deducción evidente y que no pueden conocerse si no es por raciocinio, los cuales también se incluyen en la ley natural. Suárez parte de que los preceptos del Decálogo son de derecho natural, y esto lo considera indubitado <sup>(129)</sup>, e, incluso, las conclusiones son para él más propias del Derecho natural, pues la ley la considera como la « norma próxima del obrar » <sup>(130)</sup>. Respecto a si todos los actos de las virtudes caen dentro de la ley natural, se pronuncia por la afirmativa en cuanto al modo como deben hacerse, aunque no todos se manden.

---

<sup>(127)</sup> *Loc. cit.* en nota 125. Para Ciceron es « sed quaedam innata vis affert, ut religionem, pietatem, etc. »

<sup>(128)</sup> *Id. id.*

<sup>(129)</sup> *Id. id.* Respecto a los preceptos del Decálogo dice: « ut est indubitandum apud omnes ».

<sup>(130)</sup> *Id.* La ley es « proxima regula operationis ».

En cuanto al valor de la ley natural, la segunda escolástica ha terminado por observar una actitud media, pero rigurosa. Una primera opinión, la seguida por San Gregorio, había sido la de considerar solo ha sido una ley divina indicadora, pues aunque procedente de Dios no lo era como legislador, en cuanto no dependía de su voluntad. La posición radical contraria es la representada por Okham, en el sentido de que no hay acción mala si no está prohibida por Dios. Suárez sigue la posición intermedia de Santo Tomás, en el sentido de no ser solo indicadora, sino además prohibitiva del mal y preceptiva del bien <sup>(131)</sup>.

Respecto a la inmutabilidad de la ley natural, la segunda escolástica no ha cerrado el camino a posibles variaciones, aunque éstas no las haya considerado propiamente como tales. Según Suárez, en principio los cambios no se pueden producir sino sólo por supresión, a diferencia de lo que ocurre con el derecho civil, que según Ulpiano se produce añadiendo algo al Derecho natural; con el Derecho civil, que añade muchas cosas al Derecho natural, o con el Derecho canónico, que añade cosas a ambos. Dentro de la supresión, y siempre según Suárez, sólo cabe el cambio por el cambio de la cosa misma, y no porque haya un agente externo con fuerza para ello, como en el Derecho civil sucede con el poder público que procede a la abrogación de la ley positiva. La ley natural, pues, no cambia por sí misma, mientras subsista la naturaleza racional, de forma que si ésta desapareciera, desaparecería también aquélla misma. La ley, en general, no cambia, si no es por revocación del legislador, a no ser que: *a*) no sea perpetua, o *b*) si en la materia hay cambio por el que resulte irracional e injusta. Ahora bien según Suárez, un juicio que se deduce necesariamente de principios evidentes no puede ser falso, y, por ende, irracional e imprudente, debiendo tenerse presente que la ley natural pertenece a los mismos principios evidentes o se deduce de ellos necesariamente. Cuando hay cambio, concluye Suárez conformándose con Aristóteles y Santo Tomás, son cambios impropriamente dichos y más bien nominales <sup>(132)</sup>.

---

<sup>(131)</sup> Id. id. cap. VI.

<sup>(132)</sup> Id. id. cap. XIII.

Todo este iusnaturalismo suponía una amenaza para los ordenamientos historicistas, como los de Navarra y la Corona de Aragón, que no se basan en la norma como adecuación al orden natural de la naturaleza de los hombres y de las cosas, sino en la norma como superadora de los conflictos concretos de intereses, y más cuando, como se ha dicho, no se limitaba a una mera enunciación de algunos principios, sino podía llegar a todos los principios morales evidentes y aún a sus conclusiones. La inmutabilidad del Derecho natural supone también el reconocimiento de su unidad intertemporal e interespacial, poco compatible con los normativismos concretos. Es un hecho que en virtud del Ordenamiento de Alcalá, al que tan afecto sería después un Molina, se consumó el desmontaje del ordenamiento historicista castellano, es decir, el de los fueros locales, los cuales, además de tener que probarse su vigencia, podían ser objeto de reforma por ser contrarios a Dios o a la razón <sup>(133)</sup>. También es un hecho que en Castilla el Derecho natural fue entronizado en el ordenamiento a través de las Partidas, si bien éstas recojan la concepción ulpiniana del mismo <sup>(134)</sup>, mientras en la Corona de Aragón fue corriente recurrir a fuerzas como el «seny natural», «sensum naturalem» o la «bona rahó», todas ellas indicadoras de recursos vitalistas e irracionalistas.

La posición iusnaturalista implica a su vez, como es natural, una posición antipositivista. Claro está que ni el iusnaturalismo ni el antipositivismo se encuentran en la misma medida en todos los autores de la escuela. Villey ha podido señalar ciertamente que los jesuitas españoles en su deseo de salvar las fuentes profanas del Derecho han llegado hasta la tesis de la total independencia del

<sup>(133)</sup> JESÚS LALINDE, *op. cit.* en nota 1, par. 182.

<sup>(134)</sup> Para las Partidas, I, 1, 2, Derecho natural es el «que han en si los homes naturalmente, è aun las otras animalias, que han sentido», con lo que no le identifica como el de todos los hombres y «todos» los animales, al revés de Gregorio López, que dice: «Est jus naturale, quod est commune omnibus animantibus». Según Partidas, el derecho de gentes es «derecho comunal de todas las gentes» y al que corresponde el que cada hombre conoce lo suyo apartadamente, y son partidos los campos y términos de las villas, y son obligados los hombres a alabar a Dios y obedecer a sus padres y madres, y a su tierra o patria. También considera como tal el derecho de legítima defensa. Lo de que la posesión de todo era de derecho natural, y la distinción es del dominio de gentes se encuentra también en Gregorio López, apoyándose en el Digesto.

Derecho relativamente a Dios, prestando la mano al futuro racionalismo, que conducirá a través de la escuela del derecho natural moderno a un laicismo integral <sup>(135)</sup>, y este laicismo integral, añadimos nosotros, es probable que haya preparado el advenimiento del positivismo. Es posible que un Fray Luis de León, apoyándose en Aristóteles, se encuentra más cerca de un positivismo humano que Lutero, a quien ataca, al admitir que la ley humana puede establecer algo que nunca ha sido establecido por la ley natural o divina, mientras que Lutero afirma que nada debe ser creído ni mandado, a no ser que esté expresamente comprendido en la palabra de Dios, lo que implica encerrarse en un positivismo divino <sup>(136)</sup> o también cuando incluye a los justos en conciencia entre los obligados a cumplir las leyes positivas, en tanto Lutero afirmaba que no estaban obligados por ley humana <sup>(137)</sup>.

Por su parte un Molina, y eso refuerza la tesis de Villey, es indudable que refuerza extraordinariamente el valor del Derecho positivo, hasta el punto de que en ocasiones, aunque ello sea paradójico, parece como si el propio Derecho natural fuera el que se plegase al Derecho positivo. Por ejemplo, tras afirmar que la ley natural, « simpliciter » y hablando en absoluto, no sufre mudanzas ni variaciones, en lo que se diferencia de la ley positiva, que se da y se abroga por arbitrio, reconoce que lo que sucede es que puede haber circunstancias que hacen que lo que era derecho natural deja de serlo, como por ejemplo, la devolución del depósito, y que sea el propio derecho humano el que pueda añadir esas circunstancias, como ocurre con la prescripción, la división de las cosas y la esclavitud, o el derecho canónico, como ocurre con la anulación del matrimonio clandestino <sup>(138)</sup>. En todos estos casos parece como si se produjera una iusnaturalización del Derecho positivo, que vería así reforzada su vigencia mucho más que con arreglo a una concepción meramente positivista.

Do todas formas, ya se comprenderà que en estas divagaciones la atribución de un cierto positivismo al iusnaturalismo castellano

---

<sup>(135)</sup> MICHEL VILLEY, « *La formation* », pag. 347.

<sup>(136)</sup> FRAY LUIS DE LEÓN, « *De legibus* », ed. Luciano Pereña, C.S.I.C., Madrid, 1963, VII, 3, pag. 88.

<sup>(137)</sup> Id. VII, 45, pag. 117.

<sup>(138)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. 49, 4.

no se hace sino en función del relativismo, como si se hablara de una cierta negritud en el español o en el italiano por relación a la blancura extrema de un sueco o un danés. Tampoco puede pensarse a la hora del contraste con el pensamiento jurídico de Navarra o de los países de la Corona de Aragón en que en éstos haya predominado un positivismo jurídico en la forma en que hoy entendemos este término, pero si nos seguimos moviendo en el mismo terreno de los relativismos podemos establecer perfectamente que el Derecho navarro o el Derecho catalano-aragonés ha sido más positivista que el castellano, o menos iusnaturalista, si se prefiere. Ningún jurista aragonés, catalán, valenciano, balear, etc. se pronunciará como hace Molina porque en la donación superior a quinientos sueldos sin insinuación, en el fuero de conciencia el donatario pueda retener el exceso con tranquilidad de conciencia mientras no le sea reclamado y en tanto no crea oponerse a la voluntad del donante ni a la de sus herederos, ya que no se causa injuria al que la quiere y la consiente <sup>(139)</sup>. Se dirá que tampoco lo hace un jurista castellano, sino un teólogo, pero es que se trata, precisamente, de uno de los teólogos más citados por los juristas y considerado como uno de éstos. La consideración de Molina que, posiblemente y en base de una consideración iusnaturalista, conducirá a considerar la falta de insinuación como un mero elemento de anulabilidad, no prosperaría seguramente en Aragón o en Cataluña, donde se consideraría elemento de nulidad absoluta. En todo caso hay que repetir que el « fuero » aragonés, « constitución » catalana, etc. se considera como una conquista del rey, una veces, o de los estamentos, otras, que no es analizada en base a su conformidad con el derecho natural o la razón, sino, simplemente, en base a su consagración jurídica, y en este sentido, la posición de los citados territorios es positivista, como lo había sido también la castellana durante la alta edad media.

El cuarto punto de inadecuación con los territorios periféricos, lo constituye la posición moralizadora de la segunda escolástica, aunque, quizá, en este aspecto el enfrentamiento no puede considerarse frontal, no sólo porque no puede considerarse como amoral la postura aragonesa, catalana, etc., sino porque también se ha ate-

---

(139) Id. id. disp. CCLXXVIII, num. 27.

nuado bastante la posición moralizadora de la escuela. Desde luego, para ésta el Derecho y la Moral no están separados, como lo estarán después en Kant (140), y como se ha destacado, Soto, por ejemplo, afirmará que el ámbito propio de la ley positiva es la acción exterior, pero que la acción interior le es accesible indirectamente, frente a lo que defenderán Thomasius, Wolff y, finalmente, Kant (141). Como también se ha destacado por la doctrina actual, para Vitoria y Soto el dilema de si la ley humana persigue hacer hombres buenos o meramente ciudadanos buenos, es falso, pues persigue lo segundo, y por eso también lo primero (142).

Sin embargo, la escuela considera neutros amplios aspectos, como en Soto, quien el comercio no lo considera intrínsecamente bueno o malo, sino indiferente, pero necesario a la sociedad (143), o incluso, hasta actos que siempre consideramos como muy dudosos, como es el caso del juego, que para el mismo Soto no es pecado mortal según el puro derecho natural, ni impone obligación de restituir, siendo del derecho civil común o particular el determinar si hay pecado u obligación de restituir (144). La doctrina actual ha destacado, en general, el minimalismo de Soto, y aún más el de un Gabriel Vazquez, frente al maximalismo de la escuela racionalista con su pretensión de verdaderos códigos de preceptos de derecho natural (145), aunque esto debe admitirse con reservas, si se recuerda el dicho anteriormente sobre Suárez (146).

Por su parte, como se ha dicho, no puede considerarse amoral la actitud de los territorios periféricos, cuyo catolicismo, por otra parte, está fuera de duda. En ellos, sin embargo, la preocupación moralista parece menos acentuada por la ausencia de los teólogos en el Derecho. Molina, por ejemplo, tras destacar que el dolo que da lugar al contrato de estricto derecho no es nulo « ipso iure », sino rescindible en virtud de excepción, en tanto en el fuero de conciencia siempre es nulo, se plantea la conveniencia de que por

---

(140) OTTE, *op. cit.*, pags. 9-11.

(141) PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pag. XL.

(142) Id. id. pag. XLIII.

(143) Soto, *op. cit.*, lib. VI, cuestion II, art. II.

(144) Id. lib. IV, cuest. 5, art. 2.

(145) PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pag. LXI.

(146) Vid. nota 127 y ss.

la misma naturaleza de las cosas se equiparase el fuero externo al de la conciencia, anulando de pleno derecho todos los contratos causados por dolo <sup>(147)</sup>. Este tipo de consideración no parece plantearse en los reinos orientales de la Península Ibérica en ningún momento. Si ello ha contribuído a un mayor desarrollo de la contratación y el comercio, confieso que no lo creo así, pese a que la tésis es sugestiva. En realidad, la creo demasiado simplista y fácil para que haya sido real. Pese a todas la consideraciones escolásticas sobre la usura, que no fueron pocas, el comercio castellano con Europa, primero, y la Indias, después, se desplegó cuando convino a los intereses del reino, sin que, aparentemente al menos, fuera frenado por las consideraciones moralizadoras.

El último punto de fricción con los territorios periféricos lo constituye la postura legalista y anticonsuetudinaria de la segunda escolástica, conforme con la trayectoria castellana, especialmente, desde el Ordenamiento de Alcalá, y contraria a la de Cataluña y, sobre todo, Navarra y Aragón. Para Soto, por ejemplo, la costumbre no tiene nunca fuerza de ley por sí misma, sino sólo por autoridad del legislador <sup>(148)</sup>, en un momento en que en Aragón la costumbre está derogando, incluso, al fuero, que es obra del legislador <sup>(149)</sup>. Para este autor, si la nación se gobierna con régimen monárquico, la costumbre es la promulgación de la ley que hace el Príncipe tolerando lo que hace el pueblo cuando podría no permitirlo <sup>(150)</sup>, interpretación que contrasta con la aragonesa, por ejemplo, donde el Príncipe no tolera, sino está obligado a seguir lo que le dicta el Reino en defensa de sus intereses, pero que es lógica si se tiene en cuenta que Soto la está considerando desde el punto de vista del Derecho canónico. Fray Luis de León, que justifica, incluso, la costumbre « contra legem » en el terreno puramente teórico, exige, sin embargo, notables requisitos para aceptarla. El Príncipe, formal o interpretativamente, ha de aprobar el modo y manera de guardar la ley que introdujo la costumbre; saber que existe la costumbre pública y no oponerse ni castigar a los transgresores

<sup>(147)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CCLIX, nums. 6-7.

<sup>(148)</sup> « ... nunquam consuetudo potest habere vim legis de se, nisi solum ex auctoritate legislatoris ». Vid. PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pag. XCIII.

<sup>(149)</sup> JESÚS LALINDE, *op. cit.* en nota 1, pag. 202.

<sup>(150)</sup> SOTO, *op. cit.* en nota 52, cuestion 97, art. 3, lec. 16.

de las leyes, entendiendo por esto último que los no castigados hayan sido acusados y llevados a juicio, pues aunque el príncipe sepa que no son cumplidas las leyes de la manera que él mandó y no castigue a los transgresores, a no ser cuando son acusados, su indulgencia no es argumento suficiente para demostrar que da su consentimiento <sup>(151)</sup>. Todo esto contrasta indudablemente, con países como Aragón, donde, como se ha dicho, la costumbre sigue constituyendo la fuente suprema del Derecho y la ley, generalmente, no es sino la redacción escrita de la costumbre impuesta por los estamentos en su permanente dialéctica con el rey.

### III.

#### LA ESCASA IMPORTANCIA DE LA SEGUNDA ESCOLASTICA EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL.

##### 9. *La ausencia de huella en el pensamiento iusprivatista español.*

Como se destacaba al principio ha habido poca atención hacia el aspecto iusprivatista del iusnaturalismo castellano. Últimamente parece que en el pensamiento europeo existe cierta atracción por él, siguiendo las directrices de Kohler y Thième, por lo que se refiere a la parte alemana. Aunque no en el aspecto puramente iusprivatista, Reibstein ha situado a Althusio en la línea de los grandes españoles, en especial, de Vázquez de Menchaca <sup>(152)</sup> y Wieacker caracteriza a Wolff como representante una vez más del intelectualismo ideológico de la gran tradición aristotélico-tomista de la baja escolástica, frente al voluntarismo y nominalismo de la revolución histórica europea que va desde Ockham hasta Hobbes y Thomasio <sup>(153)</sup>. Villey ha opinado que mientras Lutero y Calvino con su tendencia a atenerse a las reglas de la Escritura Santa han hecho todo por esterilizar el Derecho, la España católica colabora al progreso de la ciencia jurídica porque la filosofía tomista la ha

<sup>(151)</sup> FR. LUIS DE LEÓN, *op. cit.*, VIII, 6, pag. 130.

<sup>(152)</sup> ERNST REIBSTEIN, « *Völkerrecht* », Freiburg-München, 1957, pag. 308.

<sup>(153)</sup> FRANZ WIEACKER, « *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna* », Trad. F.co. Fernández Jardón, Madrid, 1957, pag. 286.



incitado <sup>(154)</sup>. Para el mismo autor, en Vitoria, a quien no considera un ordodoxo tomista, se encuentra de nuevo el reconocimiento de la ocupación como título originario de la propiedad privada, que se había encontrado en Calvino, y que no era romana, pues en el « Corpus » sólo existen gérmenes, como cuando se trata de la caza. También para Villey la noción de derecho subjetivo alcanza importancia en Vitoria, que la toma de Duns Scoto y de Occam, puesto que el nominalismo piensa a partir del individuo <sup>(155)</sup>. El propio Villey, que reenvía al ya citado Reibstein sobre la inspiración de las obras de la escuela germánica del Derecho natural y de los romanistas holandeses por parte de F. Vazquez, sugiere que esto nos conduce probablemente a través de Vinnio, donde ha bebido su ciencia Pothier, hasta el Código de Napolón <sup>(156)</sup>. Wieacker también destaca que los pensadores españoles han sido estimados desde hace algún tiempo como los reales precursores del moderno derecho racionalista, y cita entre otros como sostenedores de esta tesis a Kaltenborn, Hinojosa, Rommen, Welzel y Thième <sup>(157)</sup>. Welzel ha sido el que, dentro del intelectualismo de los españoles, ha señalado a Fernando Vazquez de Menchaca como el representante de la influencia del voluntarismo y el nominalismo de Ockham y como el eslabón entre el nominalismo y el Derecho natural profano de Grocio y Puffendorf <sup>(158)</sup>.

El pensamiento español, paradójicamente, es menos entusiasta tratándose del aspecto iusprivatista. En el aspecto iuspublicista y tras Hinojosa, vió en la escuela la posible aportación española a la historia del pensamiento jurídico mundial, y tras la guerra civil española lanzó las campanas al vuelo, procediendo a un laude continuo, pero en el aspecto iusprivatista ha sido más cauto. Puy-Nuñez reconoce los conservadurismos de Soto al decir que mientras que para las ciencias es secundaria la tarea de conservación porque es primordial la tarea de la invención, para las humanidades es tan importante o más la misión de custodia del

<sup>(154)</sup> VILLEY, *op. cit.*, pag. 347.

<sup>(155)</sup> Id. id. pags. 363-366.

<sup>(156)</sup> Id. id. pag. 348.

<sup>(157)</sup> WIEACKER, *op. cit.*, pag. 247.

<sup>(158)</sup> Cfr. ELÍAS DÍAZ, « *Sociología y Filosofía del Derecho* », Madrid, 1971, pag. 281.

déposito hallado como la agregación de nuevos hallazgos <sup>(159)</sup>. Los mismos autores recuerdan que está muy generalizada la acusación de que el pensamiento de Soto y el género de los «comentarios» es un pensamiento dogmático, meramente repetidor y acrítico, y solo le defienden afirmando que no hay falta de crítica, sino que se desarrolla de forma externamente diversa, «por lo cual no es advertida por los lectores poco familiarizados <sup>(160)</sup>. Folgado ha reivindicado tímidamente para los teólogos españoles la idea de que el «partus intellectus» u obra del entendimiento es del autor que la produce, siendo así los precursores de la propiedad intelectual, en tanto que corrientemente se señala como tales a Kant, Hegel, Fichte, Diderot y Voltaire <sup>(161)</sup>. Otros autores, como Venancio Carro o Fraga Iribarne ya se ha visto como han reaccionado, teniendo que reconocer los grandes defectos de los teólogos españoles en el aspecto iusprivatista, pero procurando parliarlos, con el clásico recurso de responder a las ideas de su época, o de imputar la culpa hasta a Aristóteles o a los pensadores protestantes. Cuando han podido han aprovechado los frecuentes relativismos de la escuela, como cuando Venancio Carro pretende la superioridad del católico sobre el socialista y el comunista en la defensa del desvalido o en las reformas económicas y sociales, basándose en el concepto de la propiedad de Soto, consistente en admitir que las formas de la propiedad privada pueden ser múltiples en el tiempo y en el espacio <sup>(162)</sup>. Otras veces, se hacen afirmaciones un tanto sorprendentes, como en el caso de Simó Santonja. Para este autor, Suárez es un estatutario «especial», pero termina defendiendo que es un estatutario, frente a los que lo han negado, como Aguilar Navarro. Opina que está mal creer que Suárez

---

<sup>(159)</sup> PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pag. XXII.

<sup>(160)</sup> Id. id. pag. XXV.

<sup>(161)</sup> Vid. AVELINO FOLGADO, «*Los derechos del escritor y del artista según los teólogo-juristas españoles de la primera mitad del siglo XVII*», en *Anuario Jurídico Escorialense*, II, 1961, págs. 333-378.

<sup>(162)</sup> Vid. VENANCIO CARRO en la «*Introducción general*» a la ed. de SOTO, *cit.* en nota 9, tomo I, págs. XLIX-L: «Lo que verdaderamente separa a la Iglesia del socialismo y del comunismo de estos tiempos es el concepto del hombre... En cambio por lo que atañe a la defensa del desvalido, del trabajador, y a las reformas sociales y económicas el católico puede ir más lejos que ellos...».

es un repetidor de Bartolo, pero dice que no puede negarse que « copia » sus sistemática. Afirma que menos puede creérsele precursor del Derecho Internacional moderno en su triple dimensión de realismo, positivismo y nomologismo, pero luego dice que es una de las « tres figuras claves de la estatutaria », junto con Bartolo y D'Argentré. Tras tantas contradicciones el lector queda totalmente confuso al no comprender que Suárez pueda haber sido una de las tres grandes figuras de la estatutaria mundial, cuando según el propio Simó trató de los conflictos de leyes « como si dijéramos por corte-sía » (163).

Sin fuerzas para discutir con los grandes conocedores del pensamiento jurídico, y sin dejar de reconocer que es lo más probable que el desarrollo de éste hasta llegar al iusnaturalismo europeo, y con él a la codificación, no sea posible sin el previo eslabón de los iusnaturalistas castellanos, lo que el historiador de las instituciones encuentra en el Derecho español es una ausencia de huella palpable de tales iusnaturalistas. Otte destaca que las prelecciones de Vitoria no se editan; Soto, Azpilcueta, Covarrubias y Vazquez apenas le citan; los autores del último tercio del siglo XVI le conocen mas, pero, sobre todo, a través de Melchor Cano, y, después de Suárez y de Lessius incurre en el olvido, siendo sólo ocasionalmente citado por Laymann, Juan de Lugo y Alfonso de Ligorì (164).

Es cierto que el de Vitoria puede haber sido un caso desgraciado, pues los demás altos nombres de la escuela han conocido, y suficientemente, el privilegio de la edición de sus obras. Sin embargo, la realidad es que en la literatura jurídica de los siglos XVI y XVII no es frecuente su mención. Un práctico como Alfonso de Guzmán, por ejemplo, abogado en la Suprema Curia Real de Madrid, y que se ocupa de citar a los que han trabajado en materia de evicción, no parece citar ninguno de los escolásticos (165). Tomás Carleval cita el « De Iustitia et iure » de Molina (166), pero como uno más entre la larga lista de ilustres juristas que utiliza. A Domingo

(163) VICENTE-LUIS SIMÓ SANTONJA, « *Aportación al estudio de los estatutarios españoles* », Valencia, 1959, pags. 132-142.

(164) OTTE, *op. cit.*, pags. 133-138.

(165) ALFONSO DE GUZMÁN, « *Tractatus, de Evictionibus* », Lyon, 1676.

(166) TOMÁS CARLEVAL, « *Disputationum juris variarum* », Venecia, 1746. (La primera ed. debe ser de Madrid, 1656).

Bañez, discípulo de Vitoria, se le cita por Larrea, pero como confesor de Santa Teresa y al tratar del problema de la veracidad de su santidad <sup>(167)</sup>. Al tratar de la obligación de dar limosna, y refiriéndose a los que extraen pruebas de su necesidad extraídas del Antiguo Testamento, es cuando Hermosilla, en 1675, recurre a la autoridad de Domingo Bañez, Vitoria, Soto y otros escolásticos <sup>(168)</sup>, pues si no, cita a Molina, sobre todo, pero entre los demás juristas; a Soto alguna vez, a Lesio, y bastante a Azor en sus Instituciones morales, en un tiempo en el que, además, se citan bastante a los catalanes y aragoneses.

En el siglo XVIII, Mayans ni les cita, pese a alabar a Santo Tomás, acordándose de los antiguos, como Cicerón, Séneca, San Agustín y los neoplatónicos <sup>(169)</sup>. Pero no puede decirse que hayan sido olvidados, pues Diego Ibáñez de Faria cita a Menchaca, Suárez y Molina, como también a Lesio. Lo que sucede es que no les dan importancia y son citados entre otros muchos. En Europa, Van der Mullen cita a Pichardo, Covarrubias, e, incluso, a Suarez, pero, sobre todo, a Grocio, como también a Valla y Cujacio.

Per otra parte, la escuela ha evolucionado poco, aunque diversas Ordenes religiosas se han ido transmitiendo el mensaje. Ha surgido con los dominicos, ha continuado con los jesuítas, y, finalmente han sido lo carmelitas descalzos los que han mantenido la tradición, aún cuando sobre éstos últimos no se ha trabajado y se conocen poco, pero entre los que han destacado los ya citados Antonio de San José y Andrés de la Madre de Dios.

La impresión general que se obtiene, pues, es la de que un grupo de teólogos ha dirigido su atención y ha destacado en el estudio del Derecho. Dejando aparte la influencia que ha podido ejercer a través de sus alumnos en las Facultades de Teología, o de la actividad dictaminadora que han ejercido en algunos casos y en asuntos elevados, fundamentalmente, cortesanos, su obra no ha sido tomada demasiado en cuenta por la literatura jurídica, no

---

<sup>(167)</sup> JUAN BAUTISTA LARREA, « *Novarum Decisionum Sacri Regii Senatus Granatensis* », Lyon, 1679, pag. 258.

<sup>(168)</sup> GASPAR JUAN Y SEBASTIÁN DE HERMOSILLA, « *Notae, additiones et resolutiones ad glossas Legum Partitatum D. Gregorii Lopetii* », Lyon, 1675, pag. 20.

<sup>(169)</sup> GREGORIO MAYANS, « *Institutionum Philosophiae Moralis* », Valencia, 1754.

ya la de los siglos venideros, sino la de su propia época. Salvo que se quiera contar entre ellos a Covarrubias, que es propiamente un jurista y no debe ser incluido entre los teólogos de la segunda escolástica, sólo Molina parece haber sido consultado por los juristas con cierta continuidad, los cuales le han citado, sin relevancia especial, entre los muchos juristas importantes de la época. Por ello, es posible admitir con Villey que desde el siglo XVIII haya caído la noche sobre Cayetano, Vitoria, Belarmino y Suárez, como también el que desde entonces haya podido serlo por prejuicios religiosos <sup>(170)</sup>, pero habrá que convenir en que nunca en el aspecto iusprivatista les alumbró un día radiante, ni aún en los tiempos en que los prejuicios religiosos actuaban al revés, de forma que sólo el brillo que les confería su carácter eclesiástico y su aureola de teólogos les permitió intervenir en materias para las que no estaban destinados.

#### 10. *La ausencia de rigor lógico en la escuela.*

Aunque a lo largo de la comunicación se ha puesto de manifiesto diversos puntos débiles en la ideología de la escuela, parece conveniente no terminar sin formular los reparos principales a la misma, a fin de destacar la ausencia de rigor lógico que le ha caracterizado, y por lo que en mi opinión debe quedar descalificada en cuanto al ejercicio de un influjo positivo en la formación del Derecho privado moderno.

Todos los reproches pueden sintetizarse en el de « pragmatismo » en uno de los sentidos que se da a este término, y que es el de adoptar una postura acomodaticia. La escuela, que por su carácter confesional parte de unos principios que no puede discutir, no se limita a sacar las conclusiones rigurosas, sino que lo que hace es compatibilizar aquéllos con las realidades jurídicas de su tiempo que estima beneficiosas para la sociedad en que juzga puede desenvolverse, cerrando el paso, sin grandes compromisos, a las innovaciones que, aunque más acorde con los principios de que parte, podrían poner en peligro su subsistencia y su supremacía. Esto no debe entenderse en el sentido de querer presentar a la escuela como un grupo de

---

<sup>(170)</sup> VILLEY, *op. cit.*, pag. 339.

conspiradores preparando un golpe de estado, sino, simplemente, mostrar la actuación de unos ideólogos tal como ha tenido lugar, independientemente de cuáles hayan sido los motivos psicológicos que les han inducido a ello, y de si ellos mismos se han apercebido del alcance de su actuación. En último término, casi todos o todos los movimientos ideológicos adecúan su proceso lógico a los fines que desean obtener, en lugar de actuar científicamente, es decir, investigando unos principios y obteniendo de ellos las conclusiones rigurosas, sean cualesquiera las que se obtengan.

Los medios a través de los cuales la segunda escolástica o iusnaturalismo castellano ha realizado su espíritu acomodaticio e inconsecuente, son los siguientes: *a)* introducción frecuente de excepcionalidad; *b)* distinciones en los antecedentes lógicos o premisas; *c)* desplazamiento de la problemática, y *d)* aprovechamiento de categorías jurídicas ambiguas.

En virtud del primer medio, el menos grave de todos, la escuela, aún sin señalarlo, adopta posturas que no concuerdan con las que han adoptado para la generalidad de los casos. A continuación dan ejemplos de algunos autores, aunque reconociendo que algunos de ellos son discutibles.

En el caso de Vitoria, su relativismo se produce con motivo de la separación de Enrique VIII, respecto a Catalina de Aragón. Principia partiendo de que no todo lo prohibido en el Antiguo Testamento lo está en el Nuevo, ni que todo lo prohibido, anule, para admitir que ciertas uniones, como las que se dan entre sobrino y tía, aunque son contrarias al Derecho natural, no lo son tanto que no se puedan dar en ciertas circunstancias, como la paz de los pueblos, y en el caso de casarse con la mujer del hermano, caso que le preocupaba, concluye que no es malo en sí, aunque es menos bueno, y, por tanto, su admisión descansa en el Derecho positivo <sup>(171)</sup>. En Vitoria, pues, circunstancias políticas pueden justificar lo que es contrario al Derecho natural y prohibiciones contenidas en el Antiguo Testamento pueden «neutralizarse» y ser transferidas al Derecho positivo.

Este fenómeno, que lleva a una cierta subordinación paradógica del Derecho natural al Derecho positivo, se encuentra en Soto. Al

---

(171) Vid. OTTE, *op. cit.*, pags. 127-129.

tratar de las donaciones a través de terceros que se hacen a los hijos ilegítimos para evitar la prohibición de hacerles herederos, y que justifica, en general, como ajustado a Derecho natural, se encuentra con el caso de los hijos ilegítimos de sacerdotes, caso que registra como frecuentísimo, y con el hecho de las Ordenanzas reales, que prohíben que esos hijos puedan recibir nada. En tal caso entiende que el donante tal vez peque mortalmente contra la ley y que el encargado de la comisión no estará obligado a cumplir el encargo, porque la ley natural no obliga a cumplir una promesa dada en contra del derecho civil (172). Como puede verse, lo que en Soto es una obligación ajustada a Derecho natural en el conjunto de las personas, no lo es en el supuesto de los sacerdotes, y ello porque hay una ley positiva, sin que, por otra parte, se inquiete por la suerte de los infelices hijos ilegítimos de los sacerdotes. Como ya se indicó en otro sitio, Soto es quien considera lógico que como consecuencia del pecado, la mujer esté sometida al varón en más obras que lo estaría en caso contrario (173), como si la caída no debiera afectar de igual manera a uno y a otro, lo que no sorprende si se tiene en cuenta que en alguna ocasión se le escapa al teólogo la consideración de la mujer como cosa (174). Soto considera la exposición o riesgo del dinero como fundamento de la validez de las obligaciones procedentes del juego (175), lo que no considera debidamente en el préstamo.

Cierto plegamiento del Derecho natural al positivo, que he registrado en Vitoria y Soto, ya se advirtió anteriormente como producido también en Molina (176). Para éste al anular el Derecho eclesiástico en Trento por causas urgentísimas el matrimonio clandestino, lo hace nulo, a pesar de que prescindiendo de tal nulidad positiva, era válido de Derecho natural (177), lo que significa que en

---

(172) SOTO, *op. cit.* en nota 9, lib. IV, cuestion 5, art. 1: «... nam fidem contra ius civile impignoratam, lex naturae servare non cogit...».

(173) Nota 35.

(174) SOTO, *op. cit.*, lib. IV, cuestion III, art. 1, habla de la posesión en comun de todas las cosas («*rerum possessio*»), con el estado de inocencia, a excepción de las mujeres («*praeterque uxorum*»).

(175) *Loc. cit.* en nota 33.

(176) Vid. nota 138.

(177) MOLINA, *op. cit.*, disp. 49, 4.

cierta manera el Derecho positivo puede ir contra el Derecho natural. Como se recordará, Molina expone toda una doctrina del juramento, que permite la convalidación general de las obligaciones, pero, sin embargo, admite que el poder laico pueda relajar de él cuando lo exige el bien político y civil, que, sin embargo, no se produce cuando se trata de donaciones en favor de obras pías <sup>(178)</sup>. Considera convalidados por el juramento los contratos celebrados por menores sin solemnidades del Derecho civil <sup>(179)</sup>, y, sin embargo, considera nulo, aunque se confirme por juramento, el acto que en Castilla se celebre contra la prohibición de que el hijo de familia, sea mayor o menor, y cualquier sometido a tutela o curatela, pueda comprar cosa a crédito por sí o persona interpuesta, sin autorización del padre, tutor o curador, o vender a crédito. Esta prohibición la considera defendible, incluso, en el fuero interno, pues se ha establecido para el bien comun, y el legislador pudo establecerlo justamente, para lo que recurre a su argumento favorito de que debe creerse que ese legislador no pretendió otra cosa, pues de lo contrario dicha ley daría ocasión de pecado, lo que no puede presumirse de un legislador cristiano en caso semejante <sup>(180)</sup>. El pensamiento del teólogo parece ser el de que esa presunción no se daría en el caso hipotético de que el legislador anulara el juramento convalidador de las donaciones a obras pías, y, por otra parte, el juramento, que en su doctrina no se detiene ante nada, parece hacerlo cuando se trata de defender los intereses de la patria potestad.

El pragmatismo de Suárez llega a los límites más extremos. Aunque no sea materia civil, es significativo que al consultársele sobre si es lícito ajusticiar a un malhechor en viernes santo, recuerde haber visto ahorcar a un hombre en Granada, pero dice haber sido « ad terrorem », pues había delinquido el día antes con irreverencia y escándalo público, por lo que cree que no siendo así « no conviene », pero no se atreve a decir que esté prohibido, y concluye: « mas remittome a la resolucion, que alla se avra, tomado, que aun, que no se qual Será lo más acertado » <sup>(181)</sup>.

<sup>(178)</sup> Vid. nota 75.

<sup>(179)</sup> Vid. nota 67.

<sup>(180)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. CCLXI, num. 4.

<sup>(181)</sup> Es un « parecer » dado en Coimbra en 6 de abril de 1611. SUÁREZ, *op. cit.* en nota 11, tomo I, pag. 353.



La referida en cierta manera sumisión del Derecho natural al positivo se da en Suárez también, cuando admite la prescripción, en que las leyes civiles por una causa justa pueden cambiar o traspasar el derecho de propiedad. Para Suárez, realizado el cambio por una razón extrínseca puede decirse que se cambia el derecho natural, porque al cambiar la materia cesa el primer derecho y obliga otro <sup>(182)</sup>.

Este pragmatismo lo hace patente en la materia matrimonial, donde se le plantea la dispensa de afinidad en primer grado, cuando un tal Alejandro Cordelles pretende casar con Agnes, hermana de su difunta mujer, Isabel. Sus puntos de partida son los de que el Papa puede dispensar, como lo prueba el caso de Enrique VIII con Catalina de Aragón, y de que la afinidad no es impedimento de derecho natural, lo que da por establecido sin más frente a lo que él mismo reconoce que es opinión común. Tampoco lo considera intrínsecamente malo, que es lo que había hecho Vitoria, pero al reconocer tal cosa reconocía también que era más bien malo que bueno, y, en consecuencia, debía tender a oponerse. Considera que no dimanó de Cristo por derecho divino, lo que es cierto pues no está en el Nuevo Testamento, pero da por sentado que tampoco es de derecho divino en el Antiguo Testamento, pues en el Levítico se dice que no se reciba a la hermana de la mujer « in pellicatum » ni la revele torpemente viviendo aquélla. En consecuencia, lo considera introducido sólo por la ley humana de la Iglesia, y, por tanto, dispensable. Admite que es necesaria causa legítima, pero da también por sentado que sin ella, « ex certa scientia », se puede conceder la dispensa válidamente. También considera que la dispensa no requiere potestad absoluta, sino que basta la ordinaria, y alega, entre otras cosas, que es más frecuente de lo que parece, antes y después de Trento. Todo lo dicho es más que discutible, pero hay que reconocer que entra dentro de lo posible, pero cuando el pragmatismo de Suárez se manifiesta con toda crudeza, es al analizar las causas que en el caso concreto justifican la dispensa, que no sólo considera justa, sino conveniente y recomendando que se expida pronto. Estas causas son: a) la de subvenir económicamente a Agnes, noble, pero sin dote para encontrar varón de igual

---

<sup>(182)</sup> SUÁREZ, *op. cit.* en nota 97, lib. II, cap. XIV.

condición; *b*) para evitar la infamia creada «*ex accidenti*», pues parte por afinidad, parte por esperanza de matrimonio, no sólo admitió a Don Alejandro en su casa, sino también a coloquios familiares y a la mesa, hasta propalarse el rumor del incesto; *c*) para conservar la paz de la familia, pues es probable el temor de que los parientes de Agnes, al ser nobles, concibieran enemistad contra Don Alejandro; *d*) utilidad de la dispensa para evitar el escándalo, pues Don Alejandro podría sufrir daño o ser muerto por los parientes si Agnes quedaba inupta e infame, más en la provincia de donde se trataba, expuesta a muchas guerras intestinas <sup>(183)</sup>. Cualquiera lector del dictamen no podrá escapar a la impresión de que el teólogo granadino está amparando descaradamente las argucias femeninas de una noble sin dinero, que se reconoce admite en su círculo íntimo a un cuñado por esperanzas de matrimonio, y los parientes de la misma, igualmente nobles sin dinero que, a través de la coacción de sus bravuconadas y sus privilegios militares, van a obligar al pobre Don Alejandro a servir de soporte económico a la hermana solterona, que, como tal, constituía para ellos una carga.

Hay que hacer constar también que el pragmatismo de Suárez ha salvado las dificultades que hubiera originado un desarrollo rigurosamente lógico de los principios de la escuela, tales como la ausencia de separación entre Moral y Derecho. Aquel desarrollo es obra de Fortún García, conocido también como Fortunio, según el cual el fin del derecho civil es no sólo la paz exterior y la justicia de la república, sino también la verdadera felicidad y salud interna del hombre, con lo que concluye que el fin del derecho civil o el del canónico es el mismo. Para Suárez, la opinión de Fortunio nace de una ambigüedad y distingue una felicidad de la vida presente y otra, de la futura, dividiendo ambas a su vez en natural y sobrenatural, de forma que el poder civil no mira a la felicidad sobrenatural como último fin <sup>(184)</sup>.

El segundo medio utilizado por la escuela es la introducción de distinciones en los antecedentes lógicos o premisas, que permiten

<sup>(183)</sup> SUÁREZ, *op. cit.* en nota II, tomo II, vol. I, pags. 63-87.

<sup>(184)</sup> SUÁREZ, *op. cit.* en nota 97, lib. III, cap. XI. Para Fortunio el fin del d. civil no es solo «*externam pacem et iustitiam Reipublicae*», sino «*vera et internam hominis felicitatem, ac salutem*». Para Suárez esta opinión es «*noua et singularis*».

escapar a las conclusiones que amenazaban. Es lo que sucede con Soto en lugar ya citado <sup>(185)</sup>, que principia afirmando que ni la república ni el príncipe absoluto tienen dominio sobre la vida de los súbditos, y cuando se supone que esto va a desembocar en un repudio de la pena de muerte, se encuentra con que el teólogo dice que se demuestra esto en cuanto que el príncipe no puede dar muerte a los inocentes, sino sólo a los culpables, o a los que fueran declarados como tales. En rigor, o se parte del principio de que no hay dominio sobre la vida de los súbditos y se rechaza la pena de muerte, o se admite el dominio para justificar la última. Soto no quiere hacer ni una cosa ni otra, y recurre sutilmente a establecer primero un principio, que desvirtúa luego mediante distinciones a fin de obtener determinadas conclusiones.

En realidad, este sistema, que, en general, se lo deben a la escolástica medieval, aunque la segunda escolástica lo utiliza ampliamente, les sirve, sobre todo, para escapar a las enormes contradicciones jurídicas contenidas en las Sagradas Escrituras, especialmente en el Antiguo Testamento. Es el caso, por ejemplo, del parricidio no consumado de Isaac a manos de Abraham, que contradice el « no matarás », y que Fray Luis de León justifica diciendo que no se cambió la ley natural, pues ésta tiene otro sentido, que es el de matar por propia autoridad <sup>(186)</sup>. Es el caso del interés del dinero que a los hebreos les fue lícito permitir, y por lo que alguien opinó no era intrínsecamente malo, a lo que un Antonio de San José, repitiendo lo dicho por otros, contesta que Dios concedió a los judíos los bienes de los extranjeros, por lo que entonces cuando recibían interés de ellos no recibían sino lo suyo, lo que no era usura <sup>(187)</sup>.

Todo esto desemboca en la mutabilidad de la ley natural, que hoy es un atractivo para un cierto número de juristas que se sienten agobiados por el positivismo reinante y que, sin embargo, reconocen el carácter cambiante del Derecho, hasta en sus principios últimos. En la segunda escolástica la mutabilidad de la ley natural

<sup>(185)</sup> Vid. nota 18.

<sup>(186)</sup> FR. LUIS DE LEÓN, *op. cit.*, V, li, pags. 73-74. En el caso de Abraham, dice « non fuit mutatum praeceptum legis naturae ».

<sup>(187)</sup> ANTONIO DE SAN JOSÉ, *op. cit.*, tract. XX, cap. III, punct. II, num. 131.

por la mutabilidad de las cosas no se produce, sin embargo, como hoy pretenden esos grupos de juristas, pues no descansa en mutaciones de las cosas como integrantes de la Naturaleza, sino como objetos de disposición divina. La Escolástica medieval, a través de Escoto, ha explicado a través de la dispensa el homicidio de Abraham, el hurto de los israelíes a los egipcios y la fornicación de Oseas con una mujer que no era la suya. Soto, sin embargo, siguiendo a Santo Tomás en que Dios no puede dispensar, lo que afirma es que como aquél es señor de todo pudo entregar los bienes de los egipcios a los israelíes a fin de proveerlos para el camino, y que la meretriz que entregó a Oseas era tan de éste aunque no consintiera, como si consintiera por matrimonio, y Dios pudo también quitar la vida a Isaac como la quita a otros hombres. Soto llega más allá de Santo Tomás y afirma que Dios, al entregar los vasos a los israelitas lo hizo como juez, y, quizá, no entregó a la meretriz sin que consintiera, sino que hizo que consintiera en verdadero matrimonio <sup>(188)</sup>.

Parecido es en esta materia el pensamiento de Suárez. Para él el adulterio es inmutable, pensando, sin embargo, que el matrimonio es también un asunto de propiedad, hasta el punto de que si Dios atribuye a un hombre una meretriz o una mujer que no es la suya, cesa la fornicación por cambio de materia, y parece que justifica, incluso, el matrimonio con varias mujeres, en cuanto si Dios no puede dispensar de ningún precepto de la ley natural, puede cambiar su materia o circunstancias, y atribuirle la propiedad de esas mujeres <sup>(189)</sup>.

Parece, pues, que la ley natural es en sí inmutable, pero que esa inmutabilidad no se extiende a la materia de la misma, con lo que al cambiar ésta serán distintos los efectos de dicha ley natural, aunque ella en sí siga inmutable. Parece también que el cambio de materia no es el que como, probablemente, opinan los modernos, puede darse por transformación de las cosas a través de los tiempos y en cuanto integrante de la Naturaleza, sino por el cambio de significación divina a los actos de que es objeto. La cohabitación con una meretriz es fornicación, y no cambia este acto porque en

---

<sup>(188)</sup> SOTO, *op. cit.* en nota 52, cuestion 94, art. 5.

<sup>(189)</sup> SUÁREZ, *op. cit.* en nota 97, lib. II, cap. XV.

el transcurso de los tiempos pueda tenerse otro concepto de las meretrices o de la cohabitación con éstas, sino por el que Dios pueda determinar en algún momento que no actúen como tales, sino en concepto distinto. Con ello, pues, la escolástica está muy lejos de acercarse a un sociologismo, como pudiera pretenderse, para mantenerse dentro de un positivismo confesional o religioso, en el que sólo ella, por otra parte, puede entender e intervenir.

En ocasiones en que no es posible el empleo de los medios anteriores, la escuela suele recurrir al desplazamiento del problema, es decir, a eludir su tratamiento frontal, pero mediante el de problemas conexos, que escondan aquella ausencia de enfrentamiento. Un ejemplo de tono menor es el ya citado de Molina <sup>(190)</sup>, que no niega capacidad de textar al excomulgado, con lo que se muestra mucho más liberal que Claro, pero que exceptúa el caso de que la incapacidad se haya establecido como pena por un delito, cuando a él le consta que la excomunión llevará consigo las más de las veces la acusación del delito de herejía.

Este recurso se produce, sobre todo, con motivo de la esclavitud, institución que repugna a la conciencia cristiana, pero que la segunda escolástica no se siente con fuerzas de atacar y, vergonzosamente, concluye por justificar.

Aunque no con gran rigor de jurista, pero con notable sinceridad de moralista, el P. Bartolomé de las Casas, entremezclando curiosamente el concepto de «servidumbre» humana con la «servidumbre» de los derechos reales, concluye que la libertad jamás puede perderse por prescripción, habiendo establecido antes que la servidumbre no tiene causa natural, sino que es un fenómeno accidental, y considerando también que el juramento de fidelidad y el deber de vasallaje son formas de servidumbre <sup>(191)</sup>.

Frente a un planteamiento tan directo y honesto, un Soto, por ejemplo, adopta caminos muy tortuosos. Se plantea si un hombre puede tener dominio sobre otro, y lo defiende, tanto por derecho natural, como por derecho de gentes. Sigue a Aristóteles en que hay dos clases de servidumbre: una natural, y otra, legal. La pri-

---

<sup>(190)</sup> Nota 57.

<sup>(191)</sup> BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, «*De regia potestate*», C.S.I.C. Madrid, 1969, I, I, 1-3.

mera, es la de los hombres de ingenio menos despierto, que considera justa y conveniente. Como tipos de servidumbre legal establece la de los mayores de veinte años que se contratan libremente para percibir un salario, que, apoyándose en textos bíblicos, cree lícita, porque aunque creados libres por Dios es innato en los hombres el deseo de conservar la vida, y por ello, los necesitados pueden someterse a la esclavitud por ella, porque aunque la libertad vale más que el oro, vale menos que la vida, y más aún, también los padres obligados por la necesidad estaban autorizados por el antiguo Derecho a vender sus hijos. Recuerda que todavía rige esta costumbre entre los etíopes, adonde acuden con sus naves los portugueses para comprarlos, y si los venden libremente no hay razón para que se tache de criminal este comercio <sup>(192)</sup>.

Como puede verse, Soto principia por eludir el problema de si es posible una servidumbre legal cuando el derecho positivo contradice el derecho natural, sobre todo, si se tiene en cuenta que él sólo establece como servidumbre natural la del individuo menos despierto respecto al más despierto, circunstancia que no puede producirse, al menos automáticamente, en la servidumbre legal. Una vez que ya ha eludido un aspecto importante, el de la licitud de la servidumbre legal y antinatural, procede a eludir el aspecto principal en la servidumbre legal, que es de donde partía como problemática, es decir, el de si un hombre puede tener dominio sobre otro hombre, y lo sustituye por el de si un hombre puede entregarse a otro. Naturalmente, concluye la licitud de esta acción, como no podía menos de suceder, y absurdo hubiera sido que se hubiera declarado pecado la acción del hombre que impelido por una sociedad injusta accede a esclavizarse. Contradice, sin embargo, todo principio de moralidad el aprovecharse de este planteamiento falso, para sacar la conclusión de que entonces es lícito que los portugueses acudan a la compra de esclavos, como demuestra una ingenuidad no justificable el hacer la salvedad de que si como hay gente que lo afirma, los esclavos son seducidos con mentiras, etc. los portugueses no pueden tener tranquila su conciencia hasta que los devuelvan. Sugerir sólo que ésto podía no ser la norma general entre los negreros portugueses, es algo que no puede concebir la

---

(192) Soto, *op. cit.* en nota 9, lib. IV, cuestion 2, art. 2.

mentalidad del hombre moderno, máxime cuando en la misma época, y hay que volver a recordar al P. las Casas, había religiosos que estaban denunciando este comercio y lo repudiaban con todas sus fuerzas.

Parecida postura adopta con los prisioneros de guerra, en lo que se muestra mejor internacionalista que civilista. Considera la servidumbre de este tipo, no sólo lícita, sino fruto de la misericordia, cuando como se ha dicho en otra parte, en la misma época ya se introducían otras prácticas más humanitarias. Es aceptable su reconocimiento de que mientras el que se vende no debe huir, es dudoso que esta obligación recaiga en el prisionero, así como el de que el señor no debe servirse de ellos como de cosas. Concluye, finalmente, que la servidumbre es contraria a « *primam naturae intentionem* », pero que una vez falta esta primera intención, del pecado se sigue el castigo; del pecado original se sigue la necesidad y se siguen las guerras sin cuento, que reducen los hombres a la esclavitud <sup>(193)</sup>.

El último medio empleado por la segunda escolástica para llegar a las conclusiones a que deseaba llegar ha sido el del aprovechamiento de categorías jurídicas con carácter ambiguo, a veces, mediante la introducción de distinciones y subdistinciones. La categoría más importante dentro del género ha sido la del Derecho de gentes, y las instituciones que se han defendido al amparo de ella han sido la propiedad privada y también la esclavitud, ambas contrarias a un espíritu cristiano puro, y que la segunda escolástica tuvo la ocasión de eliminar o, al menos, atenuar y que, por el contrario, contribuyó eficazmente a su fortalecimiento. Con más o menos fortuna, la segunda fue abolida por el liberalismo en el siglo XIX, y la segunda, por el socialismo en el siglo XX.

Para Vitoria, el hombre es el señor de la creación, y los animales no lo son, pues los derechos sólo se ejercen por quienes los pueden terminar libremente, entre los que se encuentra el menor, que tiene aptitud, y los perturbados, pues sienten la injusticia <sup>(194)</sup>.

---

<sup>(193)</sup> El razonamiento ya estaba en la *op. cit.* en nota 19, que luego se incorporó a la obra más desarrollada. Es divertido que esto no le impide que, al negar que el Emperador sea señor del órde, declare: « *Ius naturale omnibus hominibus est aequale... ergo, nullus est aliorum dominus...* ».

<sup>(194)</sup> ОТТЕ, *op. cit.*, pags. 42-45.

Para Soto no hay propiedad en los animales: a) porque no usan de las cosas, teniendo en cuenta que usar una cosa es ordenarla a un fin, y b) no se consideran injuriados cuando se les desposee, ni conocen la felicidad, según Aristóteles. Este dominio, el de la tierra, es el que Soto llama « *sublunarium dominium* » (195). Dominar para Soto es sólo propio de los que gozan de entendimiento y libre albedrío, entre los que se encuentra en primer lugar a Dios, después a la intelectual naturaleza angélica y después, al hombre racional, aunque luego dice que los ángeles solo tienen dominio sobre sus actos naturales, pero sin necesidad alguna de nada corporal, pues este mundo fue solo creado para los hombres, de los que son espíritus administradores (196). Rechaza que los hombres sean señores de los ángeles, pues éstos obran al servicio de Dios, como tampoco los demonios del Infierno son dueños de las almas que atormentan como ejecutores de la justicia divina (197).

Hasta aquí todo es admisible dentro de una teología como la cristiana, pero el problema se plantea cuando se trata de apartarse del comunitarismo en la propiedad, que es, sin embargo, el que aparece más conforme con el derecho natural, pues como reconoce Suárez, según el propio Decreto, por derecho natural todas las cosas eran comunes. Es admisible que Soto ataque, como hace, el comunitarismo de Sócrates o de Platón, lo que él llama « *delira communitate* », en cuanto incluía la comunidad de mujeres y de hijos, pero ya es más difícil admitir que ataque la comunidad de bienes, en general. ¿Como se ha justificado esta actitud?

Para Soto, la comunidad de bienes era posible en el estado de inocencia, porque la tierra, aún sin cultivarla, producía espontáneamente los frutos. Al rebelarse el hombre contra Dios y producir la tierra abrojos y espinas hubo necesidad de la división de la propiedad. La primera división es para él de derecho de gentes, añadiendo otras muchas el derecho civil, en tanto que por derecho natural han seguido siendo comunes muchas cosas, como la pesca y la caza, si bien el derecho civil, no tanto por justicia, como por arbitrariedad y costumbre, las ha prohibido más de la cuenta (198).

(195) Soto, *op. cit.* en nota 9, lib. IV, quest. I.

(196) Id. id: « ... aeministratorii spiritus... ».

(197) Id. id.

(198) Id. lib. IV, cuestion III, art. I.



Frente a los que alegan que la ley natural es mudable porque San Isidoro dijo que la posesión común de todas las cosas y la libertad son de derecho natural y que la división de la propiedad y la esclavitud fueron introducidas por el derecho de gentes, Soto replica que la autoridad de San Isidoro no ha de entenderse en el sentido de que imponga la propiedad común y prohíba la esclavitud, sino en sentido negativo, porque la ley natural ni hizo tal división ni ordenó la esclavitud <sup>(199)</sup>.

Molina, por su parte, también atribuye la división de las cosas al derecho de gentes, haciéndose propias por los que las ocupan primero, o por las que las adquieren después por título legítimo, que es lo que ha hecho que no sea contra el Derecho natural negar a otros su uso, fuera de una necesidad extrema <sup>(200)</sup>. El mismo tipo de razonamiento le permite a este autor justificar la esclavitud, pues según él, al introducir el Derecho de gentes mercedamente la costumbre de conmutar a los prisioneros de guerra la muerte por la esclavitud perpetua, hizo que no fuera contra el Derecho natural privar de libertad, aunque por Derecho natural todos los hombres sean libres <sup>(201)</sup>.

Todo esto aparece aún más sutilmente en Suárez, que divide el derecho natural en positivo y negativo, y alega que la división de la propiedad no es contraria al derecho natural positivo, pues no hay precepto que la prohíba. Por tanto, si es contraria al derecho natural, lo es al negativo, y la comunidad de bienes era de derecho natural en cuanto todas las cosas habían de ser comunes, si los hombres no introducían otra cosa, doctrina que imputa a Santo Tomás, Conrado Summenhart, Covarrubias y Azpilcueta. Esto lo impugnó el Fortún García o Fortunio al que se ha hecho referencia anteriormente, como un autor radical en sus consecuencias, y cuya obra lamento no conocer <sup>(202)</sup>. Para Fortunio, a través de Suárez, de la distinción verificada por éste podría resultar: a) que tan de derecho natural es la libertad como la esclavitud, la comunidad de las cosas como su división, lo que es contrario a los textos y

<sup>(199)</sup> Id. lib. I, cuést. 5, art. I.

<sup>(200)</sup> MOLINA, *op. cit.*, disp. 49, 4. Tomo VI, vol. II, pags. 352.

<sup>(201)</sup> Id. id. Tomo VI, vol. II, pags. 352-353.

<sup>(202)</sup> Una primera búsqueda realizada por amigos míos en la Universidad de Salamanca no ha dado resultado.

a la opinión común, aparte de que la propiedad será también de derecho natural negativamente, puesto que no está prohibida; b) un hombre podría privar lícitamente a otro de su propiedad, y c) se podrían usurpar las cosas, la jurisdicción y el poder. Para Suárez, esto significa no haber entendido bien la distinción, y entonces a la manera de los diversos sentidos que puede alcanzar el término « ius », como son el objetivo de ley o el subjetivo de propiedad o de acción judicial para usar de ella, comienza a jugar con la existencia de dos sentidos en el derecho natural, como son los de « preceptivo » y « dominativo », y a referir la distinción entre la prohibición positiva y la negativa al primero, con arreglo al cual la propiedad no es contraria al derecho natural, porque se limita a prohibirla, y lo mismo sucede con la esclavitud. Es en el derecho natural dominativo, donde la libertad es de derecho natural positivo, y no sólo negativo, porque la propia naturaleza le confirió libertad al hombre, como la comunidad también pertenece de algún modo al dominio de los hombres por fuerza del derecho natural, en cuanto si no se hubiera hecho la división de las cosas, los hombres tendrían derecho positivo y acción para el uso de las cosas comunes. Por todo esto, considera la libertad como más de derecho natural que la esclavitud, y también que la naturaleza dio en común la propiedad de todas las cosas y en cambio la división de la propiedad no la dio de la misma manera, como explica San Agustín. Estas hábiles distinciones le llevan a que la libertad, la propiedad común y cualquier otro derecho que la naturaleza haya dado positivamente pueden los hombres cambiarlo, en cuanto desde el punto de vista del derecho natural preceptivo sólo le contradicen negativamente, que es lo que no pueden cambiar, en tanto que aunque sean de derecho natural positivo en el orden del dominativo pueden cambiarlo, porque todas las cosas creadas, sobre todo, las corruptibles, han recibido de la naturaleza muchas cualidades que son mudables y otras, que pueden desaparecer. Admite que el hombre puede enajenar su propia libertad, aunque no lleva a la misma conclusión en cuanto a su vida <sup>(203)</sup>.

---

<sup>(203)</sup> SUÁREZ, *op. cit.*, lib. II, cap. XIV.

Para Andrés de la Madre de Dios, por naturaleza no había señor de las cosas temporales, y la división no se introduce por derecho divino, pues si asigna a los israelitas tierras de los cananeos es por gracia singular, ni por derecho natural, porque todos los bienes son comunes. Sin embargo, considera que la comunidad de bienes es de derecho natural permisivo, pero no, preceptivo, y que la división es de derecho de gentes, aunque como el resto de la escuela hace notar que no toda la división de las cosas es de derecho de gentes, pues por consentimiento de todos quedaron muchas cosas comunes, como ciudades, plazas, caminos, etc., y también hay otras cosas que no son de derecho de gentes, y esto es particular de él, sino que han sido divididas por derechos particulares, como el reino de Hispania que es de este rey, y el de las Galias, que es de otro <sup>(204)</sup>.

?Qué se desprende de estas exposiciones? La segunda escolástica no puede negar que la libertad y la comunidad de bienes son de derecho natural, y que no lo son sus contrarios, la esclavitud y la división de las cosas o propiedad privada, pero éstas últimas son el soporte de la sociedad en la que ocupan una situación preponderante, y hay que salvarlas. Frente a los que como Las Casas o Fortún García extraen las consecuencias lógicas desde diversas posiciones, porque aquéllos creo que no han militado en el mismo bando, la segunda escolástica aprovecha una categoría intermedia entre el derecho natural y el derecho positivo, que es el derecho de gentes, como asimismo distinciones en el derecho natural, como « preceptivo » y « dominativo » o « permisivo », « positivo » y « negativo », etc. En Andrés de la Madre de Dios, la ley natural versa sobre todos los actos de virtud y de vicio, siendo los primeros según la inclinación de la naturaleza intelectual, y los vicios, contra, pero algunos de aquéllos no pertenecen al derecho natural « praeceptivam », sino « iudicativam », porque juzga de su bondad, pero no los prescribe <sup>(205)</sup>. Para el carmelita descalzo hay hasta tres tipos de preceptos naturales: los « praecepta communissima », reducidos a los preceptos de la primera tabla del Decálogo y que son « per se

---

<sup>(204)</sup> ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, *op. cit.*, tract. XII, cap. II, punct. 1.

<sup>(205)</sup> Id. cap. I, punct. III, num. 25.

nota »; otros, « quae se habent ut conclusiones proximae », deducidos por fácil discurso, y otros, « conclusiones remotiores a primis principiis », cognoscibles con mucho esfuerzo, y da como ejemplos de los segundos el homicidio, y de los terceros, la usura, la indisolubilidad matrimonial y la intemperancia <sup>(206)</sup>.

El derecho de gentes es una categoría a la que se dota de caracteres de ambigüedad, pues la escuela no se pronuncia sobre si es derecho natural o positivo <sup>(207)</sup>, limitándose a considerarlo como intermedio entre el natural y el civil <sup>(208)</sup>. Sirve para imputarle la introducción de la esclavitud y de la división de las cosas, como también el derecho de herencia <sup>(209)</sup>, y exculpar así al derecho natural, pero si es derecho natural o participa de éste, no le exculpa, y el derecho natural aparece como injusto, y si es positivo no se comprende que pueda admitirse si contradice al derecho natural. Se acumulan entonces las sutilezas y las categorías y se encuentra que no contradice al derecho natural preceptivo, sino sólo al permisivo o dominativo, o si contradice al primero la hace sólo en su aspecto negativo, pero no, en el positivo. No son éstas las únicas sutilezas, pues para Soto el juego no es inválido por derecho natural con arreglo a su forma <sup>(210)</sup>, luego se puede ser contrario al derecho natural por la materia o por la forma, y lo que es mas sorprendente, ser inválido por la primera, pero válida por la segunda.

---

<sup>(206)</sup> Id. num. 26. Esta enumeración puede verse también en Suárez.

<sup>(207)</sup> Vid. PUY-NUÑEZ, *op. cit.*, pag. LXXI-LXII, según los cuales unos atribuyen a Soto el que el derecho de gentes es natural para no atacar a Santo Tomás, y otros, que es positivo. Para los autores citados, en Soto es natural en cuanto a contenido, y positivo, en cuanto a legislador.

<sup>(208)</sup> Vid. ANDRÉS DE LA MADRE DE DIOS, *op. cit.*, cap. I, punct. III, num. 19.

<sup>(209)</sup> SOTO, *op. cit.*, lib. IV, cuestion III, art. I. Soto considera el derecho de herencia como derecho de gentes. Luego el derecho civil añade el derecho de primogenitura, prescripción y otros. BRUFAU, *op. cit.*, pags. 8-9, dice que el recurso al derecho de gentes, clásico en los escolásticos, reviste en Soto características especiales. La propiedad privada es dictada por derecho natural, pero ejecutada por el derecho de gentes. La aparición de la propiedad privada después de Adán, no es derogación de la ley natural, sino sólo mutación de la materia, siendo las cosas mismas las que varían.

<sup>(210)</sup> Vid. nota 34.

## CONCLUSIONES.

a) Los componentes de la segunda escolástica son teólogos que asumen el papel de juristas, no limitándose a la especulación y la docencia, sino extendiéndose a la actividad dictaminadora, e irrogándose siempre el papel de reformadores.

b) La segunda escolástica no ha adoptado una posición revolucionaria frente al considerado en su época como « derecho común », sino que se ha sometido a él, desperdiciando la ocasión de adelantarse a su tiempo y luchar por una ordenación jurídica menos imperfecta, lo que se acusa, especialmente, en el terreno de la propiedad privada y la esclavitud.

c) Cuando la escuela se aparta del Derecho común lo hace por afección al Derecho municipal del país donde ejercen sus actividades, como el portugués, y, sobre todo, el castellano, experimentando gran entusiasmo por éste último.

d) En el terreno del Derecho privado, los miembros de la segunda escolástica se caracterizan por la defensa de las instituciones beneficiadoras de los intereses económicos de la Iglesia, lo que puede comprobarse en los siguientes aspectos: a) concepción general del Derecho; b) capacidad jurídica o de obrar; c) concepto de la propiedad; d) convalidación de actos; e) función del juramento, y f) derecho testamentario.

e) La afección al derecho portugués y, sobre todo, al castellano, contrasta con una indiferencia total hacia el ordenamiento jurídico de los territorios hispánicos periféricos, como Navarra y la Corona de Aragón, los cuales simulan desconocer.

f) La afección de la segunda escolástica al derecho castellano y la indiferencia hacia el navarro y el de la Corona de Aragón obedece a la coincidencia de intereses con el « decisionismo » del reino de Castilla y la oposición con el « normativismo » de los otros reinos, que se manifiesta en los rasgos siguientes: a) racionalismo; b) iusnaturalismo; c) antipositivismo; d) moralismo, y e) legalismo o anti-consuetudinarismo.

g) La segunda escolástica no ha dejado huella visible en el pensamiento iusprivatista español, del que ha desaparecido casi totalmente a partir del siglo XVIII, pero sin que tampoco haya

ocupado un puesto especialmente relevante en los siglos XVI y XVII, que le eran singularmente propicios políticamente.

*h)* Dada su condición de ideólogos, que les ha hecho adecuar su proceso lógico a los fines que deseaban defender, es de observar en ellos un espíritu acomodaticio o inconsecuente, que se manifiesta en los medios empleados para justificar sus tesis, y que han sido: *a)* introducción frecuente de excepcionalidad; *b)* distinciones en los antecedentes lógicos o premisas; *c)* desplazamiento de la problemática, y *d)* aprovechamiento de categorías jurídicas ambiguas.



ROBERT FEENSTRA

L'INFLUENCE DE LA SCOLASTIQUE ESPAGNOLE SUR  
GROTIUS EN DROIT PRIVÉ: QUELQUES EXPÉRIENCES  
DANS DES QUESTIONS DE FOND ET DE FORME, CON-  
CERNANT NOTAMMENT LES DOCTRINES DE L'ERREUR  
ET DE L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Les quelques observations qui suivent n'ont qu'un but très modeste, celui de présenter quelques-uns de mes résultats au cours de mes recherches concernant les sources de certaines opinions de Grotius en matière de droit privé <sup>(1)</sup>. Ces recherches ont été conduites dans un cadre plus vaste que celui du thème qui nous réunit aujourd'hui: il s'agissait d'établir les origines de

---

(1) Il s'agit surtout de deux articles récents, publiés en néerlandais: *De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling* (dans 'Met eerbiedigende werking', Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. J. Hijmans van den Bergh, Deventer 1971, p. 87-101) et *De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking* (dans 'Uit het recht', Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Mr. P. J. Verdam, Deventer 1971, p. 137-159).

Voir aussi *Théories sur la responsabilité civile en cas d'homicide et en cas de lésion corporelle avant Grotius* (dans Etudes d'histoire du droit privé offertes à Pierre Petot, [Paris], 1959, p. 157-171), repris en partie dans *Over de oorsprong van twee omstreden paragrafen uit de Inleiding van Hugo de Groot* (dans Acta juridica 1958 (In Memory of Robert Warden Lee), Cape Town-Amsterdam 1959, p. 27-42).

En 1974 paraîtra mon étude *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus, Some Aspects of Frustration of Contract in Continental Legal History up to Grotius*; une version abrégée en néerlandais a déjà paru sous le titre *Verandering van omstandigheden en trouw aan het gegeven woord, Enkele historische kanttekeningen* (dans Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1972, p. 493-513).

Cf. aussi la thèse de mon élève B. RANCHOD, *Foundations of the South African Law of Defamation*, thèse droit Leyde 1972, p. 63 et s.



certaines théories fondamentales du droit civil. L'influence des textes du droit romain, des auteurs du droit savant — du moyen âge et du 16<sup>e</sup> siècle —, voire même de certaines sources coutumières y comptait autant que celle des auteurs scolastiques. Toujours est-il qu'on ne peut mesurer l'apport de l'un de ces facteurs sans connaître toutes les autres possibilités; il faut se garder d'exagérer l'importance d'un seul facteur, même si elle a été longtemps négligée comme c'est le cas de l'influence de la scolastique espagnole.

## I.

Avant d'entrer dans le détail de l'une de ces 'questions de fond', je me propose de faire quelques observations d'ordre général sur un aspect des recherches sur Grotius qui ne semble pas avoir inquiété beaucoup les auteurs modernes préoccupés des sources de Grotius: il s'agit du problème des références ajoutées en note au texte du *De iure belli ac pacis*. Certes, ces références ne sont nullement négligées par ces auteurs. Dans son étude fondamentale intitulée *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik* <sup>(2)</sup> M. Thieme n'a pas manqué d'attirer l'attention sur l'importance de cet *apparatus* d'allégations en ce qui concerne les auteurs de la scolastique espagnole. Dans un ouvrage de M. Diesselhorst, les renvois donnés en note par Grotius sont utilisés et examinés d'une manière très systématique <sup>(3)</sup>. Il y a d'ailleurs — fait signalé également par M. Thieme — une voie d'accès assez intéressante à ces renvois dans la table des auteurs qui figure à la fin de l'édition du *De iure belli ac pacis* dans la série des 'Classics of International Law' (1913-1925) <sup>(4)</sup>. Pourtant, on ne semble pas s'être

<sup>(2)</sup> Parue dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte, Germ. Abt.*, 70 (1953), p. 230-266; une version espagnole a paru sous le titre *El significado de los grandes juristas y teólogos españoles del siglo XVI para el desenvolvimiento del derecho natural* (dans *Revista de derecho privado*, 1954, p. 597-617).

<sup>(3)</sup> M. DIESELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959 [= *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, 6]. Cf. aussi G. NUFER, *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung auf die Folgezeit*, thèse droit Fribourg-en-Brisgau 1969.

<sup>(4)</sup> Détails bibliographiques sur cette édition dans J. TER MEULEN et P. J. J. DIERMANSE, *Bibliographie des écrits imprimés de Hugo Grotius*, La Haye 1950, p. 263 et s. (n. 614).

suffisamment demandé si ces notes ont été éditées d'une façon tout à fait sûre. Mes expériences — si limitées qu'elles aient été — m'ont convaincu que l'édition des notes de Grotius laisse beaucoup à désirer et qu'il est nécessaire de s'efforcer d'établir non seulement leur forme exacte, mais encore leur disposition par rapport au texte; ce travail doit précéder toute interprétation de la pensée de Grotius et toute recherche sur la provenance de cette pensée.

Permettez-moi de vous rappeler d'abord la situation en ce qui concerne les éditions du *De iure belli ac pacis*. Depuis 1939 nous disposons de la très belle *editio maior* de Mme de Kanter-Van Hettinga Tromp <sup>(5)</sup>, faite sous l'égide de deux grands spécialistes de Grotius: C. van Vollenhoven et P. C. Molhuysen. Le premier avait fait des recherches très approfondies sur l'histoire du texte, notamment sur les différences entre les cinq éditions corrigées par Grotius lui-même <sup>(6)</sup>; le second avait donné lui-même une édition du *De iure belli ac pacis* en 1919 <sup>(7)</sup>, en se fondant sur l'édition de 1646 et en établissant les variantes de plusieurs éditions précédentes (mais non pas de celle de 1631, considérée comme la plus importante par Van Vollenhoven). Or, Mme de Kanter, dans son *editio maior*, a signalé toutes les variantes des cinq éditions corrigées par Grotius lui-même, tant pour le texte que pour les notes <sup>(8)</sup>. On serait tenté de penser que, en ce qui concerne les notes, cette *editio maior* ne laisse rien à désirer. Mais,

---

<sup>(5)</sup> *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres ... curavit* B. J. A. DE KANTER - VAN HETTINGA TROMP, Lugduni Batavorum 1939.

<sup>(6)</sup> Voir une liste des principales études de C. VAN VOLLENHOVEN dans TER MEULEN et DIERMANSE, *Bibliographie*, p. 226-227.

<sup>(7)</sup> *Hugonis Grotii De iure belli ac pacis libri tres ... edidit* P. C. MOLHUYSEN, Lugduni Batavorum 1919 (avec préface de C. van Vollenhoven).

<sup>(8)</sup> Voir la *Praefatio*, p. XIII-XIV:

'Notae, a Grotio in margine appictae, ex editionibus annorum 1625, 1631, 1632, 1642, 1646, infra paginas in notis expositae sunt et praeditae annorum numeris editionum, in quibus occurrunt, quae quidem non iam inveniuntur in editione principe anni 1625. Videatur e.g. nota 3 p. 11 et nota 3 p. 40'.

'Annotationes, quae in editionibus annorum 1642 et 1646 post singula capita leguntur, notarum forma infra paginas positae sunt atque editionum annorum numeris instructae. Videatur e.g. nota 5 p. 5. Hanc rationem Molhuysen quoque in editione anni 1919 secutus est'.

à lire attentivement sa préface <sup>(9)</sup>, on constate que le procédé suivi pour les notes a été un peu différent de celui mis en pratique pour établir le texte; pour les notes, en effet, Mme de Kanter a été beaucoup plus tributaire de l'édition faite par Molhuysen en 1919. Elle signale elle-même que Molhuysen s'est chargé de soigner, dans l'*editio maior*, les *explicationes*, *emendationes* et l'*accuratior loci designatio eorum quae Grotius non integra aut mendosa citaverat*. A la différence de l'édition de 1919 par Molhuysen, cependant, celle de 1939 a renoncé à un véritable *apparatus criticus* <sup>(10)</sup>; Mme de Kanter dit notamment: *Grotii dictionem reddidi officio critici prorsus omisso*. Or, il y a là une équivoque en ce qui concerne les notes: on ne peut pas rendre fidèlement ce qu'a dit Grotius si l'on change le système pour rattacher les notes au texte. On sait que dans les éditions du 17<sup>e</sup> siècle on mettait souvent les références en marge du texte, sans les rattacher au texte par un chiffre ou par une lettre; c'est le cas également des éditions de Grotius utilisées par Mme de Kanter. Dans sa préface elle dit que les *notae, a Grotio in margine appictae ... infra paginas in notis expositae sunt* <sup>(11)</sup>; elle passe sous silence la difficulté qui se présente alors de devoir rattacher ces notes au texte par des chiffres ou autrement, c'est à dire par des procédés qui manquent

<sup>(9)</sup> *Praefatio*, p. xiv:

'Praeterea in notis similiter inter signa [ ] inveniuntur explicationes, qualis est nota 3 p. 6, emendationes sicut in nota 8 p. 6, nec non accuratior loci designatio eorum, quae Grotius non integra aut mendosa citaverat. Quae omnia maiorem partem accepta sunt ex editione anni 1919 ...'.

'Molhuysen, cuius ductu et auspiciis haec editio universa confecta est, etiam curationem grammaticam sermonis Latini Graecique in semet recepit, cui insuper curae fuerunt explicationes, emendationes, locorum designationes, de quibus supra dictum est. Sine illius opera ac labore hoc opus nullo modo perfici potuisset'.

<sup>(10)</sup> *Praefatio*, p. xiv-xv:

'Editio anni 1919, fundamento editionis anni 1646 constituta, quamquam ab eo consilio profecta est ut textum et notas corrigeret, errores emendaret, locos auctorum a Grotio allatos sed non indicatos significaret, memoratas origines disquireret, ego vero in hac editione, exemplo anni 1631 nisa, textus diversos continuos collocavi atque Grotii dictionem reddidi officio critici prorsus omisso, vel sic tamen editio illa anni 1919 huic posteriori permultum profuit'.

<sup>(11)</sup> Cf. *supra*, note 8.

<sup>(12)</sup> Sauf pour les notes ajoutées pour la première fois dans les éditions de 1642 et de 1646 et qui y figurent à la fin de chaque chapitre: ces notes sont rat-

précisément dans les éditions copiées (12). En fait elle n'a pas eu à résoudre seule ce problème parce que, sur ce point, l'*editio maior* pouvait suivre l'exemple de l'édition de Molhuysen de 1919. On s'imagine facilement que Molhuysen — qui, de nouveau dans l'*editio maior*, s'était chargé notamment de la précision des citations de Grotius — a pu exercer quelque influence sur la disposition des notes. Il est vrai que cette disposition n'est pas toujours identique dans les deux éditions; sur ce point l'*editio maior* n'a pas suivi aussi strictement (13) l'édition de 1919 que c'est le cas de certaines *accuratiores loci designationes*. Toujours est-il que, dans les cas que j'ai examinés, il y a certains rattachements fautifs qui figurent dans les deux éditions. On pourra de toute façon considérer Molhuysen comme le principal responsable de la disposition des notes.

Ce qu'il importe maintenant de savoir, c'est que Molhuysen, tout en étant un excellent philologue et historien, n'était pas juriste. En s'occupant des notes, il s'est donné beaucoup de peine pour retrouver les passages des auteurs littéraires, mais il n'a pas fait le même effort pour les passages des auteurs juridiques (14).

---

tachées au texte par la répétition des mots du texte auxquels elles se réfèrent. Le remplacement de ces mots par des chiffres (à l'occasion de la mise de ces notes en bas de chaque page, cf. la *Praefatio*, citée *supra*, note 8) est un procédé facile et sûr.

Je n'ai pas eu l'occasion de faire des recherches systématiques pour établir quand on a commencé à rattacher *toutes* les notes au texte par un chiffre ou par une lettre, mais j'ai trouvé ce procédé dans plusieurs éditions du XVIII<sup>e</sup> siècle; il ne semble pas, cependant, que Molhuysen ait pris exclusivement comme modèle une de ces éditions.

Sur les fautes dans les références mêmes ainsi que dans leur suite et dans leur rattachement au texte, voir déjà les préfaces de Jean Barbeyrac à son édition du texte latin et à sa traduction en français du *De iure belli ac pacis*.

(13) J'ai même découvert un endroit où un renvoi interne à une page de l'édition de 1919 a passé inchangé dans celle de 1939: dans l'*editio maior*, p. 325 n. 2, le renvoi à '*Covar. d. loco*' est suivi de 'p. 249 n. 4', tandis qu'on doit lire 'p. 323 n. 4'; p. 249 n. 4 n'est exact que pour l'édition de 1919.

(14) Le même procédé a été suivi par Molhuysen dans l'édition de *Philippus de Leyden, De cura reipublicae et sorte principantis* ('s Gravenhage 1900, réimpression 1915) qui a été publiée sous le nom de R. Fruin et le sien, mais dont il a porté la responsabilité principale. Sur les fautes assez graves qui figurent dans cette édition en ce qui concerne les anciens auteurs juridiques, voir mon *Philippus*

A cet égard la vérification des notes de Grotius reste encore à faire pour la plus grande partie. Il est évident que le rattachement des notes au texte ne peut être effectué d'une façon sûre qu'après une identification aussi exacte que possible du passage que Grotius avait en vue. En faisant ce travail pour certains paragraphes, j'ai dû constater que même une comparaison des cinq éditions utilisées par Mme de Kanter ne peut pas toujours donner une solution satisfaisante. Il faut faire des émendations non seulement dans les références elles-mêmes mais encore dans la suite des références <sup>(15)</sup>.

Voilà le problème de forme qui, à mon avis, n'a pas suffisamment retenu l'attention des savants modernes jusqu'ici. Il est important pour tous ceux qui s'occupent de Grotius et notamment pour ceux qui cherchent chez lui l'influence de la scolastique espagnole.

Qu'il me soit permis de donner comme exemple d'une émenation à faire dans les notes de Grotius, celle que j'ai proposée dans une étude sur les origines de la doctrine de l'erreur chez Grotius <sup>(16)</sup>. A un certain endroit du chapitre *De promissis* on trouve un renvoi à Covarruvias, *De contractibus* <sup>(17)</sup>. M. Diesselhorst a bien fait remarquer qu'on ne connaît pas un ouvrage de ce nom du grand juriste espagnol <sup>(18)</sup>, mais il se contente de cette constatation négative. Il aurait pu résoudre l'énigme s'il avait lu attentivement les passages de Lessius <sup>(19)</sup> que Grotius doit avoir eu sous les yeux en écrivant le passage en question (Gro-

---

*of Leyden and his treatise De cura reipublicae et sorte principantis*, Glasgow 1970 [= The David Murray Lectures, 29 = Glasgow University Publication NS 133], p. 31 et s.

<sup>(15)</sup> Pour des exemples, outre ceux qui suivent plus bas dans le texte et *infra*, note 65, voir encore mes articles (cités *supra*, note 1) *De betekenis*, notes 53 à 55 (p. 155), et *Impossibilitas*, notes 141 à 143.

<sup>(16)</sup> *De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling* (cf. *supra*, note 1), p. 93 et s.

<sup>(17)</sup> *De iure belli ac pacis*, II, 11, 6, 1, *ed. maior*, p. 331 n. 6.

<sup>(18)</sup> DIESSELHORST, *op. cit.* (*supra*, note 3), p. 87 n. 3.

<sup>(19)</sup> LEONARDUS LESSIUS, *De iustitia et iure, caeterisque virtutibus cardinalibus libri quattuor ad Secundam secundae D. Thomae a quaest. 47 usque ad quaest. 171*, Lib. 2, cap. 17, dub. 5 [= n° 27 et s.], notamment n° 31-32 [dans l'édition Venetiis 1608, p. 182-183].

tius ne cite pas Lessius à cet endroit, mais cela ne veut nullement dire qu'il ne l'ait pas suivi; j'ai constaté ce fait à plusieurs reprises et c'est un aspect qui doit être retenu par ceux qui s'occupent des sources scolastiques de Grotius). Lessius renvoie — à une petite variante près <sup>(20)</sup> — aux mêmes auteurs que Grotius et il ne semble pas trop hasardeux de supposer que Grotius ait copié ici les références de Lessius. Or Lessius cite après Covarruvias un autre auteur, qui, lui, a écrit *de contractibus*: c'est Lancelottus Conradus <sup>(21)</sup>. Il est évident qu'il s'agit d'une faute, soit de Grotius lui-même soit de l'imprimeur, faute causée par la grande

---

<sup>(20)</sup> Exception faite d'un petit changement dans un autre renvoi à Covarruvias qui suit un peu plus loin (cf. *infra*, note 24), la seule différence est constituée par le fait que Grotius renvoie aux 'doctores sur la loi *Contractus* [D. 50, 17, 23]' tandis que Lessius cite seulement Joannes Ignaeus sur cette loi (mais il fait suivre immédiatement les noms de [Johannes] Faber et [Petrus de] Bellapertica). Il est évident que ni Lessius ni Grotius n'avait sous la main l'ouvrage de Joannes Ignaeus (Jean Feu), professeur à Orléans au début du 16<sup>e</sup> siècle. On trouve sa *repetitio* sur la loi *Contractus* dans ses *Commentarii in aliquot constitutiones principum itemque in aliquot responsa iurisconsultorum (vulgo repetitiones vocat)*, Lugduni 1541, fol. 85<sup>r</sup>-105<sup>v</sup>. Le numéro 150, cité par Lessius, traite un autre sujet; c'est le numéro 105 qui doit avoir été visé (la même erreur se retrouve dans l'édition de 1661 chez Covarruvias au passage cité *infra*, note 24). Lessius renvoie à Covarruvias d'une façon qui ne laisse subsister aucun doute sur le fait qu'il lui a emprunté les renvois à Ignaeus, Faber et Bellapertica. Grotius a voulu simplifier ces références de Lessius en mettant 'doctores' ('Dd'); il n'a cependant pas tenu compte du fait que ce n'était qu'Ignaeus qui donnait cette théorie sur la loi *Contractus* tandis que Faber et Bellapertica — comme le précise nettement Covarruvias, à la différence de Lessius qui reste dans le vague — la donnaient sur le § *Actionum*, *Inst. de actionibus* (Inst. 4, 6, 28). Covarruvias fait d'ailleurs entendre clairement qu'il n'a pas consulté lui-même les ouvrages de Faber et de Bellapertica; il est très improbable qu'il en ait été autrement pour Lessius ou Grotius. Sur la doctrine des *Ultramontani* concernant le sujet en question (c'est-à-dire la différence entre les contrats de droit strict et les contrats de bonne foi en matière de nullité à cause de dol), voir G. FRANSEN, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques, Evolution des doctrines et système du Code canonique*, Gembloux 1946 [= Universitas Catholica Lovaniensis, Dissertationes ad gradum magistri in Facultate Theologica vel in Facultate Iuris Canonici consequendum conscriptae, series II, tomus 37], p. 178-179 et p. 220 et s.

<sup>(21)</sup> Je n'ai pas pu avoir sous les yeux Lancelottus Conradus, *De contractibus*, et je n'ai pas pu trouver des renseignements sur l'auteur (cf. également FRANSEN, *op. cit.*, p. 178 n. 2). D'après Lipenius (*Bibliotheca realis iuridica*, I, Lipsiae 1757, p. 344) on pourrait trouver l'ouvrage dans Conradus, *Templum*

similitude des abréviations 'Covar.' et 'Conr.' (ou 'Conra.')

(22). On pourrait penser également à une soudure de deux références commençant par 'Co', par une faute de l'imprimeur ou de Grotius lui-même (quand il copiait ses notes): avant Conradus, *De contractibus*, Grotius aurait alors cité un ouvrage de Covarruvias, ce qui est très bien possible puisque Lessius cite Covarruvias avant Conradus. On pourrait même supposer que Grotius ait découvert plus tard la faute et qu'il faille expliquer ainsi un renvoi à Covarruvias qui, à l'endroit où il se trouve, n'a pas de sens (23)

---

*omnium iudicum*, Venetiis 1575 (dont un exemplaire se trouve au British Museum). Conradus est cité par Covarruvias dans le passage mentionné *infra*, notes 23 et 24. Ailleurs l'auteur est parfois cité comme 'Conradus Lancelottus'.

(22) D'après la table des auteurs à la fin de l'édition de 1923-1925 (cf. *supra*, note 4), Covarruvias est cité 51 fois en dehors du passage en question tandis que Conradus n'est cité nulle part dans *De iure belli ac pacis*. Il n'aurait rien de surprenant si l'imprimeur eût interprété comme 'Covar.' une abréviation 'Conr.' ou 'Conra.', mal écrite par Grotius.

(23) 'Covar. in c. possessor de reg. iuris, in 6 [Sextus, de reg. iur. 2], p. 2 § 6 n. 8'. Dans l'*editio maior* cette référence se trouve rattachée à la première phrase du § 2 ('*At viam nobis ... omnium fere consensu*') comme troisième d'une série de références qui commence par des textes de Felinus [Sandeus] et de Baldus. Ce rattachement est sans doute inexact: l'*editio princeps* de 1625 (j'ai consulté l'exemplaire à la Bibliothèque de l'Université de Leyde, ter Meulen et Diermanse n° 565<sup>11</sup>) place le renvoi à Covarruvias, avec le renvoi à Navarrus qui y suit, beaucoup plus loin que les renvois à Felinus et à Baldus, à savoir à la hauteur de la phrase '*quia omnino promissor non consentit in promissum ...*'. Le renvoi à Navarrus s'y expliquerait assez bien, mais ce n'est pas le cas du renvoi à Covarruvias, de sorte que, probablement, il faudra détacher ce dernier renvoi du premier. Dans les éditions de 1631, 1632, 1642 et 1646, cependant, les renvois sont toujours combinés.

Dans une lettre du 27 juillet 1628 à son frère Guillaume, Grotius lui-même fait allusion aux erreurs typographiques qui peuvent avoir lieu dans la disposition des notes dans son *De iure belli ac pacis*. Il est vrai que le passage en question se réfère à une nouvelle édition de son livre, où l'imprimeur devait tenir compte seulement des corrections et des additions manuscrites, mais l'observation faite par Grotius peut démontrer quelles ont dû être les difficultés pour l'imprimeur de l'*editio princeps* de 1625. Voici ce que dit Grotius: '... Libri mei de Iure belli ac pacis multis partibus a me aucti sunt. Bonus [Nicolas Buon, éditeur à Paris, qui avait publié l'édition de 1625] obiit. Haeredes usque et usque differunt. Interdum cogito, an non hos libros Lugdunum mittere debeam. Retinet me nonnihil, quod addita notas suas habent, quam potui positas perspicue, sed quae ob vicinitatem fallere typographos possent, ita ut sperare debere videar

mais qui s'expliquerait assez bien à l'endroit où se trouve le renvoi à Conradus <sup>(24)</sup>.

C'est d'ailleurs cette recherche assez minutieuse des notes de Grotius dans ce paragraphe <sup>(25)</sup> qui m'a permis d'évaluer d'une façon quelque peu différente de celle de M. Diesselhorst les mérites de Grotius en ce qui concerne la doctrine de l'erreur <sup>(26)</sup>.

---

emendatiorem editionem fore me praesente, praesertim post istud librorum de Veritate experimentum. Sed nec nescio in Corvini [Johannes Arnoldi Ravens] diligentia multum esse posse praesidii ...' (*Briefwisseling van Hugo Grotius*, III (1626-1627-1628), publié par B. L. MEULENBROEK, 's Gravenhage 1961 [= Rijks Geschiedkundige Publicatiën, Grote serie, 105], n° 1289, p. 348). Ce passage a été signalé déjà par C. VAN VOLLENHOVEN, *The Growth of Grotius' De jure belli ac pacis as it appears from Contemporary Correspondence* (deuxième édition, dans ses *Verspreide Geschriften*, I, Haarlem - 's Gravenhage 1934, p. 501-560), p. 534; il omet cependant la phrase concernant Corvinus, dont le nom apparaît à plusieurs autres endroits de la correspondance de Grotius en rapport avec la possibilité d'une nouvelle édition du *De iure belli ac pacis* en Hollande, voir *Briefwisseling*, III, n°s 1325 (28 octobre 1628) et 1347 (9 décembre 1628).

La lettre du 27 juillet 1628 est citée également par Barbeyrac dans la préface de sa traduction française de Grotius (éd. Leide 1759, p. XXII-XXIII, n. 1).

<sup>(24)</sup> A la fin du § 6 de la seconde partie de sa *Relictio regulae Possessor malae fidei*, *De regul. iur. Lib. VI*, Covarruvias traite en effet du problème de la nullité des contrats en cas de *dolus causam dans contractui* et notamment de la différence entre les contrats *bonae fidei* et les contrats *stricti iuris* à cet égard; il y renvoie deux fois à Conradus, *Tractatus de contractibus*, q. 57, et il combat entre autres la théorie de Bellapertica, de Faber et d'Ignaeus d'après laquelle, en cas de *dolus causam dans contractui*, aussi les contrats de bonne foi ne seraient pas nuls mais valables.

Dans certaines éditions cette dernière partie du § 6 porte seulement le numéro 6 (ainsi, par exemple, dans l'édition des *Opera omnia*, II, Lugduni 1606, p. 393), dans d'autres éditions elle est subdivisée et correspond aux numéros 6, 7 et 8 (ainsi, par exemple, dans l'édition des *Opera omnia*, I, Lugduni 1661, p. 420-422). Lessius cite à deux reprises le numéro 6; il peut avoir utilisé une édition tant du premier que du second type. Grotius, qui cite le numéro 8, a dû se servir d'une édition du second type (malheureusement il m'a été impossible de faire des recherches plus détaillées sur ce point); dans ce numéro 8 Covarruvias dit entre autres: '*in animae iudicio minime considerandam esse hanc differentiam contractus bonae fidei et stricti iuris quoties dolus dederit causam contractui*' et on y trouve la deuxième référence à Conradus.

<sup>(25)</sup> Pour rendre plus clair ce qui vient d'être dit sur la disposition de ces notes je donne en annexe (*infra*, p. 401) l'édition du paragraphe telle que je l'ai proposée dans mon article *De oorsprong van Hugo de Groot's leer over de dwaling* (cf. *supra*, note 1), p. 90-91.

<sup>(26)</sup> Pour les détails je dois renvoyer le lecteur à mon article cité.



Il s'est avéré que, d'une part, Grotius est encore plus tributaire des opinions de Lessius que M. Diesselhorst ne l'avait soupçonné, mais que, d'autre part, il a ajouté à la pensée de Lessius quelques précisions, dont la plus importante <sup>(27)</sup> me paraît celle concernant la responsabilité de celui qui a été négligent dans sa promesse; il la fonde <sup>(28)</sup> sur le *damnum per culpam datum*, la responsabilité *ex delicto* élargie qui a conduit à l'article 1382 du Code civil français.

## II.

Maintenant j'aimerais vous présenter d'une façon un peu plus détaillée les résultats d'autres recherches, en mettant l'accent sur

---

<sup>(27)</sup> Une autre addition est constituée par la comparaison entre la *promissio* et la *lex*, comparaison que Grotius a faite pour ajouter un argument à la doctrine de la condition tacite comme fondement de la nullité en cas d'erreur. Grotius dit (II, 11, 6, 2): '... ut si lex fundetur in praesumptione aliqua facti, quod factum revera ita se non habeat, tunc ea lex non obliget, quia veritate facti deficiente deficit totum legis fundamentum,'; il renvoie en note à Felinus Sandeus et à Balde. Le passage chez ce dernier auteur (que DIESELHORST, *op. cit.*, p. 92 n. 2, n'a pas pu retrouver) est sans doute le plus intéressant: Balde sur la loi *Cum quis* [C. 1, 18, 10], n° 19 (ed. Venetiis 1586, fol. 75v°). Il s'agit là d'une *quaestio*, disputée par un autre auteur et insérée dans la *lectura* de Balde: 'Post hoc sciatis quod Bononiae fuit quaestio talis in scholis fratrum Praedicatorum disputata. Quaeritur an lex positiva excuset vel obliget in foro poenitentiae et coram doctoribus et scholaribus universis publice respondit D. Pe. de Ultramon. auditor Dni Cardinalis Raynaldi, Apostolicae sedis legati, in hunc modum ...'. Dans mon article cité je n'avais pas pu résoudre l'énigme de cette citation (énigme parce qu'il n'y a pas eu un cardinal-légat du nom de Raynaldus à Bologne). Maintenant mon éminent collègue et ami Ennio Cortese (Pise) m'a suggéré une solution qui paraît tout à fait satisfaisante. Au lieu de 'Raynaldus' il faut lire 'Androinus'; il s'agit alors d'Androin de la Roche, cardinal-légat à Bologne de 1363-1364 à 1368 (de 1357 à 1358 il avait également exercé les fonctions de légat, mais alors il n'était pas encore cardinal). Parmi les 'maestri' que ce cardinal conduisit à Bologne pour y enseigner il y a un 'Pietro, monaco da Clugni, auditore e compagno commensale del sopradetto cardinale Androuino Legato' (Ch. GHIRARDACCI, *Della historia di Bologna*, II, Bologna 1657, p. 278; cf. aussi S. MAZZETTI, *Repertorio di tutti i professori antichi e moderni della famosa Università e del celebre Istituto delle Scienze di Bologna*, Bologna 1847, p. 244, nr. 2446).

<sup>(28)</sup> C'est là la différence principale avec Lessius: ce dernier auteur admet bien une responsabilité dans ce cas, mais il n'en précise pas le fondement. En outre, Lessius limite cette responsabilité au cas où '*res adhuc est integra*'.

une 'question de fond': il s'agit d'un thème encore cher aux civilistes modernes, je veux dire l'enrichissement sans cause <sup>(29)</sup>.

La question que je m'étais posée est celle de savoir quand et où l'on a pour la première fois conçu l'enrichissement sans cause comme catégorie distincte parmi les sources des obligations. Il est évident qu'à cette question on ne peut pas répondre que cette conception remonte au droit romain. Bien sûr, Pomponius a formulé la célèbre règle du titre *De regulis iuris* du Digeste (D. 50, 17, 206): *Jure naturae aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiolem* <sup>(30)</sup>. Mais ni Gaius ni Justinien ne mentionnent l'enrichissement sans cause explicitement parmi les sources des obligations. La règle citée fut un principe général, assez vague, qui pourrait être appliqué dans beaucoup de cas, non seulement en dehors du domaine des contrats et des délits — les sources traditionnelles des obligations selon le droit romain — mais encore à l'intérieur de ce domaine. Les romanistes du moyen âge ont bien utilisé les possibilités qui s'offraient pour appliquer notre principe à des cas non prévus par les textes du droit romain <sup>(31)</sup>, mais ils n'ont pas, d'un point de vue systématique, conçu l'enrichissement sans cause comme source générale d'une obligation, source qui pourrait figurer à côté des contrats et des délits <sup>(32)</sup>. C'est Grotius qui a été le premier à

---

<sup>(29)</sup> Voir mon article *De betekenis van De Groot en Huber voor de ontwikkeling van een algemene actie uit ongerechtvaardigde verrijking*, cité *supra*, note 1. On y trouve citées (notes 2, 3 et 4) les principales études qui ont été consacrées à l'histoire de l'enrichissement sans cause avant et après l'ouvrage fondamental de J. P. DAWSON, *Unjust Enrichment, A Comparative Analysis*, Boston 1951.

<sup>(30)</sup> Cf. D. 12, 6, 14 (également de Pomponius, mais dans un autre ouvrage): 'Nam hoc natura aequum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiolem'.

<sup>(31)</sup> Voir mon article *De betekenis* (cité *supra*, notes 1 et 29), p. 138 avec les notes 12 à 14, ainsi que p. 140-141 avec les notes 34 à 40; cf. aussi *infra*, notes 38 et 67.

<sup>(32)</sup> Si l'on laisse de côté ce point de vue systématique, on devra cependant constater que certains postglossateurs accordaient déjà, en cas d'enrichissement sans cause, une action générale fondée sur l'équité. Balde, dans son commentaire sur la loi *Ei qui* (C. 4, 26, 7, 3), dit: 'haec est etiam aequitas generalis, quae quocumque casu representata parit actionem generalem, scilicet certi conditionem, quod est notandum' (*In quartum et quintum Codicis commentaria*, ed. Venetiis

exprimer clairement cette conception. Dans le cadre du thème de la présente communication nous devons nous demander dans quelle mesure Grotius a subi sur ce point l'influence de la scolastique espagnole.

Constatons d'abord que ce n'est pas dans son *De iure belli ac pacis* mais dans son *Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid* (Introduction au droit hollandais, publié en 1631) <sup>(33)</sup> que Grotius s'est exprimé de la façon la plus claire à ce sujet.

---

1586, fol. 76v<sup>o</sup>). Paulus Castrensis, dans son commentaire sur la loi *Si in area* (D. 12, 6, 33), parle d'une '*actio in factum ex aequitate legis Si me et Titium* [D. 12, 1, 32]' (*In secundam Digesti Veteris partem commentaria*, Venetiis 1582, fol. 51v<sup>o</sup>-52r<sup>o</sup>). J'espère pouvoir revenir sur les sources d'inspiration que ces auteurs ont pu trouver d'une part chez Jacques de Révigny et d'autre part chez certains canonistes; cf. provisoirement les notes 38 et 39 de mon article cité. Ce sont des aspects qui ont été négligés par Dawson dans son ouvrage cité *supra*, note 29.

Nous n'avons pas encore pu consulter l'arrêt du Parlement de Paris du 25 juillet 1351, dans lequel une obligation sur le fondement de l'enrichissement sans cause a été reconnue d'après P. C. TIMBAL, *La vie juridique des personnes morales ecclésiastiques en France aux XIIIe et XIVe siècles* (dans *Etudes d'histoire du droit canonique dédiées à Gabriel Le Bras*, Paris 1965, p. 1425-1445), p. 1444-1445.

Quant au droit canonique, il convient de signaler que non seulement la maxime de Pomponius a été incorporée au titre *De regulis iuris* du Sexte (Reg. 48), mais encore que, par exemple, déjà l'Hostiensis dit (dans sa *lectura* sur c. *Bonae memoriae, Extra de appellationibus* [X. 2, 28, 51]): 'et contra illum ad quem qualitercumque sine iusta causa res aliena pervenit secundum canones officium iudicis generaliter imploratur'.

<sup>(33)</sup> La meilleure édition de cet ouvrage, écrit en néerlandais, est celle de F. Dovring, H. F. W. D. Fischer et E. M. Meijers, Leiden 1952. Il en existe plusieurs traductions modernes en anglais, voir TER MEULEN et DIERMANSE, *Bibliographie*, nos. 786-790; la meilleure est celle de R. W. LEE dans *The Jurisprudence of Holland by Hugo Grotius, The text translated with brief notes and a commentary* by R. W. LEE, vol. I, Oxford 1926. Il y a également une traduction en latin, qui a été publiée après la parution de la *Bibliographie* de ter Meulen et Diermanse (cf. n° 786, remarque n° 2): *Hugonis Grotii Institutiones juris hollandici e belgico in latinum sermonem translatae a Joanne van der Linden J. U. D.*, ed. H. F. W. D. Fischer (with a preface in English), Haarlem 1962 [= *Rechtshistorisch Instituut* [Leiden], Serie I, 3]. Cette traduction a été faite à l'intention des juristes dans les anciennes colonies hollandaises par Joannes van der Linden (1756-1835), lui-même une grande autorité dans le domaine du droit romano-hollandais (voir la préface de H. F. W. D. Fischer); cette circonstance rend la traduction très précieuse.

Grotius lui-même avait déjà songé à une traduction en latin de son *Inlei-*

Voici le système que Grotius y développe pour les sources de l'obligation, système qui diffère un peu de celui qu'il a formulé dans *De iure belli ac pacis*. L'obligation peut naître soit à la suite d'une promesse ('toezegginge') soit à la suite d'une 'inégalité' ('onevenheid')<sup>(34)</sup>. Il y a deux catégories de l'inégalité: celle qui porte profit à autrui et celle qui a été causée par le fait d'autrui<sup>(35)</sup>. La dernière catégorie vise entre autres la faute acqui-

---

*dinge*; il en avait confié la rédaction à son fils Pierre, qui, cependant, ne semble pas l'avoir achevée; cf. la préface de Fischer dans l'édition de la traduction de van der Linden. D'après Fischer, Grotius n'aurait pensé à une traduction que quelque temps après la parution de l'*editio princeps* de l'ouvrage. Fischer ne cite qu'une lettre de Grotius à son frère Guillaume du 9 avril 1636; il ne semble pas avoir connu le passage suivant, qui figure dans une lettre de Grotius à son frère Guillaume du 27 décembre 1630, *Briefwisseling van Hugo Grotius*, IV, éd. par B. L. Meulenbroek, 's Gravenhage 1964 [= Rijks Geschiedkundige Publicatiën, Grote serie, 113], p. 300 n° 1568 (publié déjà dans *Hugonis Grotii Epistolae quotquot reperiri poterunt*, Amstelodami 1687, p. 836): 'Institutiones [c'est-à-dire son *Inleidinge*] videre gaudebo. Eritne qui in latinum sermonem transferat, an nobis aliquando — nunc enim nondum libet — is imminet labor'.

Pour l'année 1636 il existe d'ailleurs d'autres passages dans la correspondance de Grotius qui concernent cette traduction et qui ne sont pas signalés par Fischer, voir *Briefwisseling van Hugo Grotius*, VII, éd. par B.L. Meulenbroek, 's-Gravenhage 1969 [= Rijks Geschiedkundige Publicatiën, Grote serie, 130], pp. 81, 129, 308, 350, 514 et 568.

Pour la commodité des lecteurs étrangers je donne en note les passages de l'*Inleidinge* d'après la traduction latine de van der Linden. A ceux qui savent le néerlandais une édition du texte original sera facilement accessible.

<sup>(34)</sup> *Inleidinge*, III, 1, 9; traduction: 'Jus naturale, in se spectatum, duas juris personalis origines commonstrat, scilicet promissionem et inaequalitatem'.

<sup>(35)</sup> *Inleidinge*, III, 1, 14; traduction: 'In obligationibus ex inaequalitate non omnis inaequalitas consideranda est; omnes enim homines non aequae divites esse possunt. Sed ea tantum inaequalitas intelligitur, quae alteri lucrum vel damnum affert, vel quam alius suo facto nobis effecit'. La traduction '*alteri lucrum vel damnum affert*' est assez libre pour rendre le néerlandais 'een ander datelick batet ofte door onthoudinge baten zoude' (formule qui revient avec une variante dans III, 1, 15; cf. aussi III, 30, 1): je préfère la façon dont ces mots sont rendus par D. G. van der Keessel (1738-1816) dans son commentaire sur ce passage: 'qua alter cum alterius damno factus est locupletior vel fieret, nisi quid restitueret' (D. G. VAN DER KEESSEL, *Voorlesinge oor die hedendaagse reg na aanleiding van de Groot se 'Inleiding tot de Hollandse Rechtsgeleerdheid'*, éd. par P. van Warmelo, L. I. Coertze, H. L. Gonin et D. Pont, IV, Amsterdam - Kaapstad 1966, p. 6). Cf. aussi la traduction de VAN DER LINDEN de *Inleidinge*, III, 30, 1 (cf. *infra*, note 45): '... ex re aliena lucrum percipit vel perciperet'. Sur

lienne <sup>(36)</sup>. La première est constituée par ce que Grotius appelle 'baettreckinge' ('tirement de profit') et que nous appellerions maintenant enrichissement sans cause.

De cette catégorie Grotius dit: 'l'inégalité qui porte ou qui porterait profit à autrui (sans qu'il s'agisse d'une promesse) oblige ce dernier à une restitution indépendamment de la façon dont il a acquis ce profit et cela vaut non seulement pour les choses d'espèce mais encore pour les choses de genre'; et il donne comme exemple le cas de 'quelqu'un qui avait été nourri d'aliments appartenant à autrui' <sup>(37)</sup>.

Or cet exemple <sup>(38)</sup> a été emprunté probablement à l'un des auteurs de la scolastique. Il figure notamment chez Cajetan <sup>(39)</sup> et chez Covarruvias qui semble le lui avoir emprunté <sup>(40)</sup>. On

l'interprétation de '*vel perciperet*', voir J. E. SCHOLTENS, *Unjust Enrichment: Benefits Which Might Have Accrued* (dans *The South African Law Journal*, 70 (1953), p. 9-11), p. 11.

<sup>(36)</sup> C'est quand l'inégalité est causée par autrui '*nobis invitis, cum quis contra suam voluntatem alterius delicto damnum passus fuit*' (III, 1, 18). L'inégalité peut aussi se produire '*nobis volentibus, cum quis aliquid fecit vel dedit ut alterius precibus satisfiat, sed sine animo donandi*' (III, 1, 17).

<sup>(37)</sup> *Inleidinge*, III, 1, 15; traduction: '*Inaequalitas quae alteri lucrum vel damnum affert (scilicet sine promissione) eum qui lucratus est ad resarciendum obligat, quocumque modo hoc lucrum adeptus sit, et sive in re singulari sive in generali consistat, v.g. si quis alieno cibo fuerit nutritus: hic enim jure naturali aequalitatem resarciendo restituere tenetur*'. Sur '*alteri lucrum vel damnum affert*' cf. la remarque faite *supra*, note 35.

<sup>(38)</sup> Un deuxième exemple n'a été ajouté par Grotius que dans une note manuscrite apportée à son exemplaire de l'édition de 1636, conservée aujourd'hui à la bibliothèque de l'Université de Lund; cette addition a été publiée dans l'édition de 1952 (cf. *supra*, note 33) et elle ne se trouve dans aucune des traductions. En voici la traduction: 'Il s'ensuit qu'un possesseur, même s'il est de mauvaise foi, peut, en restituant la chose, exiger les impenses nécessaires et les améliorations qu'il y a apportées'. Il s'agit d'un exemple que Grotius a emprunté — par voie directe ou indirecte — à la glose *Actionem* sur D. 3, 5, 5, 5, où cette opinion est attribuée à Martinus; voir sur cette glose les notes 12 et 13 de mon article, cité *supra*, note 29.

<sup>(39)</sup> Dans son commentaire sur la *Summa* de Saint Thomas, II, 2, 62, 6 (dans Thomas Aquinas, *Opera omnia*, IX, Romae 1897, p. 54 et s.); ce texte est cité comme première référence par Grotius quand il traite de l'enrichissement sans cause dans son *De iure belli ac pacis* (II, 10, 2, 1, cf. *infra*, notes 57 et 59).

<sup>(40)</sup> Didacus Covarruvias, *Regulae 'Peccatum'*, *De regulis iuris, libro Sexto*,

sait que, dans son Introduction au droit hollandais, Grotius ne donne aucune note et il est difficile de reconstituer la bibliothèque qu'il avait à sa disposition en écrivant ce livre (41). Toujours est-il que les exemples donnés nous aident parfois à déterminer les sources de la règle énoncée. Dans le cas de 'l'obligation par profit' l'exemple de celui qui a été nourri d'aliments appartenant à autrui pourrait nous induire à supposer que la règle elle-même provienne également de la scolastique. Le problème est cependant assez délicat, car évidemment la maxime de Pomponius peut aussi avoir joué son rôle. Il faut regarder les textes de très près. En ce faisant, on y trouve deux éléments qui semblent également trahir une influence non romaine: d'abord la constatation que l'obligation de restituer est indépendante de la façon dont on a acquis ce profit (42); et puis la remarque — qui se trouve dans la section spéciale (III, 30) dont je parlerai tout de suite — que l'équité ne permet pas 'après la séparation des propriétés' (43) que quelqu'un s'enrichisse aux dépens d'autrui.

L'obligation née du 'tirement de profit' ('baetreckinge') est traitée d'une façon plus détaillée dans une section spéciale (44). Après quelques phrases introductives (45) Grotius y mentionne

---

*relectio*, Pars III, init., 3 (in *Opera omnia*, I, Lugduni 1661, p. 506), avec la remarque 'quod Caiet. expressim respondet in 2.2. quaest. 62. art. 6'.

(41) Cf. cependant K. WELLSCHMIED, *Zur Inleidinge tot de Hollandsche Rechtsgeleerdheid des Hugo Grotius* (dans *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 20 (1952), p. 389-440).

(42) Dans *Inleidinge*, III, 1, 15, cité *supra*, note 37: '... quocumque modo hoc lucrum adeptus sit ...'. Cf. aussi III, 30, 3 et III, 30, 19, cités *infra*, notes 45 et 49. Cet élément rappelle la doctrine de la *restitutio ratione rei acceptae* de la scolastique espagnole, cf. NUFER, *op. cit.* (*supra*, note 3), p. 13-14 et 41 et s. Cf. aussi *De iure belli ac pacis*, II, 10, 1, 3.

(43) *Inleidinge*, III, 30, 3, voir *infra* note 45. Je ne peux pas m'arrêter ici à la théorie de la propriété chez Grotius, sur laquelle on consultera notamment F. A. A. SCHWEIGMAN O. P., *De rechts- en maatschappij-philosophie van Hugo de Groot, Tweede deel, De eigendomsphilosophie van Hugo de Groot*, [Nijmegen 1929].

(44) *Inleidinge*, III, 30, contenant 19 paragraphes.

(45) Il s'agit de III, 30, 1, III, 30, 2 et du début de III, 30, 3, que je donne ici dans la traduction latine.

III, 30, 1: 'Ex lucro percepto nascitur obligatio, cum quis sine praecedenti titulo ex re aliena lucrum percipit vel perciperet'.

III, 30, 2: 'Dicimus, sine praecedenti titulo: hoc est sine praecedenti do-

surtout trois types de *condictiones* du droit romain <sup>(46)</sup>. Ce n'est que dans le § 18 qu'il semble s'éloigner du droit romain en disant: 'Quatrièmement il y a répétition de tout ce qui est passé du patrimoine d'une personne dans celui d'une autre sans titre et d'une autre façon, c'est-à-dire sans qu'il ait été donné, payé ou promis' <sup>(47)</sup>. Il est vrai que comme exemple il ne donne que celui de la fameuse *condictio Iuventiana* (de D. 12, 1, 32) <sup>(48)</sup>, mais à mon avis il faut interpréter ce texte à la lumière des paragraphes déjà cités (III, 1, 14 et 15, III, 30, 1) et du paragraphe suivant (III, 30, 19) <sup>(49)</sup>. En ce faisant, on doit conclure qu'ici Grotius a visé au moins une action générale sous la forme proposée par certains postglossateurs <sup>(50)</sup>; je crois cependant qu'il a pensé également <sup>(51)</sup> aux différents exemples d'une *restitutio* au sens des

natione vel alia promissione'.

III, 30, 3: 'Haec obligatio e jure naturali originem ducit; postquam enim dominia fuere distincta, aequitas non permittit aliquem locupletiozem fieri cum damno alterius. Quoniam hoc non oritur ex hominis voluntate, hac in re non usu venit distinctio quae alioquin observatur: quamvis enim obligationes ex delicto in heredes delinquentis non transeant, hi tamen lucrum perceptum restituere tenentur ... (suivent d'autres exemples et précisions)'.

<sup>(46)</sup> En marge il met les termes latins; on y trouve *condictio indebiti* (III, 30, 4 et s.), *condictio promissi sine causa* (III, 30, 12 et s.), *condictio sine causa dati* (III, 30, 15 et s.); sous cette catégorie Grotius place également la *condictio ex turpi causa*.

<sup>(47)</sup> III, 30, 18 (traduction): 'Quarto, specialis condictio sine causa, ad repetendum omne id quod sine datione, solutione vel promissione ad aliquem pervenit sine justa causa ...'. Le terme 'specialis condictio sine causa', utilisé par van der Linden, est beaucoup plus 'technique' que le terme néerlandais employé par Grotius: 'weder-eissching' (littéralement: 'répétition'). Cf. aussi *infra*, note 51.

<sup>(48)</sup> III, 30, 18 (suite du texte cité à la note 47): '... verbi gratia, aliquis putavit se pecuniam accipere a Titio et pecunia mea ipsi fuit numerata. Hoc casu non est contractus mutui, error enim hoc impedit; aequum tamen est lucrum quod alius ex re mea percepit mihi praestari'.

<sup>(49)</sup> III, 30, 19 (traduction): 'In his quatuor obligationibus proprie non spectatur utrum alius inaequalitati causam dederit (quamvis hoc saepe eveniat), sed magis an lucrum ex re aliena perceperit; quae prima species inaequalitatis erat'.

<sup>(50)</sup> Cf. ce qu'il écrit dans *De iure belli ac pacis* II, 10, 2, 3 sur les *posteriores iuris interpretes*, voir *infra*, note 67.

<sup>(51)</sup> Etant donnée son habitude de mettre en marge de son texte les termes latins traditionnels (cf. *supra*, note 46), il est important de noter qu'un terme

auteurs de la scolastique espagnole, exemples qu'il mentionne dans son *De iure belli ac pacis* (II, 10, 3-13), où, cependant, il se réfère aussi à des textes de droit romain et à des auteurs civilistes et canonistes.

Voyons maintenant ce que dit Grotius dans son *De iure belli ac pacis*. Il y présente un système des sources de l'obligation qui n'est compréhensible que si l'on s'est familiarisé avec la théorie de la *restitutio* de la scolastique espagnole, qui récemment a été si bien décrite par M. Nufer <sup>(52)</sup>. Grotius ne se sert pas du terme *restitutio* à l'endroit où il développe son système des sources de l'obligation <sup>(53)</sup>, mais, en fait, il vise le concept de la *restitutio* quand il parle de l'obligation à réparer (*reparare*) <sup>(54)</sup>. Il s'agit d'une obligation en un sens plus large que celui de l'*obligatio* du droit romain <sup>(55)</sup>; en effet, Grotius dit que ce qui doit être réparé vise ou bien ce qui est ou fut nôtre, ou bien ce qui nous est dû *sive ex pactione sive ex maleficio sive ex lege* <sup>(56)</sup>. C'est seulement

---

latin manque à côté du § 18; s'il n'avait pensé qu'aux cas mentionnés par les postglossateurs on aurait pu s'attendre à y voir '*condictio generalis*', '*actio in factum*' ou quelque chose de pareil (cf. *supra*, note 32). Voir aussi *supra*, note 47.

<sup>(52)</sup> Cf. *supra*, note 3.

<sup>(53)</sup> Il emploie cependant assez souvent le terme *restitutio* à d'autres endroits, notamment au § 8 des *Prolegomena* (cf. *infra*, note 54) et dans son exposé de l'*obligatio ex dominio* (II, 10, 3 et s.); cf. aussi l'*Index rerum praecipuarum ac verborum*.

<sup>(54)</sup> Dans *De iure belli ac pacis*, II, 1, 2, 1, Grotius oppose l'action *ut reparetur* à celle *ut puniatur*; dans l'édition de 1631 il ajoute '*quos duos obligationum fontes recte distinguit Plato nono de legibus*' (passage auquel il ajoute encore une note dans l'édition de 1642). On pourrait en déduire qu'il considère même l'action *ut puniatur* comme correspondant à une obligation, mais il ne semble pas revenir sur cette idée; par contre, l'action *ut reparetur* est bien mise en rapport avec une obligation dans le chapitre *de obligatione ex dominio* (II, 10), cf. *infra*, note 57. Le terme *obligatio* est employé dans un sens beaucoup plus strict dans *Prolegomena* § 8 où '*promissorum implendorum obligatio*' figure entre '*si quid alieni habeamus aut lucri inde fecerimus restitutio*' et '*damni culpa dati reparatio*'.

<sup>(55)</sup> Voir aussi la communication de M. F. WIEACKER, *Contractus und obligatio im Naturrecht Zwischen Spätscholastik und Aufklärung* (publiée *supra*, p. 223-239).

<sup>(56)</sup> II, 1, 2, 1: '*... Quod reparandum venit, aut spectat id quod nostrum est vel fuit, unde vindicationes et conditiones quaedam; aut id quod nobis debetur sive ex pactione, sive ex maleficio, sive ex lege, quo referenda quae ex quasi con-*



la seconde catégorie qui correspond à l'*obligatio* romaine. Dans la première il classe tant les *vindicaciones* que certaines *condictiones*. Cette première catégorie est traitée ensuite dans le chapitre de *obligatione ex dominio* (II, 10), avec la subdivision *ex dominio e rebus exstantibus* et *ex dominio e rebus non exstantibus* (57). C'est ce dernier groupe qui nous intéresse: les obligations — au sens large — qui naissent de la propriété tandis que les choses n'existent plus. Grotius s'exprime de la manière suivante (II, 10, 2, 1):

De rebus non exstantibus hoc humano generi placuit, ut si tu ex re mea factus es locupletior, me rem non habente, in tantum tenearis, in quantum es factus locupletior; quia quatenus ex meo lucratus es, plus habes, cum ego minus habeam: introducta autem sunt dominia ad servandam aequalitatem in eo scilicet, ut quisque suum haberet. Contra naturam esse ait Tullius, ex hominis incommodo suum augere commodum. Et alibi: Illud natura non patitur, ut aliorum spoliis nostras facultates, copias, opes augeamus.

Les formules utilisées par Grotius ne rappellent pas directement le texte de Pomponius et il est clair qu'ici Grotius s'est fait

---

tractu et quasi maleficio dicuntur, ex quibus capitibus nascuntur condictiones caeterae ...'.

(57) II, 10, 1: 'Explicato quantum instituto nostro sufficit iure eo quod in personas aut res nobis competit, videndum etiam quae exinde nascatur obligatio adversum nos. Nascitur autem haec aut e rebus exstantibus (rerum nomine iam comprehendam etiam ius in personas qua utile nobis esse potest) aut non exstantibus. E rebus exstantibus obligatio haec nascitur, qua tenetur is qui rem nostram habet in sua potestate efficere quantum in se est ut in nostram potestatem veniat ...'.

La distinction entre '*e rebus exstantibus*' et '*e rebus non exstantibus*' a sans doute été inspirée par le texte de Cajetan que Grotius cite dans II, 10, 2, 1 (cf. la note suivante). On y lit en effet: '... Sed occurrit hoc in loco dubium, an res dicatur esse apud aliquem solummodo quando res ipsa, puta vestis, vinum, frumentum, extat apud eum, vel intelligendum est quando vel res ipsa salva vel aliquid loco eius extat, puta pretium vel effectus ipsius, puta conservatio proprii vini aut proprii frumenti, quod consumpsisset dum consumpsit alienum, vel alius effectus, puta nutritio et huiusmodi quae ex consumptione relinquuntur, vel amicitia quae ex donatione, si rem donando distraxit, consequitur vel aliquid aliud huiusmodi ...' (Cajetan, au § II de son commentaire sur la *Summa* de Saint Thomas, II, 2, 62, 6, d'après Thomas AQUINAS, *Opera omnia*, IX, Romae 1897, p. 54). Cf. aussi *infra*, note 59.

guider en premier lieu par d'autres sources. Les notes ajoutées en marge du texte indiquent en effet ces sources. Le premier renvoi <sup>(58)</sup> est au commentaire de Cajetan à la Somme de Saint Thomas <sup>(59)</sup>. Le second renvoi est au Digeste, mais non pas à l'un des deux fragments qui contiennent la maxime de Pomponius: Grotius renvoie à D. 5, 3, 20, 6 <sup>(60)</sup>, un texte qui est peu cité en rapport avec la maxime de Pomponius par les romanistes du moyen âge <sup>(61)</sup>. La solution de cette énigme est facile: le texte est cité par Cajetan <sup>(62)</sup> et c'est sans doute là que Grotius a pris cette

---

<sup>(58)</sup> Ce renvoi se rapporte évidemment à toute la première phrase de II, 10, 2, 1; ici également la façon de rattacher les notes au texte dans les éditions modernes peut créer des malentendus.

<sup>(59)</sup> Voir notamment le § III du commentaire de Cajetan (Thomas AQUINAS, *Opera omnia*, IX, Romae 1897, p. 55): '... Si recte igitur perspiciamus formam commutativae iustitiae antedictam, apparebit quod non solum res ipsa aliena obligat possessorem ad restitutionem, sed etiam quidquid loco rei successit, ut pretium vel effectus, si ex his factus est possessor locupletior, obligat eundem ad restitutionem. Ita quod inter rem ipsam alienam et id quod loco eius successit haec est differentia in proposito, quod res ipsa obligat possessorem simpliciter et absolute; id vero quod loco rei successit obligat possessorem solummodo in casu, quando scilicet ex hoc factus est locupletior, et ad tantum quantum factus est locupletior, ut bene ius civile decernit. Et de re quidem ratio manifesta est. De eo vero quod loco rei successit ad lucrum, manifestatur: quia quidquid lucri ex re aliena apud possessorem est, suum non est; ac per hoc, quantum habet de huiusmodi lucro, tantum habet plus quam suum est; et cum dominus rei tantundem habeat minus de suo, oportet, secundum iustitiae commutativae formam, auferri a possessore non suo et dari domino rei, ut sic inter eos sit aequalitas'.

<sup>(60)</sup> Il s'agit d'un passage qui figure dans D. 5, 3, 20, 6 c (d'après l'édition de Mommsen): 'Item eos qui bona invasissent, cum scirent ad se non pertinere, etiamsi ante litem contestatam fecerint quo minus possiderent, perinde condemnandos quasi possiderent: eos autem, qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent, usque eo dumtaxat, quo locupletiores ex ea re facti essent'.

<sup>(61)</sup> Il ne figure notamment pas parmi les textes auxquels renvoie la Glose d'Accurse sur D. 12, 6, 14 et D. 50, 17, 206; cf. H. COING, *Zur Lehre von der ungerichtfertigten Bereicherung bei Accursius* (dans *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, Rom. Abt., 80 (1963), p. 396-399) et DAWSON, *Unjust enrichment* (cité *supra*, note 29), p. 67 et note 36 à la page 164.

<sup>(62)</sup> A l'endroit que Grotius vient de citer, c'est-à-dire son commentaire sur la *Summa* de Saint Thomas, II, 2, 62, 6 (cf. *supra*, notes 57 et 59), au § II: '... Dicitur deinde quod quandocumque possessor bonae fidei factus est ex re aliena locupletior, tenetur ad restitutionem: et ad hoc est textus iuris civilis,

référence. Le troisième renvoi en note est à Cicéron, *De officiis* <sup>(63)</sup>: c'est pour indiquer l'endroit où l'on peut trouver les citations de Cicéron insérées au texte. Ces passages de Cicéron sont cités par les auteurs de la scolastique espagnole <sup>(64)</sup> quand ils traitent de l'obligation à la *restitutio*.

A partir de l'édition de 1631 seulement, Grotius a ajouté un renvoi à ' *L. Iure naturae, D. de reg. iuris et ibi interpretes* [D. 50, 17, 206] ', c'est-à-dire à l'une des lois du Digeste qui contiennent la maxime de Pomponius et aux interprètes de cette loi. Il n'est pas facile de déterminer si ce renvoi doit se rattacher encore à ce qui constitue dans les éditions modernes II, 10, 2, 1 ou plutôt au début de II, 10, 2, 2 <sup>(65)</sup>. Quoiqu'il en soit, le fait que ce renvoi n'ait été ajouté qu'après coup peut prouver *a contrario* que Grotius n'était pas inspiré en premier lieu par le droit romain.

Dans son texte il ne parle du droit romain que dans II, 10, 2, 2:

Est huius dicti tanta aequitas ut multa hinc definiant iurisconsulti <sup>(66)</sup> extra legum praescripta, semper ad ipsam aequitatem, ut evidentissimam, provocantes.

---

ff. de petit. hered., l. Item veniunt, § Eos autem [D. 5, 3, 20, 6 c in medio]' (Thomas AQUINAS, *Opera omnia*, IX, Romae 1897, p. 55). Ce que Cajetan appelle le § *Eos autem* constitue un paragraphe à part dans les très anciennes éditions (par exemple dans l'édition de Venise 1488), tandis que dans des éditions plus récentes (qui ont pu être utilisées par Grotius) ce passage n'est qu'une partie du § *Praeter haec* [D. 5, 3, 20, 6], cité par Grotius.

<sup>(63)</sup> Il s'agit de Cicéron, *De Officiis*, III, 5, 21 et 22.

<sup>(64)</sup> Cf. NUFER, *op. cit.* (*supra*, note 3), p. 13. On ne les trouve pas cités par Cajetan à l'endroit indiqué.

<sup>(65)</sup> On peut soutenir la première solution en arguant que Grotius a voulu ajouter ce renvoi immédiatement après les citations de Cicéron dans le texte; le placement du renvoi en marge du texte dans l'édition de 1631 n'exclut pas ce rattachement. Ce placement admet cependant aussi un rattachement aux mots ' *Est huius dicti tanta aequitas* ', c'est-à-dire au début de II, 10, 2, 2; en effet D. 50, 17, 206 dit ' *Iure naturae aequum est ...* '. Le rattachement à ces mots est de toute façon préférable à un rattachement aux mots ' *ut multa hinc definiant iurisconsulti* ' (comme le fait Molhuysen dans les éditions de 1919 et de 1939). Cf. la note suivante.

<sup>(66)</sup> Les *iurisconsulti* auxquels Grotius fait allusion sont sans doute les juristes romains; plusieurs d'entr'eux sont mentionnés dans les exemples qui suivent. C'est un argument pour ne pas rattacher le renvoi à ' *L. Iure naturae, D. de reg.*

Les exemples, empruntés par Grotius aux textes du Digeste, ne nous intéressent pas ici, pas plus que les exemples que, d'après lui, les *posteriores iuris interpretes*, c'est-à-dire les glossateurs et les postglossateurs <sup>(67)</sup>, ont ajoutés à ceux des juristes romains.

Beaucoup plus intéressant pour nous est le point où Grotius reprend le fil de son exposé des obligations *ex dominio*. Il dit (II, 10, 2, 3) <sup>(68)</sup>:

His regulis duabus recte intellectis non difficilis erit responsio ad eas quaestiones quae et a iurisconsultis et a theologis internum animi tribunal instruentibus proponi solent.

A ce passage il y a une note, qui ne se rattache pas uniquement, comme le veut Molhuysen <sup>(69)</sup>, au mot *iurisconsultis*, mais en même temps à *theologis* (de même que '*internum animi tribunal instruentibus*' se rattache tant aux juristes qu'aux théologiens). Cette note renvoie à Soto, Covarruvias, Sylvester, Medina, Lessius et Navarrus.

Il est étrange que Nufer, dans son étude *Über die Restitutionslehre der spanischen Spätscholastiker und ihre Ausstrahlung*

*iuris et ibi interpretes* aux mots '*ut multa hinc definiant iurisconsulti*', cf. la note précédente. Les *interpretes* sont les glossateurs et les postglossateurs; la loi *Iure naturae* ne donne pas d'exemples.

<sup>(67)</sup> Grotius cite en note la Glose d'Accurse sur D. 20, 5, 12 et Iason sur D. 12, 1, 32.

Sur les difficultés d'interprétation que présente le passage du *De iure belli ac pacis* qui doit rendre ce que dit Accurse à la fin de la glose *Tenetur* sur D. 20, 5, 12, 1, voir mon article *De betekenis* (cité *supra* notes 1 et 29), p. 141 et notes 34, 35 et 36 à la p. 152; de toute façon c'est à tort qu'on a rendu '*cuius latitantis*' par 'd'une personne condamnée par défaut'.

Quant à Iason, signalons seulement qu'il se réfère à son tour à quelques canonistes, cf. *supra*, note 32.

<sup>(68)</sup> Le passage cité figure comme phrase finale de II, 10, 2, 3 dans les éditions de 1919 et de 1939. Ce placement ne fait pas très bien ressortir que dans ce passage Grotius reprend le fil de son exposé des obligations *ex dominio*: les 'deux règles' sont celles qu'il a traitées dans les sections II, 10, 1 et II, 10, 2 respectivement et la phrase constitue une introduction aux sections II, 10, 3 jusqu'à II, 10, 13. La division de la section II, 10, 2 en paragraphes (faite pour la première fois en 1667, après la mort de Grotius) aurait été meilleure si l'on avait marqué comme II, 10, 2, 4 le passage en question. Cf. mon article *De betekenis*, p. 142 et note 42.

<sup>(69)</sup> Dans les éditions de 1919 et de 1939.

auf die Folgezeit <sup>(70)</sup>, n'ait signalé ni le passage du texte ni la note en question à l'endroit où il parle de l'influence des Espagnols sur Grotius en matière d'obligations *ex dominio* <sup>(71)</sup>. Car elle constitue la clef des paragraphes que fait suivre Grotius.

En effet, Grotius traite ensuite dix de ces ' *quaestiones quae et a iurisconsultis et a theologis internum animi tribunal instruentibus proponi solent*'. Ce n'est certainement pas par hasard que ces dix questions se retrouvent toutes chez Lessius <sup>(72)</sup>, encore que ce soit dans un ordre différent et avec des accents différents.

Les dix questions se rapportent en principe à ce que la scolastique espagnole appelle la *restitutio ratione rei acceptae*, une catégorie qui se révèle correspondre assez bien à ce que Grotius appelle *obligatio ex dominio*. De nouveau on est surpris que Nufér n'ait pas signalé ce fait; il a sans doute raison quand il constate que chez Grotius on ne trouve point ' *ein einheitlicher Abschnitt De restitutione*' <sup>(73)</sup>, mais il aurait dû ajouter que dans la dernière partie du chapitre sur l'*obligatio ex dominio* Grotius traite essentiellement de la catégorie *restitutio ratione rei acceptae* et qu'il y utilise même très souvent les termes *restitutio*, *restituere* etc. dans un sens qui n'est pas celui du droit romain.

Nous ne pouvons pas nous arrêter à chacune des dix questions traitées par Grotius. Nous nous bornerons à quelques constatations d'ordre général.

Il est d'abord assez surprenant que, dans cette dernière partie du chapitre sur l'obligation *ex dominio*, Grotius ne fait plus la distinction entre *e rebus exstantibus* et *e rebus non exstantibus*. L'explication doit sans doute être cherchée dans le fait qu'il suit ici d'assez près les auteurs qu'il avait cités d'abord en note et qui ne faisaient pas cette distinction. On peut dire grosso modo <sup>(74)</sup> que cette distinction correspond à celle entre les *vindicationes* et les *condictiones*. Dans cette dernière partie Grotius

<sup>(70)</sup> Voir *supra*, note 3.

<sup>(71)</sup> *Op. cit.*, p. 74.

<sup>(72)</sup> LESSIUS, *De iustitia et iure* (cf. *supra*, note 19), II, 14 (éd. 1608, p. 153 et s.). Beaucoup de ces questions se retrouvent d'ailleurs déjà chez des auteurs plus anciens, jusqu'à Cajetan.

<sup>(73)</sup> NUFER, *op. cit.*, p. 72. Cf. *supra*, note 53.

<sup>(74)</sup> Cf. cependant II, 10, 1, 5.

mélange ces deux aspects de la *restitutio*, comme le font les auteurs de la scolastique espagnole.

Ensuite il convient de signaler que, tout en se tenant aux questions posées par Lessius et ses prédécesseurs, Grotius ajoute parfois une argumentation de caractère romaniste, avec citation de textes romains et de romanistes du moyen âge. Il s'en sert parfois pour rejeter une solution des scolastiques, mais plus souvent il soutient leur solution en pliant les textes romains à la doctrine de la *restitutio* <sup>(75)</sup>.

Revenons maintenant à notre point de départ, la règle sur l'enrichissement sans cause telle qu'elle a été formulée par Grotius dans son *De iure belli ac pacis*. Parmi les dix questions de Lessius il y en a plusieurs dont la solution peut être interprétée comme une application de cette règle. Mais comme Grotius, en suivant ses prédécesseurs, ne distingue pas ici entre *condictiones* et *vindicaciones*, il ne relève pas ce caractère d'application de la règle qu'il avait donnée dans la seconde partie de son exposé.

On serait peut-être porté à en déduire ce que Nufer a dit à propos du 'Restitutionsrecht' en général <sup>(76)</sup>: 'Il n'est pas vrai — au moins en ce qui concerne le droit de la *restitutio* — que, surtout en droit privé, Grotius ait développé des idées qui dépassent de loin la scolastique <sup>(77)</sup>. Grotius ne développe pas un système fondamentalement neuf du droit de la *restitutio* et il ne donne

<sup>(75)</sup> Cf. NUFER, *op. cit.*, p. 74, et mon article *De betekenis* (cité *supra*, notes 1 et 29), p. 142 et s., où j'ai signalé plusieurs fautes dans les notes de l'*editio maior* de 1939.

<sup>(76)</sup> NUFER, *op. cit.*, p. 77: 'Es ist nicht richtig — zumindest was das Restitutionsrecht anbetrifft — dass er vor allem im Privatrecht Ideen entwickelt habe, die über die Scholastik weit hinausgegangen seien. Grotius entwickelt weder ein grundlegend neues System des Restitutionsrechts, noch bringt er mehr « Details » als die Scholastiker. Er behandelt die selben Probleme und gibt fast ausschliesslich die gleichen Lösungen wie die Spanier ... So unterscheidet sich das grotianische Erstattungsrecht von den Lehren « De Restitutione » der spanischen Spätscholastiker im wesentlichen durch seine fast « thomistisch » zu nennende Kürze. Wohl nicht zuletzt in dieser Selbstbeschränkung liegt der grosse Erfolg des « Jus Belli ac Pacis » begründet'.

<sup>(77)</sup> Nufer signale ici en note que telle est l'opinion de G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Köln-Graz 1964 [= *Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte*, 7], p. 140.

pas plus de détails que les auteurs scolastiques. Il traite des mêmes problèmes et donne presque sans exception les mêmes solutions que les Espagnols ... La différence entre le droit de la *restitutio* grotien et les doctrines de *restitutione* des auteurs scolastiques espagnols est essentiellement dans sa brièveté qu'on pourrait presque appeler thomiste. C'est surtout dans cette art de se limiter que repose le grand succès du *De iure belli ac pacis*'.

Pourtant, il me semble que, pour ce qui concerne l'enrichissement sans cause comme source d'une obligation, Grotius a encore un mérite en plus de celui que lui accorde Nufér dans le passage que je viens de citer. Je crois qu'il ne faut pas trop insister sur cette dernière partie du chapitre concernant l'*obligatio ex dominio*, où il traite les questions traditionnelles en suivant Lessius et les autres. Son mérite a été de créer cette catégorie de l'*obligatio ex dominio e rebus non exstantibus*. S'il ne semble pas en avoir tiré tout le profit possible dans son *De iure belli ac pacis*, il est certain qu'il l'a fait dans son Introduction au droit hollandais (78).

Qu'il me soit permis de conclure, pour l'enrichissement sans cause, par la constatation que j'avais déjà faite pour la responsabilité civile (79): malgré ses emprunts tant à la scolastique espagnole qu'au droit romain et ses interprètes, Grotius reste l'un des fondateurs de notre système du droit privé actuel.

---

(78) Une troisième source pour notre connaissance des opinions de Grotius concernant l'enrichissement sans cause comme source d'une obligation est constituée par une lettre qu'il a écrite en mars 1616 à son frère Guillaume: *Briefwisseling van Hugo Grotius*, I (1597 - 17 augustus 1618), publié par P. C. Molhuysen, 's Gravenhage 1928 [= Rijks Geschiedkundige Publicatiën, 64], n° 452, p. 506-508; cf. déjà *Hugonis Grotii ... Epistolae quotquot reperiri potuerunt*, Amstelodami 1687, p. 753-754. Voir l'interprétation dans mon article *De betekenis* (cité *supra*, notes 1 et 29), p. 143-145.

(79) Dans mon article *Théories etc.* (cité *supra*, note 1).

## ANNEXE

HUGO GROTIUS, *De iure belli ac pacis*, II, II, 6

(Essai d'une version améliorée de l'*editio maior* de 1939, notamment en ce qui concerne les notes; cf. *supra*, note 25. Les renvois aux notes '*supra*' se rapportent aux notes de l'article précédant cette Annexe).

[1] De pacto errantis perplexa satis tractatio est. Nam distingui solet inter errorem circa substantiam rei, et qui non sit circa substantiam: an dolus causam dederit contractui, an non: fueritne alter quicum actum est doli particeps: sitne <sup>a</sup> actus stricti iuris, an bonae fidei. Nam pro harum rerum varietate alios actus irritos pronuntiant scriptores <sup>b</sup>, alios validos quidem, sed ut arbitrio eius qui laesus est, rescindi possint aut reformari. Sed harum distinctionum pleraeque veniunt ex iure Romano, tum civili vetere, tum praetorio: quaedam etiam non satis verae aut accuratae sunt.

[2] At viam nobis reperiendae naturali veritati pandit quod de legum vi atque efficacia omnium ferme consensu <sup>c</sup> receptum est, ut si lex fundetur in praesumptione aliqua facti <sup>d</sup>, quod factum revera ita se non habeat, tunc ea lex non obliget, quia veritate facti deficiente deficit totum legis fundamentum. Quando autem lex in tali praesumptione sit fundata, ex legis materia, verbis et circumstantiis colligendum. Similiter ergo dicemus, si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat <sup>e</sup>, naturaliter nullam eius esse vim: quia omnino promissor non consensit in promissum,

<sup>a</sup> [sine, ed. 1646].

<sup>b</sup> Antonin. p. 2, tit. I, c. 17 § 6. Dd. ad l. contractus, de reg. iuris [D. 50, 17, 23]. Conr. de contractibus q. 57 [cf. *supra* n. 21]. Medina c. de rest. q. 33 [addendum hic Covar. in c. possessor de reg. iuris in 6 p. 2 § 6 n. 8? cf. *supra* n. 23 et 24].

<sup>c</sup> Felin. c. 1 de constit. [Extra, 1, 2, 1] n. 40. Bal. in l. Cum quis C. de iur. et facti ignor. [C. 1, 18, 10] [ceterae laudationes alibi ponendae, cf. *supra* n. 23].

<sup>d</sup> Si lex fundetur in praesumptione aliqua facti] Exemplum vide in l. mancipia, C. de Servis fugitivis [C. 6, 1, 5] apud Gailium lib. I obs. II num. 7 [legendum obs. 14 num. 7?] apud Molinaeum ad consuet. Paris. tit. I, § 13 Gl. 3 [add. edd. 1642, 1646].

<sup>e</sup> Si promissio fundata sit in praesumptione quadam facti quod non ita se habeat] Seneca de Beneficiis IV, C. XXXVI. Demens est qui fidem praestat errori [add. edd. 1642, 1646].



nisi sub quadam conditione, quae reipsa non exstitit <sup>f</sup> [: quo referenda est illa quaestio apud Ciceronem de Oratore primo, de eo qui filium suum mortuum falso credens alium instituerat heredem] <sup>g</sup>.

[3] Quod si promissor negligens fuit in re exploranda, aut in sensu suo exprimendo, et damnum inde alter passus sit, tenebitur id resarcire promissor, non ex vi promissionis, sed ex damno per culpam dato, de quo capite infra <sup>h</sup> agemus. Si vero adfuerit quidem error, sed in quo fundata non fuerit promissio, ratus erit actus, utpote non deficiente vero consensu: sed hoc quoque casu si is cui promittitur dolo errori causam dederit, quicquid ex eo errore damni promissor fecit, resarcire tenebitur, ex alio illo obligationis capite. Si pro parte fundata erit errore promissio, valebit pro reliqua parte.

<sup>f</sup> Navarr. c. 12 n. 13 [cf. supra n. 23].

<sup>g</sup> [quo — heredem, add. edd. 1631, 1632, 1642, 1646].

<sup>h</sup> [Cap. XVII].

ALFRED DUFOUR

UN SCOLASTIQUE ESPAGNOL FACE  
AU « DIVORCE » D'HENRY VIII

J. G. DE SEPÚLVEDA  
ET SON « DE RITU NUPTIARUM ET DISPENSATIONE » (1531)

Parmi la pléiade de théologiens-juristes du Siècle d'Or espagnol qui retiennent depuis quelques décennies l'attention des historiens du Droit, Juan Ginés de Sepúlveda (1490-1573) n'est guère connu qua par sa controverse avec Bartolomé de Las Casas (1471-1566) sur la légitimité de la Conquête du Nouveau-Monde. Cette polémique le consacrant à la fois comme l'apologiste de l'impérialisme espagnol et comme l'avocat de l'asservissement des Indiens, Sepúlveda n'apparaît évidemment pas particulièrement comme un auteur à la mode. Bien plus, il n'est pas loin de tenir lieu depuis des générations de repoussoir à la figure de « l'Apôtre des Indiens » (1). Et pourtant, en contrepoint des études lascasiennes, son oeuvre de publiciste n'en a pas moins suscité depuis la fin du siècle dernier un regain d'intérêt, qui s'est traduit par toute une

---

(1) Cf. l'image que donnent encore de Sepúlveda, L. HANKE, *Colonisation et conscience chrétienne au XVIIe siècle*, tr. fr. Paris, 1957, p. 171-172 ss., et *Aristotle and the American Indians*, Chicago, 1959, p. 31-33 ss., 47-48, 58-59 et 78 ss. ainsi que tout récemment M. BATAILLON et A. SAINT-LU dans leur petit *Las Casas et la défense des Indiens*, Paris, 1972, p. 238, image contre laquelle avaient déjà réagi dans la première moitié de ce siècle tant A. F. G. Bell dans la littérature anglo-saxonne que T. Andrés Marcos et A. Losada dans la littérature espagnole; voir A. F. G. BELL, *Juan Ginés de Sepúlveda*, Oxford, 1925, en particulier p. ix; T. ANDRÉS MARCOS, *Los imperialismos de Juan Ginés de Sepúlveda en su « Democrates alter »*, Madrid, 1947, notamment p. 187-188 ss. et A. LOSADA, *Juan Ginés de Sepúlveda a traves de su « Epistolario » y nuevos documentos*, Madrid, 1949, p. 212 ss.

série d'études et de publications <sup>(2)</sup>. D'assise essentiellement hispanique, cette littérature n'a pas seulement réhabilité la figure du défenseur des droits de l'Espagne sur les terres et les peuples d'Outre-Atlantique en faisant justice des principaux chefs d'accusation formulés à son égard par les propagateurs de la « légende noire »; elle a surtout remis en lumière la place privilégiée de Sepúlveda dans l'histoire intellectuelle, politique et religieuse de l'Europe du XVI<sup>ème</sup> siècle. Il est difficile de ne pas rappeler cette situation particulière de Sepúlveda dans l'arène européenne en présentant une oeuvre comme son « *De Ritu Nuptiarum* ». Aussi nous y arrêterons-nous brièvement en guise de préambule.

Théologien, philosophe, historien et juriste, prêtre séculier originaire de la province de Cordoue, où il naît en 1490, formé à Alcalà (1510-1513) et à Bologne (1515-1523) à la double école de l'humanisme espagnol et de l'aristotélisme padouan, Sepúlveda compte avec Erasme et Vivès parmi les premiers érudits de son temps. Lié très tôt aux cercles humanistes italiens, successivement attaché à la Cour pontificale pendant près de dix ans comme traducteur d'Aristote (1526-1536), puis à celle de Charles-Quint et de Philippe II comme historiographe officiel (1536-1564), celui que l'on célébrera comme le Tite-Live espagnol s'est trouvé mêlé tout au long de son étonnante carrière aux grandes querelles doctrinales et aux principaux événements de son siècle <sup>(3)</sup>. La Réforme pro-

---

<sup>(2)</sup> Cf., outre les ouvrages déjà cités, la première édition du « *Democrates alter* » de J. G. de Sepúlveda par M. MENÉNDEZ Y PELAYO in *Boletín de la Real Academia de la Historia*, Madrid, 1892; les études de J. BENEYTO PÉREZ, *J. G. de Sepúlveda humanista y soldado*, Madrid, 1944, de M. GARCIA PELAYO, *J. G. de Sepúlveda y los problemas jurídicos de la conquista de America*, en introduction à la deuxième édition du « *Democrates alter* », Mexico, 1941, ainsi que les éditions et traductions d'A. LOSADA du « *Democrates alter* », Madrid, 1951 (avec introduction de T. Andrés Marcos) et des autres traités politiques de l'humaniste cordouan: *Tratados políticos de J. G. de Sepúlveda*, Madrid, 1963.

<sup>(3)</sup> Pour la biographie de SEPÚLVEDA, cf. avant tout le très complet « *De Vita et Scriptis Io. Genesisii Sepulveda Cordubensis Commentarius* » des éditeurs des oeuvres de Sepulveda de la Real Academia de la Historia, Madrid, 1780, t. I, p. I-CXII, ainsi que la substantielle étude de sa correspondance par A. LOSADA, *op. cit.*, in note <sup>1)</sup> de même que les précieuses indications de M. BATAILLON dans son monumental « *Erasme et l'Espagne. Recherches sur l'histoire spirituelle du XVI<sup>e</sup> siècle* », Paris, 1937, quant à la formation de Sepúlveda, p. 131, n. 2, sa situation particulière en Italie, p. 440-443, et face à Erasme, p. 456-460, particulièrement sur

testante, le Sac de Rome par les troupes de Charles-Quint, la menace turque sur Vienne, le « divorce » d'Henry VIII et le schisme anglican, la Conquête du Nouveau-Monde et la contestation de ses fondements juridiques — autant de faits dont notre auteur a été le témoin, le chroniqueur, voire l'une des parties en cause. Aussi de son « *De fato et libero arbitrio contra Luterum* » (Rome 1526) à son « *De regno et de regis officio* » (Lérida, 1571) et de son manifeste « *Ad Carolem V. ut bellum suscipiat in Turcas* » (Bologne

---

le problème de la légitimité chrétienne de la guerre, p. 673-674. En ce qui concerne la vie de Sepúlveda, rappelons ici que, né en 1490 à Pozoblanco, dans la province de Cordoue, le futur humaniste commence ses études classiques à Cordoue, où il apprend le grec et le latin, les complète à la toute nouvelle Université d'Alcalá par trois ans de philosophie sous la férule de Sancho Carranza de Miranda (1510-1513), pour les couronner à Sigüenza par des études de théologie (1513-1515). Il obtient alors son admission au Collège St. Clément de Bologne, le célèbre Collège des Espagnols, où il poursuit sa formation philosophique sous l'influence de l'illustre aristotélicien Pomponazzi (1515-1523). Promu Docteur ès Arts et en Théologie, il ne tarde pas à entrer en contact avec les grands humanistes italiens et parmi eux avec un de leurs mécènes, le Cardinal Jules de Médicis, le futur Clément VII. Sous l'impulsion de ce dernier, il se consacre bientôt à la traduction de la Physique et de la Métaphysique d'Aristote. L'élection de Jules de Médicis au Souverain Pontificat lui vaudra d'entrer au service de la Curie comme traducteur officiel d'Aristote (1526-1536). La tension entre Charles-Quint et Clément VII et surtout le Sac de Rome par les troupes impériales (1527) rendant sa situation précaire parmi les prélats romains, il trouve protection auprès du Cardinal Thomas de Vio à Gaète, puis se met au service du Cardinal Francisco Quiñonès (1529), chargé des négociations de paix entre le Pape et l'Empereur. Ainsi mis en relation avec Charles-Quint lui-même, qui ne tarde pas à lui offrir des fonctions officielles à sa Cour, Sepúlveda quittera peu après la mort de Clément VII la Cour pontificale pour devenir historiographe et chapelain de l'Empereur (1536). Désormais à la Cour impériale, il suivra Charles-Quint en Espagne, où il se verra confier avec Martin Siliceo l'éducation du futur Philippe II. Se vouant pour l'essentiel à ses fonctions d'historiographe officiel, c'est dans le cadre de cette activité qu'il sera amené à se pencher sur la problématique des fondements juridiques de la Conquête du Nouveau-Monde, qui l'opposera si violemment à B. de Las Casas et à certains membres du Conseil des Indes, responsables de l'interdiction de la publication du « *Democrates alter* ». Conservant toujours la confiance de la Cour, Sepúlveda restera l'historiographe officiel de la Couronne à l'avènement de Philippe II, auquel il dédiera le dernier de ses traités politiques, son « *De regno et de regis officio* » (1571). Retiré dans son bourg natal de Pozoblanco les dernières années de sa carrière officielle, il y meurt en 1573, laissant une oeuvre immense d'historien, de philosophe et de théologien-juriste.

1529) à ses traités sur la légitimité de la guerre — le « *Democrates primus* » (Rome, 1535) et le « *Democrates alter* » (1545 — demeuré impublié jusqu'en 1892, Madrid) en passant par ses chroniques officielles des règnes de Charles-Quint, de Philippe II et de la Conquête du Nouveau-Monde (4), toute son oeuvre apparaît-elle comme le reflet des moments marquants de son époque. Il n'en va pas différemment de l'opuscule qui fait l'objet de la présente communication.

Loin d'être une académique dissertation de Droit canonique sans grande actualité, le « *De Ritu nuptiarum et dispensatione* » représente en effet la part prise par Sepúlveda au vaste débat européen relatif à la validité du mariage d'Henry VIII et de Catherine d'Aragon. S'insérant directement dans le conflit surgi à ce propos dès 1529 entre le Pape et le Roi d'Angleterre avec l'évocation de la cause en Cour de Rome et l'appel lancé par Henry VIII aux principales Universités européennes, cet opuscule constitue donc le pendant des grandes consultations de l'époque, en particulier celles de Cajetan, de Vivès et de Vitoria (5); il prend ainsi rang parmi les principales prises de position suscitées par l'imbroglio matrimonial d'Henry VIII à travers toute l'Europe et dont le professeur Thieme a donné il y a une quinzaine d'années une si magistrale étude (6). Mais tout comme la « *Relectio de Matrimumo* »

---

(4) Cf. *De rebus gestis Caroli Quinti Imperatoris et Regis Hispaniae, Opera...*, Madrid, 1780, t. I-II; *De rebus gestis Philippi II. Regis Hispaniae, Opera*, Madrid, 1780, t. III; *De rebus Hispanorum gestis ad Novum Orbem Mexicumque, Opera...*, Madrid, 1780, t. III. A relever que pour cette dernière oeuvre, Sepúlveda recueillera les témoignages de H. Cortés; cf. A. LOSADA, *Herman Cortés en la obra del Cronista Sepúlveda*, in *Revista de Indias*, 1948, n° 31-32, p. 127-169.

(5) Cf. TH. DE VIO, CARDINAL CAJETAN, *De conjugio regis Angliae cum relicta fratris sui*, Rome, 1530; J. L. VIVÉS, *Non esse neque divino neque naturae jure prohibitum, quin summus pontifex dispensare possit, ut frater de mortui sine liberis fratris uxorem legitimo matrimonio sibi possit adjungere, adversus aliquot Academicarum censuras tumultuaria ac perbrevis Apologia sive Confutatio*, s.l. 1532; F. DE VITORIA, *Relectio de matrimonio*, 1531.

(6) Cf. H. THIEME, *Die Ehescheidung Heinrichs VIII. und die europäischen Universitäten*, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe*, H. 31, Karlsruhe, 1957. Sur la position de Vitoria à cet égard, voir également du même auteur: « *Natürliches Privatrecht und Spätscholastik* », *Zeitschrift für Rechtsgeschichte*, Germ. Abt. 70, 1953, p. 230 ss., ainsi que G. OTTE, *Das Privatrecht bei Francisco de Vitoria*, Cologne-Graz, 1964, p. 121 ss.

nio » du Fondateur de l'École de Salamanque, le « De Ritu nuptiarum » n'est pas qu'un écrit de circonstance limité à l'examen de la validité du premier mariage d'Henry VIII. Car par-delà le cas particulier de l'union d'Henry VIII avec la veuve de son frère Arthur, ce n'est pas seulement de l'institution du mariage, de ses conditions de validité et de ses empêchements que Sepúlveda s'est attaché à traiter, c'est surtout du pouvoir de dispense pontifical, de ses fondements et de sa portée par rapport aux lois divines et naturelles. Touchant ainsi simultanément à quelques-uns des principes de base du Droit matrimonial occidental et à certains des problèmes fondamentaux de la théorie générale du Droit, le « De Ritu nuptiarum » nous paraît constituer un apport original à l'histoire du Droit du Mariage comme à l'histoire de la pensée juridique, illustrant de ce fait, d'un point de vue certes limité, mais non négligeable, le rôle de la Seconde Scolastique dans l'histoire du Droit privé moderne.

La place de Sepúlveda dans son temps et le sens de son « De Ritu nuptiarum » ainsi rappelés, il nous reste, avant d'aborder l'ouvrage lui-même, à évoquer les circonstances de sa rédaction et de sa publication, d'une part dans le cadre de la vie de Sepúlveda, d'autre part dans le contexte de la procédure d'annulation de mariage engagée par Henry VIII.

C'est aux dernières années de la carrière romaine de Sepúlveda, au moment où le traducteur officiel d'Aristote auprès de Clément VIII entre en relation avec Charles-Quint, que se rattache la composition du « De Ritu nuptiarum ». Passé en 1529 au service du Cardinal Quiñonès (1475-1540), le médiateur attitré entre le Pape et l'Empereur et l'un des artisans de la Paix de Barcelone (?), Se-

---

(?) Né à Léon en 1475 et entré, après des études à Salamanque, dans l'Ordre de Saint François, ce prélat castillan, très tôt devenu le page du Cardinal Cisneros, avait fait une fulgurante carrière ecclésiastique. Participant au Chapitre général de son Ordre à Rome en 1517, il y avait été élu Définiteur général. Apparu comme l'un des grands pacificateurs pendant la guerre des Comuneros en Espagne, il dut à sa réputation de médiateur d'être élu Ministre général des Franciscains en 1523 déjà et d'être réélu à ce poste en 1526. Réformateur de l'Ordre dès 1525, favorable aux tendances rigoristes des « Frères de la stricte observance », il gagne peu à peu la confiance de Clément VII, qui le choisit comme porte-parole auprès de Charles-Quint à la fin de 1526. Ses services et son sens diplomatique lui valent

púlveda va être tout naturellement mêlé de près aux graves questions qui préoccupent alors les deux autorités suprêmes de la chrétienté: le péril turc et la procédure d'annulation de mariage d'Henry VIII. Si la première question l'amène à rédiger son exhortation à Charles-Quint à faire la guerre aux Turcs (1529), voire à se rendre peut être à Vienne auprès de l'Empereur en pleine campagne contre l'Infidèle (1530) <sup>(8)</sup>, la seconde question ne le laisse pas moins actif. Tout au plus requiert-elle plus de prudence. Car c'est un véritable « ballet diplomatique » <sup>(9)</sup> auquel donne lieu la procédure engagée par le Roi d'Angleterre pour obtenir l'annulation de son mariage avec Catherine d'Aragon. C'est qu'il en va des intérêts de deux des plus importants Princes de la chrétienté, que le Pape se doit de ménager avec autant d'attention. D'une part Henry VIII, l'un des meilleurs alliés du Saint-Siège et l'un des champions de l'orthodoxie, gratifié par Léon X du titre de « Defensor fidei » pour sa réfutation de la doctrine de Luther sur le nombre des sacrements <sup>(10)</sup>, mais dont l'union avec la fille des Rois catholiques est demeurée sans descendance mâle <sup>(11)</sup>. D'autre part, Charles-Quint, l'un des plus fermes soutiens de la foi catholique sur

---

en décembre 1527 l'élévation à la pourpre cardinalice avec le titre de Cardinal de la Sainte-Croix de Jérusalem, d'où son nom habituel de Cardinal de Santa-Cruz. Nommé évêque de Cori par Clément VII et Cardinal protecteur de l'Ordre des Franciscains, chargé de la réforme du bréviaire, il mourra en 1540. Sur les relations de Sepúlveda avec lui, cf. l'introduction biographique, citée ci-dessus note 3), de l'édition de la Real Academia de la Historia de Madrid, 1780, t. I, p. XVIII, de même que les données des ouvrages cités d'A. LOSADA, *op. cit.*, p. 63 ss. et de BELL, *op. cit.*, p. 7-8. Quant au témoignage de Sepúlveda lui-même, cf. son *De rebus gestis Caroli Quinti*, éd. cit., lib. IX, t. I, p. 285.

<sup>(8)</sup> Cf., en complément de l'introduction biographique de l'édition de la *Real Academia de la Historia*, Madrid, 1780, t. I, p. XIX ss., les précieuses références de LOSADA, *op. cit.*, p. 67-68.

<sup>(9)</sup> Cf. J. D. MACKIE, *The Earlier Tudors (1485-1558)*, Oxford, 1952, p. 327.

<sup>(10)</sup> C'est l'« Assertio septem Sacramentorum adversus Luterum » de 1521. A ce sujet voir A. F. POLLARD, *Henry VIII*, Londres, 1902; rééd. Londres-New-York-Toronto, 1951, p. 98-100; F. HACKETT, *Henry the Eighth*, Londres, 1929, tr. fr. 2ème éd. Paris, 1960, p. 179 ss.; et surtout J. J. SCARISBRICK, *Henry VIII*, Londres, 1968, p. 110-111, l'étude la plus complète à notre sens parue ces dernières années sur la vie et le règne du plus fameux des Tudors.

<sup>(11)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 142-143; HACKETT, *op. cit.*, p. 228; MACKIE, *op. cit.*, p. 325; SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 150.

le continent et le vaillant défenseur de la chrétienté contre les Turcs, l'Empereur couronné des mains mêmes du Pape à Bologne et qui n'entend pas se désintéresser du sort de sa tante à la Cour d'Angleterre, en un moment où semble doublement menacé et par l'absence d'héritier et par la passion croissante du Roi pour Anne Boleyn <sup>(12)</sup>. Si de son côté Henry VIII s'efforce dès 1527 d'obtenir de Clément VII par le Cardinal Wolsey que la cause ne soit pas jugée en Cour de Rome pour éviter les pressions de Charles-Quint <sup>(13)</sup>, ce dernier intervient au même moment auprès du Pape pour que la cause de sa tante ne soit pas tranchée en Angleterre <sup>(14)</sup>. Littéralement placé « entre le marteau et l'enclume », le Pape, on le sait, cherche à gagner du temps, espérant, selon le mot de Voltaire, « que l'amour de Henry VIII durerait moins qu'une négociation italienne » <sup>(15)</sup>. Il devait en aller autrement, cette passion allant précisément entraîner, pour reprendre encore les termes de l'auteur de l'« Essai sur les Mœurs », « ce que n'avaient pu ni le denier de Saint Pierre, ni les réserves, ni les provisions, ni les annates, ni les collectes et les ventes des indulgences, ni cinq cents années d'exactions toujours combattues par les lois des parlements et par les murmures des peuples » <sup>(16)</sup>. C'est en fait à l'un des tournants décisifs de la négociation tentée par Clément VII que se situe l'intervention de Sepúlveda en 1531. A ce moment notre auteur est en rapport depuis près de deux ans à la fois avec Charles-Quint et avec le Cardinal Quiñonès, chargé en 1527 déjà par l'Empereur d'agir auprès du Pape en faveur de la Reine d'Angleterre <sup>(17)</sup> et responsable de la transmission à Clément VII de la lettre de Catherine d'Aragon en appelant à Rome <sup>(18)</sup>. Si Sepúlveda, apparem-

<sup>(12)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 162-163 et p. 181; G. MATTINGLY, *Catherine of Aragon*, Londres, 1944, p. 206 de même que SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 219-221.

<sup>(13)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 169 ss.; HACKETT, *op. cit.*, p. 250-255 ss.; MACKIE, *op. cit.*, p. 326-327 ss. et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 198-202.

<sup>(14)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 162-163 et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 221-223.

<sup>(15)</sup> VOLTAIRE, *Essai sur les Mœurs*, Ed. R. Pomeau, Paris, 1963, t. II, ch. CXXXV, p. 252.

<sup>(16)</sup> *Op. cit.*, p. 251.

<sup>(17)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit. loc. cit.*; MATTINGLY, *op. cit. loc. cit.* et SCARISBRICK, *op. cit. loc. cit.*

<sup>(18)</sup> Cf. G. CONSTANT, *La Réforme en Angleterre. Le schisme anglican - Henri*



ment plus familiarisé avec la pensée du Stagirite et avec les problèmes de philosophie politique qu'avec les questions disputées du Droit du mariage, se lance alors dans l'étude du cas d'Henry VIII, ce n'est pas de son propre chef; c'est sur la suggestion du Cardinal Quiñonès, ainsi qu'il le relève dans la dédicace qu'il lui adresse en tête de l'ouvrage (19). Pour quelles raisons? Nous allons le voir maintenant en situant le « *De Ritu nuptiarum* » dans le développement de la procédure engagée par Henry VIII. Auparavant, le fait mérite d'être noté, signalons avec Losada que Sepúlveda, déjà entré dans l'orbite de la Cour impériale, tient à soumettre le texte de son opuscule au jugement de Charles-Quint (20). La défense de la cause de Catherine d'Aragon, qui est au coeur de l'ouvrage, ne pouvait-elle pas aussi avancer celle de Sepúlveda auprès de l'Empereur? Quelques mois plus tard, à l'occasion d'une entrevue entre Clément VII et Charles-Quint, l'humaniste cordouan, qui accompagne le Pape, rencontre à nouveau l'Empereur. Ses premiers projets d'« *Annales des Rois d'Espagne* » datant de cette époque, il n'est pas interdit de penser, comme l'a avancé l'historien attentif de sa correspondance, que c'est peut-être à ce moment-là que s'ouvre à lui pour la première fois la perspective d'entrer un jour au service de Charles-Quint comme historiographe officiel (21). Dans cette hypothèse, le « *De Ritu nuptiarum* » illustrerait assez bien la transition qui s'opère dans son existence entre sa carrière romaine à la Cour de Clément VII et sa carrière espagnole à celle de Charles-Quint. Voilà ce qu'on peut dire sur les circonstances de la rédaction de l'opuscule dans le cadre de la vie de Sepúlveda.

Mais cette vie même s'insérant profondément dans l'histoire intellectuelle, politique et religieuse de son temps, il nous faut voir maintenant dans quelle conjoncture historique Sepúlveda

---

VIII (1509-1547), Paris, 2ème éd. 1930, p. 365, n. III et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 222-223.

(19) SEPÚLVEDA, *De Ritu nuptiarum et dispensatione*, 3ème éd., Londres, 1553, Praefatio, p. 2: « te praesertim ad scribendum... adhortante ». Cf. également *De rebus gestis Caroli V.*, lib. XXVIII, c. XLIV, ed. cit., t. II, p. 469.

(20) Cf. Lettre du Docteur Ortiz à l'Empereur Charles-Quint du 22 Août 1531, citée in LOSADA, *op. cit.*, p. 68.

(21) Cf. LOSADA, *op. cit.*, p. 69.

est amené à donner suite à la suggestion du Cardinal Quiñonès. Car c'est en toute liberté — il y insiste — qu'il prend la plume, et non sur l'ordre du prélat espagnol <sup>(22)</sup>. Il s'agit en d'autres termes d'examiner quelles sont les raisons qui ont pu le décider en 1531 à répondre à la suggestion qui lui était faite. Celles-ci tiennent à notre sens à la tournure critique prise depuis 1529 par la procédure engagée par Henry VIII. Il y avait eu tout d'abord, rappelons-le, le solennel appel de Catherine d'Aragon au Pape <sup>(23)</sup> et la citation d'Henry VIII en Cour de Rome <sup>(24)</sup>, puis la vaste campagne de consultation entreprise par le Roi d'Angleterre auprès des principales universités et sommités européennes <sup>(25)</sup>; ensuite la disgrâce (1529) et la mort de Wolsey (1530) et l'éloignement de Catherine de la Cour (printemps 1531) <sup>(26)</sup>; enfin, avec la première session de ce qui sera le « Reformation Parliament », le premier train de mesures anticléricales <sup>(27)</sup>, signe avant-coureur d'un tournant dans la politique religieuse de la Royauté anglaise, jusqu'alors le soutien le plus ferme de l'Eglise Outre-Manche <sup>(28)</sup>.

Les milieux pontificaux comme les milieux espagnols attachés à la Cour impériale ne pouvaient demeurer indifférents face à

<sup>(22)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit. loc. cit.*: « te praesertim ad scribendum (qui iubere tuo iure poterat) adhortante... Quod munus, cum te auctore gravissimo cogitatione praecepissem plus etiam oneris, quam mihi imponebatur, sponte suscepi ».

<sup>(23)</sup> Cf. St. EHSES, *Römische Dokumente zur Geschichte der Ehescheidung Heinrichs VIII. von England*, Paderborn, 1893, Nr. 47, p. 101-104 in fine; voir également POLLARD, *op. cit.*, p. 178; CONSTANT, *op. cit.*, p. 32-33; MACKIE, *op. cit.*, p. 328; MATTINGLY, *op. cit.*, p. 230, et, très circonstancié, SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 222-223 et p. 258-264.

<sup>(24)</sup> Cf. EHSES, *op. cit.*, Nr. 61, p. 122-125 et sur ses circonstances, SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 227.

<sup>(25)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 226; MACKIE, *op. cit.*, p. 348 et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 255 ss., de même que l'étude exhaustive déjà mentionnée de THIEME, p. 13.

<sup>(26)</sup> Sur la disgrâce et la mort de Wolsey, cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 198 ss.; MACKIE, *op. cit.*, p. 330 ss. et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 228 ss.; sur le sort de Catherine d'Aragon au même moment, cf. avant tout MATTINGLY, *op. cit.*, p. 268-269.

<sup>(27)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 223 ss.; CONSTANT, *op. cit.*, p. 46-47 ss. et surtout MACKIE, *op. cit.*, p. 335 ss., de même que SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 250 ss.

<sup>(28)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 84-85 et CONSTANT, *op. cit.*, p. 17; sur le rôle d'Henry VIII comme champion de l'Eglise Outre-Manche, voir aussi SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 105-106, qui rappelle l'ardeur d'Henry VIII à se croiser.

l'évolution de la situation et à l'imminence d'une épreuve de force, qu'Henry VIII semblait vouloir tenter sous l'influence des nouveaux conseillers auxquels la chute de Wolsey avait fait place. La sympathie et l'estime générale dont jouissait Catherine d'Aragon et le modèle qu'avait longtemps représenté son mariage, célébré encore en 1526 par Erasme comme un exemple d'harmonie <sup>(29)</sup>, n'étaient pas seuls en cause. Par-delà ce mariage, et parce que la discussion de sa validité remettait en question le pouvoir pontifical lui-même, c'est l'unité même de la chrétienté qui se trouvait en jeu <sup>(30)</sup>. Dès l'automne 1530, c'est significativement aux privilèges du Royaume qu'en appelle Henry VIII pour se soustraire à la juridiction pontificale, affirmant qu'il n'est pas au pouvoir du Pape de toucher aux droits ancestraux des Anglais de ne pas être jugés hors d'Angleterre <sup>(31)</sup>. Et ses ambassadeurs à Rome reçoivent symptomatiquement pour instruction à la fin de l'année « de ne consentir, de ne permettre ou de n'approuver d'aucune manière, tacite ou expresse, indirecte ou directe, implicite ou explicite la juridiction du Pape » <sup>(32)</sup>. Parallèlement, la campagne de consultation des Universités et des savants d'Europe bat son plein: des canonistes aux hébraïstes et des juristes aux rabbins en passant par les théologiens et les humanistes, de Paris à Venise et de Padoue à Wittemberg, tout ce que l'Europe compte de lettrés est sollicité, le plus souvent à prix d'or, de donner son avis <sup>(33)</sup>. Ainsi alors que les Universités anglaises, françaises et italiennes sont gagnées pour la plupart à la cause d'Henry VIII et que celles d'Espagne soutiennent Catherine d'Aragon <sup>(34)</sup>, toute une littéra-

---

<sup>(29)</sup> Cf. la dédicace de l'« *Institutio matrimonii christiani* », Anvers, 1526, p. 2. A ce propos, voir E. V. TELLE, *Erasme de Rotterdam et le Septième Sacrement. Etude d'évangélisme matrimonial au XVIème siècle et contribution à la biographie intellectuelle d'Erasme*, Genève, 1954, p. 405-406 ss.

<sup>(30)</sup> Cf. à ce propos les pénétrantes remarques de MATTINGLY, *op. cit.*, p. 218-220, qui esquisse un audacieux, sinon paradoxal, parallèle entre Catherine d'Aragon et... Luther.

<sup>(31)</sup> Cf. SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 261.

<sup>(32)</sup> Cf. *op. cit.*, p. 262.

<sup>(33)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 227; MACKIE, *op. cit.*, p. 348 et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 164 ss. et p. 255 ss., de même que THIEME, *op. cit. loc. cit.*

<sup>(34)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit. loc. cit.*; MACKIE, *op. cit. loc. cit.*; SCARISBRICK, *op. cit. loc. cit.*, et THIEME, *op. cit. loc. cit.*

ture apparaît, qui en fait de clarifier le débat tend surtout dans l'esprit de ses promoteurs à une mobilisation de l'« opinio communis doctorum » pour faire pression, comme l'a bien montré le professeur Thieme, sur les instances pontificales <sup>(35)</sup>.

C'est dans cette conjoncture, qui met singulièrement en péril l'autorité du Pape, que Sepúlveda se décide à intervenir. Tout d'abord pour faire entendre sa voix en faveur de Catherine d'Aragon dans le concert des théologiens, des juristes et des humanistes de son temps sur une des questions fondamentales de l'ordre juridique chrétien <sup>(36)</sup> — et c'est significativement, il s'en explique dans sa dédicace, les jurisconsultes qu'il cherche surtout à atteindre <sup>(37)</sup> dans une étonnante mise entre parenthèses de toute la sacramentalité du mariage. Ensuite pour conjurer les périls que font courir à l'unité de la chrétienté les arrière-pensées d'Henry VIII et les débats théologiques sur la place publique — et la conclusion du « De Ritu nuptiarum » ne laisse aucun doute à ce sujet, qui culmine dans une mise en garde contre les fauteurs de discordes entre princes de même foi et dans un appel au Pape à l'interdiction de tout écrit sur l'affaire en cause dans l'intérêt du maintien de la paix du monde chrétien <sup>(38)</sup>. Telles nous paraissent donc être les raisons de la rédaction et de la publication de l'opuscule dont il nous faut maintenant aborder la présentation et l'étude proprement dite.

C'est comme un mince volume in-4<sup>o</sup> de 43 feuillets chiffrés que paraît pour la première fois à Rome à la fin de 1531 le « De Ritu nuptiarum et dispensatione » <sup>(39)</sup>. Republié en 1541 à Paris avec d'autres oeuvres de Sepúlveda <sup>(40)</sup>, il est réédité séparément

<sup>(35)</sup> Cf. THIEME, *op. cit.*, p. 12.

<sup>(36)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, Praefatio, p. 1: « Magna quaestio est (...) ab ipsis usque Christi temporibus inter viros eruditos agitata et in qua non parva vel republicae vel religionis momenta vertuntur, quibus ex causis quae ratione liceat homini Christiano uxorem repudiare ».

<sup>(37)</sup> *Op. cit.*, Praefatio, p. 2 in fine.

<sup>(38)</sup> *Op. cit.*, lib. III, p. 15 in fine.

<sup>(39)</sup> *Ioannis Genesisii Sepulvedae Cordubensis artium et theologiae Doctoris, De Ritu nuptiarum et dispensatione*, Libri tres, Romae, 1531.

<sup>(40)</sup> *Ioannis Genesisii Sepulvedae Cordubensis opera nuper ab eodem authore recognita...*, Parisiis, 1541.

à Londres en novembre 1553 <sup>(41)</sup>, quelques mois après l'avènement de Marie Tudor, la fille de Catherine d'Aragon, et au lendemain de ses fiançailles avec Philippe II, connaissant ainsi trois éditions du vivant de son auteur.

Précédé d'une préface, dédicacée au Cardinal Quiñonès, et divisé en trois livres, respectivement consacrés au mariage et à ses empêchements, à la théorie générale de la dispense et à la problématique des dispenses pontificales en matière d'empêchements de mariage, écrit en un style cicéronien aux phrases amples, mais jamais redondantes et aux termes toujours judicieusement choisis, le « *De Ritu nuptiarum et dispensatione* » se présente avant tout, nous l'avons laissé entendre, comme un petit traité des conditions de validité du mariage en général et de la portée du pouvoir de dispense pontifical en ce domaine en particulier <sup>(42)</sup>. Plutôt que d'un libelle polémique ou apologétique de l'ordre de ceux qui se multiplient alors en Espagne comme en Angleterre

---

<sup>(41)</sup> *Ioannis Genesii Sepulvedae Cordubensis artium et theologiae Doctoris, De Ritu nuptiarum et dispensatione libri tres*, Londini, 1553. Cette 3ème édition, que nous avons utilisée pour la présente étude, est bien de 1553, ainsi que le notaient déjà les éditeurs des oeuvres de Sepúlveda de la Real Academia de la Historia de Madrid de 1780, t. I, p. xxv, et non de 1558 comme l'indique à tort LOSADA, *op. cit.*, p. 361. L'opuscule, relevons-le, sera republié en 1602 dans l'édition de Cologne des oeuvres de Sepúlveda (*Ioannis Genesii Sepulvedae Cordubensis Sacrosanctae theologiae Doctoris Caroli V. Imperatoris Historici Opera quae reperiri potuerunt omnia...* Coloniae Agrippinae, 1602) et en 1780 dans le dernier des 4 volumes de l'édition de la Real Academia de la Historia de Madrid (*Ioannis Genesii Sepulvedae Cordubensis Opera cum edita tum inedita accurante Regia Historiae Academia*, Martini, 1780). A la différence des traités politiques de Sepúlveda — que ce soit le « *Democrates primus* » de 1535 ou le « *Democrates secundus* » de 1545 publié par Ménéndez y Pelayo en 1892 — qui sont au centre de toutes les études scientifiques contemporaines consacrées à l'oeuvre de l'humaniste cordouan, le « *De Ritu nuptiarum et dispensatione* » n'a fait jusqu'à présent à notre connaissance l'objet d'aucune étude équivalente, les auteurs de l'édition de Madrid de 1780 s'étant borné d'une part à l'indication d'une demi-douzaine de variantes tout à fait mineures entre la 1ère édition de Rome (1531) et les éditions ultérieures, curieusement réduites à celles de Paris (1541) et de Cologne (1602), sans prise en considération de l'édition de Londres (1553), cf. éd. cit., t. IV, p. 421 in fine, p. 424 in fine, p. 425 et p. 427; d'autre part à l'évocation des circonstances de la rédaction de l'ouvrage, littéralement empruntée à la préface même de l'opuscule de Sepúlveda, et au résumé succinct du contenu des 3 livres, ed. cit. t. I, p. xxiv-xxv.

<sup>(42)</sup> *De Ritu nuptiarum...*, Praefatio, p. 2.

pour défendre la cause de Catherine d'Aragon ou d'Henry VIII <sup>(43)</sup>, il s'agit donc d'un véritable petit traité de Droit matrimonial débordant largement les limites du cas qui agite alors les esprits et préoccupe légitimement la Curie <sup>(44)</sup>. L'objectif de Sepúlveda n'en est pas moins clair: à travers les développements consacrés aux différents empêchements de mariage, aux fondements et à la portée du pouvoir de dispense, à la nature juridique enfin des empêchements et à la compétence générale du Pape d'en dispenser, c'est bien la validité du mariage d'Henry VIII et de Catherine d'Aragon qu'il entend démontrer contre l'argumentation défendue par le Roi d'Angleterre et ses partisans. Son intérêt n'est cependant pas là. Il réside en fait dans la particularité de la démarche qu'il suit pour parvenir à ses fins et dans la subtilité des thèses de philosophie juridique sur lesquelles il s'appuie. Quant à sa démarche, dont l'ampleur illustre déjà bien son surnom de Tite-Live espagnol, elle ne s'étend au-delà des bornes du cas litigieux que pour mieux assurer l'irréfutabilité de ses conclusions. C'est la raison pour laquelle, loin de se limiter à la seule question de la nature juridique spécifique des préceptes de l'Ancien Testament en matière d'empêchements de mariage, Sepúlveda ne commence pas seulement par exposer l'ensemble des empêchements, comme le fait un Vitoria par exemple, mais traite encore de toute la problématique du pouvoir de dispense, de la légitimité de celui du Pape et de sa portée, et développe toute une théorie du Droit divin et du Droit naturel. Fort de quoi, il peut affirmer la compétence du Pape de dispenser de la plupart des commandements du Décalogue et du Lévitique et examiner le caractère propre de l'empêchement d'affinité qui est au coeur de la cause d'Henry VIII. Les démonstrations successives de chacune des thèses que Sepúlveda avance dès lors en marge du cas litigieux entrent ainsi visiblement dans le dessein d'une argumentation sans faille destinée à ne laisser aucune échappatoire à ses adversaires. Quant aux thèses de philosophie ju-

<sup>(43)</sup> Cf. SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 164-167, de même que THIEME, *op. cit.*, p. 13.

<sup>(44)</sup> SEPÚLVEDA, *De Ritu nuptiarum*, loc. cit.: « Nec placuit orationem meam causae unius angustiis intercludi, sed vagari latius, et totam de ritu nuptiarum disputationem (quatenus res matrimonium impediens attingit) paulo accuratius, sed strictim tamen obire: simulque haud paulo impeditiorem quaestionem de dispensatione disserere ».

ridique qui jouent un rôle privilégié dans sa démarche et qui reflètent la double formation reçue à Alcalà et à l'école de Pomponazzi, elles tiennent d'une part à sa conception scotiste de la nature juridique des empêchements au mariage de l'Ancien Testament, qu'il ramène tous — à la seule exception de celui de parenté en ligne directe — à des empêchements de Droit positif ecclésiastique; d'autre part à sa conception de la notion de dispense qu'il assimile à la notion d'interprétation; enfin à sa conception du Droit naturel et du Droit divin et de leurs dispenses, qui entraîne une valorisation simultanée des pouvoirs du Pape comme législateur et représentant de Dieu sur terre.

Les caractéristiques de l'ouvrage, la particularité de la démarche de Sepúlveda et la teneur de ses thèses ainsi relevées, un exposé un peu plus détaillé et une analyse plus approfondie du « *De Ritu nuptiarum* » s'imposent pour nous permettre de dégager sommairement sa portée dans l'histoire du Droit privé moderne

Nous ne reviendrons pas ici sur la préface dédiée au Cardinal Quiñonès, puisqu'elle expose les raisons, les circonstances et le plan de l'ouvrage. Contentons-nous de rappeler que Sepúlveda y marque clairement son intention de ne pas aborder son entreprise en seul théologien, mais encore en juriste, voire en philosophe <sup>(45)</sup>, se posant ainsi déjà indiscutablement en théologien-juriste à l'égal des autres grandes figures de la Seconde Scolastique.

Des trois livres dont se compose le « *De Ritu nuptiarum* », le premier — centré sur l'institution du mariage et sur ses conditions de validité — est certainement le moins original. A l'instar de Vitoria, mais plus succinctement que lui, Sepúlveda se borne tout d'abord en quelques pages à y définir le mariage, à en déterminer l'origine, les fondements et la finalité propre. Un commentateur attentif relèvera sans doute le soin avec lequel l'auteur, invoquant à la fois la théologie chrétienne et la politique aristotélécienne, met en relief l'éminente dignité de la société conjugale. D'origine prélapsaire, librement et légitimement conclu entre un homme et une femme en vue de la procréation d'une descendance <sup>(46)</sup>, le mariage

<sup>(45)</sup> *Op. cit. loc. cit.* in fine.

<sup>(46)</sup> Cf la définition que donne Sepúlveda dès les premières lignes de ce premier livre, *op. cit.*, lib. I, p. 1: « *Maritale coniugium quod maioribus nostris tum*

n'est pas seulement pour Sepúlveda une institution divine, fondée par Dieu et confirmée par le Christ, mais tolérée en fait comme un moindre mal, ainsi que certains voudraient l'inférer des propos de Saint Paul aux Corinthiens. Il représente encore, et dans la ligne même d'Aristote, la plus naturelle des sociétés humaines, celle sans laquelle le genre humain lui-même disparaîtrait. Aussi Saint Augustin en a-t-il bien vu à ses yeux la bonté intrinsèque et la sainteté au regard du Créateur, tant il est vrai que « le mariage n'est pas tant le hâvre de l'incontinence que l'auguste sacrement institué par Dieu en même temps que le plus honnête des devoirs sans lequel ni la cité, ni la religion — qui trouvent en lui leur source — ne peuvent subsister » (47).

À cette insistance sur les fins socio-théologiques du mariage fait suite un exposé exhaustif des empêchements dirimants fixés par la doctrine canonique: violence et crainte fondée, erreur sur la personne et sur la condition, inaptitude à l'acte conjugal, engagement dans les ordres, vœux solennels, disparité de culte, engagement dans les liens d'un précédent mariage, adultère qualifié, enfin consanguinité et affinité y compris la parenté spirituelle et l'empêchement d'honnêteté publique. Passant ainsi longuement en revue sur une vingtaine de pages la liste des conditions de validité du mariage sans distinguer explicitement les vices du consentement des incapacités et des empêchements proprement dits de parenté et d'alliance, Sepúlveda s'arrête naturellement surtout aux derniers, s'attendant d'une part à définir consanguinité et affinité et à en différencier les formes, d'autre part à déterminer la nature juridique et les fondements des empêchements qui en résultent. Classique dans son développement, son exposé retient cependant l'attention par la distinction très nette qu'il établit dans le sillage de Duns Scot entre la nature juridique des empêchements entre parents en ligne directe et celle des empêchements

---

nuptias tum matrimonium appellare libuit recte, ut arbitrator, definietur, si viri atque foeminae societas individua esse dicatur, libere ac legitime contracta, causa prolis generandae ».

(47) SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. I, p. 4: « quod non modo quasi portus est incontinentia laborantium, sed sacrosanctum, a Deoque institutum sacramentum, idemque honestissimum officium: sine quo nec civitas potest, nec religio constare, cum utriusque tanquam seminarium habeatur ».



entre parents en ligne collatérale. A la différence de l'Ecole thomiste, de Vitoria en particulier <sup>(48)</sup>, Sepúlveda ne considère en effet de Droit naturel que les empêchements de consanguinité en ligne directe, estimant que la déférence naturelle et le respect des enfants envers leurs parents et tous leurs ascendants sont incompatibles avec « l'égalité que la loi naturelle exige entre les conjoints » <sup>(49)</sup>.

Il en va tout différemment à son sens des empêchements de consanguinité en ligne collatérale, qui ne relèvent pour lui que des lois divines de l'Ancien Testament ou des lois pontificales <sup>(50)</sup>. Alléguant à l'appui de cette thèse la nécessité originelle des mariages entre frères et soeurs, il proclame ainsi « expressis verbis »: « les mariages entre consanguins en ligne collatérale ne sont donc pas prohibés par la nature » <sup>(51)</sup>. Ces unions sont-elles tout de même frappées d'empêchement, cela ne peut être qu'en vertu du Droit divin ou du Droit ecclésiastique positif. Et pour rendre compte des fondements de ces empêchements, Sepúlveda se borne à reprendre telle quelle l'argumentation de Saint Augustin relative à la fonction socio-théologique du mariage: « seminarium caritatis », la société conjugale est destinée à multiplier au-delà des liens du sang les liens d'amour entre les membres de la grande famille humaine et ne saurait dès lors se contracter entre des personnes déjà unies par une forme quelconque de parenté <sup>(52)</sup>.

Quant aux empêchements d'affinité, dont certains voudraient affirmer la légitimité naturelle pour les alliés en ligne directe, Sepúlveda les considère tous comme étant de pur Droit positif

<sup>(48)</sup> Cf. F. DE VITORIA, *Relectio de matrimonio*, P. 2, n. 5, p. 481, 2ème éd. Salamanque, 1565, reproduite in A. GETINO, *Relecciones teologicas del Maestro Fray Francisco de Vitoria*, t. 1, p. 446, Madrid, 1933. Sur la doctrine du mariage de Vitoria, voir H. THIEME et G. OTTE, *op. cit.*, ci-dessus note 6).

<sup>(49)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. I, p. 15: « propterea quod coniuges pares esse debent lege naturae ».

<sup>(50)</sup> Cf. *op. cit. loc. cit.*: « partim priscibus legibus divinis vetita sunt, partim pontificiis ».

<sup>(51)</sup> Ibid.: « Matrimonia igitur consanguineorum ex latere venientum non sunt natura prohibita ».

<sup>(52)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. I, p. 16 avec référence au « De Civitate Dei » de Saint Augustin, lib. XV, c. 16. A ce sujet, voir A. ESMEIN, *Le mariage en Droit canonique*, 2ème éd. Paris, 1929, t. 1, p. 373.

et leur assigne les mêmes fondements par extension que les empêchements de parenté en ligne collatérale <sup>(53)</sup>.

Enfin, soulignant qu'on se mettrait bien en peine pour trouver confirmation dans le Nouveau Testament des empêchements de consanguinité et d'affinité de l'Ancien Testament — ni le Christ, ni les Apôtres n'en ayant fait la moindre mention — il conclut que c'est des seules lois ecclésiastiques que tous, à l'exception des empêchements de consanguinité en ligne directe, tirent leur légitimité. Abrogés par l'Évangile, les préceptes de l'Ancien Testament en matière d'empêchements n'ont donc force de loi qu'en tant qu'ils ont été revêtus de l'autorité de l'Église, et c'est la raison pour laquelle, tient-il à relever, le Pape a le pouvoir général d'en dispenser <sup>(54)</sup>.

Ces remarques faites, qui laissent deviner l'articulation ultérieure de l'argumentation, le premier livre se termine sur un bref exposé de la problématique de l'adultère, des droits qui en découlent pour le conjoint lésé et des exceptions apportées à leur exercice. Sepúlveda réaffirme ici dans toute sa rigueur le principe de l'indissolubilité du mariage, que seule la mort peut dissoudre — mort naturelle ou mort spirituelle comme l'entrée en religion — soulignant à propos de cette dernière les conditions posées par la doctrine canonique. Quand on sait la suggestion secrètement faite à cet égard sur instruction du Pape à Catherine d'Aragon quelques

---

<sup>(53)</sup> SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. I, p. 18-19: « Inter affines igitur, qui in recta linea quibusvis intervallis collocantur matrimonia, iure naturae quibusdam videntur esse nulla: velut insitum sit hominibus (qui modo naturam non corruptis moribus depravaverint) ut patrum uxores proxima matribus ad quarum vicem prope videntur accedere observantia ac reverentia prosequantur (...). In obliqua vero linea matrimonia nullo gradu affinitatis per naturam excludi, declarant cum alia heroici temporis exempla, tum in primis Iacob... ». Voir surtout la conclusion p. 19-20: « Intelligendum est tamen de impedimentis nuptiarum, quae a consanguinitate aut affinitate proficiscuntur confirmandis nullam omnino mentionem a Christo vel Apostolis factam in novo testamento reperiri: quo factum est ut omnes hujusmodi leges evangelicis temporibus ad ecclesiastica decreta, non ad ius divinum aut naturale referendas esse ab acutissimis theologis censeantur, praeterquam de consanguineis descendentibus aut ascendentibus... ».

<sup>(54)</sup> Cf. *op. cit. loc. cit.*, p. 20: « Propterea Papa dispensare potest cum omnibus personis, nisi cum matre et patre ut matrimonium contrahant ».

trois ans plus tôt <sup>(55)</sup>, force est de reconnaître l'ampleur de l'information et de la dialectique de notre auteur.

S'imposant d'emblée par ses proportions — une quarantaine de pages représentant exactement la moitié du volume — le deuxième livre du « *De Ritu nuptiarum* » forme assurément la pièce centrale de l'ouvrage et la véritable charnière de son argumentation. Après avoir affirmé dans la première partie que tous les empêchements de mariage de l'Ancienne Alliance — à l'exception de ceux de parenté en ligne directe — n'avaient force obligatoire qu'en vertu de la législation ecclésiastique et que le Souverain Pontife avait le pouvoir d'en dispenser, Sepúlveda se voue ici à l'élucidation de ce pouvoir. A la faveur d'une esquisse de théorie générale de la dispense, il s'attache ainsi tout d'abord à la définition de la notion de dispense et à la détermination de la compétence de dispenser. Une fois établie la compétence du Pape à cet égard, il passe alors à l'objet et à la portée du pouvoir de dispense pontifical, développant dans cette perspective toute une philosophie du Droit naturel et du Droit divin et des dispenses dont leurs préceptes peuvent faire l'objet, qui l'apparente aux principaux des Scolastiques espagnols: de Soto, Molina et Suarez. Se concentrant en particulier sur la question disputée des dispenses des commandements du Lévitique et de la deuxième Table du Décalogue, il en dégage les conditions d'octroi pour parvenir à une doctrine extrêmement large de la cause requise et du pouvoir général d'appréciation du Pape en la matière. Sa conclusion culmine dans l'affirmation de la compétence universelle de dispense des lois divines, naturelles et ecclésiastiques du Souverain Pontife en tant que législateur suprême de la chrétienté et lieutenant de Dieu sur terre.

Il ne saurait être question dans le cadre limité de cette communication de nous arrêter à tous les aspects de la problématique de la dispense traitée par Sepúlveda dans cette deuxième partie du « *De Ritu nuptiarum* ». Aussi nous restreindrons-nous à trois points qui nous paraissent essentiels tant en raison de l'intérêt de la position de notre auteur à leur sujet que de la place qu'ils occupent

---

(55) Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 171-172; MATTINGLY, *op. cit.*, p. 217 ss. et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 213-214.

dans le développement de son argumentation. Nous en avons déjà dit un mot d'ailleurs: il s'agit d'une part de la conception que Sepúlveda se fait de la dispense, d'autre part de ses thèses de philosophie juridique en matière de Droit naturel et de Droit divin, plus particulièrement à propos de la mutabilité de leurs préceptes, enfin de sa détermination de la cause de la dispense.

La conception de la dispense de Sepúlveda se caractérise par son double rattachement à la tradition de la philosophie juridique antique de Platon et d'Aristote, auxquels il se réfère explicitement à plusieurs reprises <sup>(56)</sup>, et à la doctrine des théologiens de la Grande Scolastique, comme Guillaume d'Auxerre, Saint Albert le Grand et surtout Saint Thomas d'Aquin <sup>(57)</sup>. Plus que sa définition formelle de la dispense comme « dérogation prudente au droit commun pour cause d'utilité ou de nécessité » <sup>(58)</sup>, directement reprise des Décrétalistes, plus précisément d'Henri de Suse et de Guillaume Durand de Mende <sup>(59)</sup>, c'est l'extension qu'il lui donne dans le cours de ses explications qui nous paraît révélatrice. Sepúlveda ne se contente pas en effet d'expliquer la raison d'être de la dispense en l'assimilant au jugement d'équité dans la ligne de Platon et

---

<sup>(56)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, pp. 2, 5, 6, 7.

<sup>(57)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. II, p. 33. Voir *infra* note 62. Sur la doctrine de la dispense en Droit canonique en général et sur celle des théologiens de la Grande Scolastique, cf. la thèse fondamentale de J. BRYs, *De dispensatione in jure canonico praesertim apud Decretistas et Decretalistas*, Brugis 1925, de même que l'exposé synthétique qu'offre CH. LEFEBVRE pour l'âge classique du Droit canonique dans le tome VII de l'Histoire du Droit et des Institutions de l'Eglise en Occident publié avec G. LE BRAS et J. RAMBAUD, Paris, 1965, p. 514 ss., notamment p. 517 à propos de la doctrine des théologiens.

<sup>(58)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 1: « Dispensatio igitur (ut a viris doctissimis definitur) est iuris communis ob necessariam aut utilem causam prudens relaxatio ».

<sup>(59)</sup> Cf. la définition que donne Henri de Suse de la dispense: « Provida juris communis relaxatio utilitate sive necessitate pensata », *Summa aurea*, Ludguni, 1568, lib. V. *De poenitentis et remissionibus*, Rubr. *De dispensationibus*, § 1, cité in J. BRYs, *op. cit.*, p. 164. Pour l'apport de Guillaume Durand de Mende avec sa notion de « dérogation prudente au droit commun », cf. *Speculum Juris*, Francoforti, 1592, lib. I, p. I, *De dispensationibus*, pr., voir G. LE BRAS, CH. LEFEBVRE et J. RAMBAUD, *op. cit.*, p. 516.

d'Aristote<sup>(60)</sup>, il l'identifie à la notion générale d'interprétation de la loi dans la ligne de Saint Thomas et de Duns Scot<sup>(61)</sup>.

Dérogation prudente au droit commun, jugement d'équité ou interprétation de la loi dans la perspective de Saint Thomas, la dispense est de toute manière la prérogative du législateur<sup>(62)</sup>. Relevant donc du Souverain, la compétence de dispenser n'est pas seulement l'apanage des Rois et des Princes qui ont la charge des communautés temporelles et de leur législation, elle appartient aussi à celui auquel le Christ a conféré les clefs du Royaume des Cieux et par là la plus haute autorité sur terre: le Souverain Pontife<sup>(63)</sup>. « Que représente en effet, s'écrie Sepúlveda, le pouvoir de lier et de délier, si ce n'est celui de promulguer des lois et de les adapter selon les règles de la prudence et en toute liberté ou encore

(60) Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 32, avec la référence explicite à Aristote: « Dispensatio enim nihil aliud est, quam boni et aequi cum autoritate declaratio ».

(61) *Op. cit.*, p. 33: « quasi vero dispensare quidquam aliud sit, quam legem prudenti interpretatione pro nascentium rerum necessitate commoditateque, in unius pluriumve causa mollire et relaxare. Quae interpretatio quanquam interdum scripto legis aliquatenus adversetur, tamen quoniam hoc iustius esse commodiusque recta ratio et res ipsa docet, legem huic non obstare decreto quodam declaratur. Quod sive interpretationem, seu legis exceptionem, aut privilegium, sive indulgentiam principis appelles, haud equidem admodum repugnabo, modo constet id esse quam summis theologis Thoma Scotoque authoribus dispensationem nuncupamus », avec référence à SAINT THOMAS, *S. Th. Ia-IIae*, qu. 97, art. 4, et à DUNS SCOT, *Sent. IV*, d. 33, qu. 1.

(62) Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 2 et surtout p. 4: « Quibus rebus expositis, quoniam leges condere, easdemque cum res poscit, dispensationibus remittere, munus esse diximus, principum ac regum dignitatis... ». Pour Saint Thomas, rappelons-le avec J. M. AUBERT, *Le Droit romain dans l'oeuvre de Saint Thomas*, Paris, 1955, p. 81, l'interprétation est toujours l'acte propre du législateur, qui se réalise dans les cas douteux, tandis que l'équité n'intervient que dans les cas de manifeste contradiction entre les termes de la loi et l'esprit du législateur. Cf. *S. Th. Ia-IIae*, qu. 96, art. 1.

(63) SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 7: « cui Christus claves dedit regni caelorum, et summam contulit auctoritatem verbis illis, quicquid solveris super terram, erit solutum et in coelis: et quicquid ligaveris, ligatum: ad summam quem terris excedens Ecclesiae suae ac reipublicae Christianae cum summa potestate praefecit, sui que loco inter homines esse voluit. Hanc igitur potestatem cum in Petro Apostolorum principe datam esse constet summis sacerdotibus ejus successoribus, nefas esse dubitare, quin pontifici maximo, quem papam appellamus, ferendi, abrogandi, intendendi, remittendique leges, potestas longe maior, quam cunctis regibus et principibus a deo tributa sit ».

de les abroger si la situation l'exige »? <sup>(64)</sup>. La démonstration de la légitimité du pouvoir pontifical de dispense ne servirait cependant de rien, si Sepúlveda n'en venait à délimiter sa portée en précisant de quelles lois le Vicaire du Christ peut légitimement dispenser. C'est là sans doute l'aspect le plus important de son « De Ritu nuptiarum », qui dépasse les positions de Saint Thomas pour rejoindre les subtiles distinctions des plus éminents parmi les représentants de l'École de Salamanque: de Soto, Molina et Suarez. Nous touchons avec cette question à ses thèses de philosophie juridique proprement dite.

Comme en matière de dispense, l'intérêt de Sepúlveda ne tient pas à cet égard aux définitions formelles qu'il donne du Droit naturel, du Droit divin, voire du Droit ecclésiastique, mais à la conception qu'il s'en fait. Car ses définitions ici encore semblent classiques. C'est ainsi dans la ligne de la « Secunda Secundae » de Saint Thomas <sup>(65)</sup>, tributaire de la double tradition romaine d'Ulpien et de Gaius, qu'il définit le Droit naturel comme « bipartite » (lex sive jus naturae (nihil refert utro modo nominetur) bipartitum esse) <sup>(66)</sup>, comprenant d'une part les lois que la nature prescrit aux hommes comme à tous les autres être animés, d'autre part les lois qu'elle ne leur prescrit qu'en tant qu'êtres raisonnables et sociables et qu'il appelle également Droit des Gens <sup>(67)</sup>. C'est ensuite dans la ligne du Décret de Gratien qu'il définit le Droit divin comme l'ensemble des préceptes contenus dans les Saintes Ecritures <sup>(68)</sup>.

---

<sup>(64)</sup> *Op. cit. loc. cit.*: « Quid est enim ligare et solvere, nisi leges condere easdemque pro sua prudentia et arbitratus moderari vel etiam si res poscet abrogare? ».

<sup>(65)</sup> Cf. *S. Th. IIa-IIae*, qu. 57, art. 3.

<sup>(66)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 8.

<sup>(67)</sup> *Op. cit. loc. cit.*: « Quasdam enim leges hominibus natura tribuit, quae nobis sunt cum caeteris animantibus communes: ut propulsationem iniuriarum, filiorum et procreationem et educationem. Quod genus definiens iureconsultus, ius inquit naturale est, quod natura omnia animalia docuit: alias peculiares, quae idcirco sunt caeteris animantibus incognitae, quoniam eas non sensus nobis, sed ratio potius duce sociaque natura ingeneravit. Huius exemplo sunt, servare pacta, legatos non pulsare, religionem colere, patriam et parentes venerari quibus legibus constat ius gentium appellatum, quod inde nomen invenit, quoniam ipso gentes omnes utantur... ».

<sup>(68)</sup> Cf. *op. cit. loc. cit.*, p. 9: « Ius porro divinum id potissimum intelligimus, quod praeceptis sacrarum scripturarum continetur ».

C'est enfin dans la tradition commune des canonistes qu'il définit le Droit ecclésiastique, — significativement qualifié de Droit pontifical —, comme englobant tous les rescrits des Papes, les décrets des Conciles et les textes patristiques, dérivant du Droit naturel et du Droit divin, principalement pour tout ce qui a trait aux sacrements, aux cérémonies religieuses et au culte divin <sup>(69)</sup>.

Mais que recouvrent en fait ces différentes définitions? Sepúlveda va être amené à le dévoiler en cherchant à déterminer la portée du pouvoir pontifical de dispense.

S'il ne fait pas de doute à son sens que le Souverain Pontife peut en vertu même du pouvoir des clefs dispenser à son gré, à l'instar des Souverains temporels en matière de lois civiles, des dispositions de discipline ecclésiastique fondées sur la prudence <sup>(70)</sup>, la problématique des dispenses des lois ecclésiastiques dérivées du Droit naturel ou du Droit divin retient plus longuement son attention. C'est qu'elle tient à la problématique même des dispenses du Droit naturel et du Droit divin, partant à sa conception de l'un et l'autre Droits.

De manière tout à fait caractéristique de la Seconde Scolastique et illustrant de ce fait à la fois le rôle général du thomisme dans le tournant de la pensée juridique occidentale de l'immobilisme au dynamisme, si bien mis en évidence depuis quelques années par le professeur Villey <sup>(71)</sup>, et la prise de conscience particulière par les Scolastiques espagnols de l'historicité du Droit, relevée il y a plus de vingt ans déjà par le professeur Ambrosetti <sup>(72)</sup>, la pensée de Sepúlveda frappe ici par la hardiesse de ses thèses,

---

<sup>(69)</sup> Ibid.: « Ius pontificium est, quod pontificum rescriptis, conciliorum sanctorumque patrum decretis a iure divino et naturali derivatum in iis potissimum rebus versatur, quae sacramenta, ceremonias, reliquumque dei cultum ac religionem attingunt ».

<sup>(70)</sup> *Op. cit.*, lib. II, p. 10-11.

<sup>(71)</sup> Cf. M. VILLEY, *Saint Thomas dans l'histoire des sources*, in *Etudes G. Le Bras*, Paris, 1965, t. I, p. 385 ss., repris in *Seize Essais de philosophie du Droit*, Paris, 1969, p. 94 ss.; dans le même sens voir également: *La formation de la pensée juridique moderne, Cours d'histoire de la philosophie du Droit*, Paris, 1968, p. 133 et p. 169 ss. Cf. par ailleurs St. GAGNÈR, *Studien zur Ideengeschichte der Gesetzgebung*, Upsala, 1960.

<sup>(72)</sup> Cf. G. AMBROSETTI, *Il Diritto naturale della Riforma cattolica*, Milan, 1951, p. 76 ss., qui insiste à juste titre sur le rôle privilégié de De Soto et de Molina.

qui devancent celles d'un de Soto ou d'un Molina, voire d'un Suarez <sup>(73)</sup>.

C'est ce qui ressort tout d'abord de sa conception du Droit naturel. Tout comme le feront de Soto, Molina et Suarez <sup>(74)</sup>, il considère comme relevant du Droit naturel autant ce qui tient à la diversité des temps et des lieux que ce qui apparaît toujours et partout nécessaire, ne dépendant pas de l'opinion des hommes mais de la droite raison. Reprenant l'exemple classique de toute la tradition scolastique, de Saint Thomas à Suarez, du dépôt, dont la restitution nous est ordinairement prescrite par la loi naturelle, mais qui ne saurait s'imposer à nous en des circonstances exceptionnelles comme la folie furieuse du déposant, il pose ainsi avec force pour principe que le caractère de certaines lois naturelles est tel qu'elles ne sauraient s'imposer de la même manière en tout temps et à tous les hommes <sup>(75)</sup>. C'est ce que le bref exposé qu'il donne de la hiérarchie des lois naturelles aux résonnances étonnamment modernes fait encore mieux ressortir. De même qu'il y a en mathématiques des notions communes et évidentes par elles-mêmes comme les axiomes, de même il y a en morale, remarque-t-il un siècle avant Grotius, des lois naturelles fondamentales, absolument certaines et connues de tous, et qui ne souffrent de ce fait ni doute, ni correctif <sup>(76)</sup>: il faut rechercher le Bien et fuir le Mal,

---

<sup>(73)</sup> Cf. DE SOTO, *De Justitia et Jure*, Lyon, 1559, t. I, qu. 5, art. 1, avec la très belle formule comparant la loi naturelle à une semence que la raison mûrit en nous selon la diversité des temps et des lieux et dont les lois humaines constituent la moisson. Quant à L. MOLINA, cf. *Tractatus de Justitia et Jure*, Genève, 1733, t. I, d. 3, n. 4.

<sup>(74)</sup> Cf. DE SOTO, *op. cit. loc. cit.*; MOLINA, *op. cit. loc. cit.* et F. SUAREZ, *De Legibus et Legislatore Deo*, in *Opera omnia*, Paris, 1856-1878, t. V, lib. II, c. XIII, 5-6, avec sa distinction du *Droit naturel préceptif*, obligeant en tout temps et en tout lieu, et du *Droit naturel dominatif*, qui n'oblige qu'une fois certaines conditions réalisées et certaines institutions établies, c. XIV, 16 ss.

<sup>(75)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 15: « Cum igitur quarundam legum naturalium ea conditio sit, ut non omnibus temporibus hominibusque conveniant... ».

<sup>(76)</sup> *Op. cit. loc. cit.*, p. 16: « Sed intelligere oportet, id quod est a viris prudentissimis animadversum, ut sunt in mathematicis pronuntiata quaedam a graecis axiomata, hoc est communes rataeque sententiae nuncupata (...) sic esse in rebus agendis quasdam naturae certissimas notissimasque leges, quae nullam neque dubitationem neque correctionem admittant ».



cultiver la Vertu et rejeter le Vice. Et tout comme les axiomes servent de bases aux théorèmes et aux autres propositions mathématiques, les lois naturelles fondamentales tiennent lieu de principes aux autres lois naturelles. Mais alors qu'en mathématiques les principes et toutes les propositions qui en découlent sont toujours aussi certains et nécessaires, toutes les lois naturelles ne présentent pas la même certitude et la même constance <sup>(77)</sup>. A quoi cela tient-il sinon, comme l'ont montré Saint Thomas et Aristote, d'une part à la diversité des circonstances de temps, de lieu, de personnes, qui fait que ce qui s'impose comme conclusion de la loi naturelle à la lumière de la raison en un cas donné ne s'impose pas en un autre, d'autre part à la notion même de loi, dont la généralité ne saurait tenir compte des cas d'espèce et qui requiert de ce fait des correctifs <sup>(78)</sup>.

S'il est dès lors permis de parler de mutabilité de la loi naturelle pour Sepúlveda comme plus tard pour Molina et Suarez <sup>(79)</sup>, ce n'est qu'en un sens très particulier. Tout d'abord, par rapport au champ d'application de la loi naturelle, non parce que la rectitude de la loi change, mais — selon la formule qu'emploiera Molina — parce que les conditions de fait nécessitent une application différente, qui n'affecte de toute évidence en rien la loi elle-même <sup>(80)</sup>. Ensuite, par rapport à la notion même de la loi, que Sepúlveda reprend presque littéralement de l'Éthique aristotélicienne. Générale par essence, c'est parce que la loi ne peut régler avec suffisamment de précision tous les cas d'espèce <sup>(81)</sup>, qu'elle est susceptible d'applica-

---

<sup>(77)</sup> Cf. *op. cit.*, *loc. cit.*, p. 17: « Sed interest, quod in mathematis ut principia, sic caetera quae ab ipsis emanarunt, sempiterna sunt et necessaria, leges naturae non omnes habent eam firmitatem ».

<sup>(78)</sup> Cf. SAINT THOMAS, *S. Th. Ia-IIae*, qu. 94, art. 4; ARISTOTE, *Eth. Nic.*, L. V, c. X.

<sup>(79)</sup> Cf. MOLINA, *op. cit.*, t. I, d. 4, n. 5-6, et SUAREZ, *op. cit.*, II, c. XIII.

<sup>(80)</sup> Cf. MOLINA, *op. cit. loc. cit.*: « Variatio namque eorum (praeceptorum), quae sunt de iure naturali, non evenit propter variationem aut mutationem, quae in lege naturali fiat, sed propter adventum circumstantiae, quae extrahit obiectum a numero eorum, quae lex ea comprehendebat: quare fit sine ulla dispensatione aut mutatione legis... ».

<sup>(81)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 31-32, avec la référence expresse au Stagirite: « Quo in loco Aristoteles est magister adhibendus, cuius verba ex quinto Ethicorum libro non gravabor apponere, sunt enim ad hanc quaestionem accommo-

tions différentes selon les circonstances. « Car la diversité des choses humaines est telle, relève-t-il, qu'on a pu dire très justement qu'il y a plus d'affaires non seulement que de lois, mais encore que de termes pour les désigner »<sup>(82)</sup>. Bien plus, comme l'a remarqué Saint Thomas, la loi naturelle appelle d'elle-même, note Sepúlveda, des correctifs par mode d'adjonction en fonction des exigences de la vie humaine, comme elle pourvoit certains animaux de cornes, d'ongles et de dents en fonction des nécessités de leur défense<sup>(83)</sup>.

La démonstration ne vaut pas moins pour le Droit divin, dont seules quelques lois lui paraissent aussi fondamentales et immuables que les axiomes du Droit naturel: ce sont celles qui ont trait à la foi, aux sacrements et aux choses divines. Par contre toutes celles qui tiennent aux actions humaines et dont la généralité fait telle abstraction des cas particuliers, qu'elle ne peut pas ne pas souffrir d'application différente selon les circonstances, impliquent nécessairement une certaine mutabilité. C'est ce qui ressort en particulier des commandements de la deuxième Table du Décalogue. L'interdiction du vol, la prohibition du meurtre et le respect de ses parents ne s'imposent pas également à tous. L'état de nécessité, la légitime défense, la guerre, enfin les risques d'apostasie, sont autant de cas qui dispensent de leur observation, comme la folie furieuse du déposant dispensait le dépositaire de la restitution du dépôt. La plupart des lois divines par conséquent comme celle des lois naturelles ne sont pas immuables, mais n'obligent qu'en fonction des circonstances, selon l'esprit même du Souverain Législateur qui nous le fait connaître par la raison naturelle<sup>(84)</sup>.

---

datissima. Nam cum lex (inquit) omnis universalis sit, tamen fieri non potest, ut de quibusdam recte in universum statuatur (...). Cum igitur lex universaliter loquitur in rebus agendis, et aliquid in eis accidit praeter universale, tunc recte fit, si qua parte legislator universaliter loquendo defecit, defectus emendetur. Quod ipse quoque legislator dicat, si adsit: et si sciat, lege constituat. Atque haec (inquit) est boni et aequi natura, emendatio nimirum legis, qua parte deficit ob universale. Potuitne summus philosophus dispensationis tempora, rectitudinem, necessitatem, et ipsam quasi naturam apertius explicare? ».

<sup>(82)</sup> *Op. cit.*, lib. II, p. 14: « Tanta est enim rerum humanarum varietas, ut verissime dictum sit, plura esse negotia, quam non modo leges, sed etiam vocabula ».

<sup>(83)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. II, p. 13, dans la ligne de SAINT THOMAS, *S. Th. Ia-IIae*, qu. 94, art. 5.

<sup>(84)</sup> SEPÚLVEDA, cf. *op. cit.*, lib. II, p. 26: « Mens enim praecipientis, hoc est

L'infinie variété de la vie quotidienne nous lançant ainsi d'elle-même dans des circonstances qui requièrent une application différenciée des lois naturelles et divines, c'est au premier chef à ceux qui ont charge des communautés humaines qu'incombe la mission de cette application différenciée, selon les règles d'une prudente interprétation <sup>(85)</sup>. La démonstration de la mutabilité de la plupart des lois naturelles et divines « ex parte objecti » permet ainsi à Sepúlveda d'amorcer celle de la nécessité de leur interprétation et par voie de conséquence celle de la légitimité de leur dispense.

Cette démonstration, qui culmine dans l'affirmation du pouvoir du Pape de dispenser de la plupart des lois divines, prend pour point de départ la constatation, déjà faite par Platon et Aristote, de la nécessité pour les Souverains de veiller à une judicieuse interprétation des lois en vue de leur application différenciée selon les circonstances des cas d'espèce <sup>(86)</sup>: « Il est nécessaire, et non seulement utile, souligne à cet égard Sepúlveda, pour l'exercice de la justice et le gouvernement de la vie des hommes que le Prince ou le Roi soit le maître des lois ... et, puisqu'il lui appartient de les édicter, il lui revient également d'en dispenser, lorsque les mêmes circonstances l'exigent » <sup>(87)</sup>. L'argument ne touche pas seulement les lois civiles, mais également les lois naturelles, que les Souverains temporels ont compétence de modifier, par mode d'adjonction sous forme de lois écrites, ou tout simplement d'interpréter. Et Sepúlveda précise pour ceux qui verraient là une atteinte portée aux lois naturelles qu'« il ne s'agit pas d'aller contre la nature, mais

---

ratio naturalis, quae legem illam mentibus hominum impressit, semper voluit observari, praeterquam cum ipsum reddere constet in magna repetentis aut etiam reipublicae iacturam recidere, aut quiddam huic simile accidat. Ac eodem modo licet de caeteris statuere ».

<sup>(85)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. II, p. 13: « pontificiae potestatis, regiaeque facultatis est (...) huiusmodi naturae leges, non abrogare, aut invertere (...) sed prudenti quapiam interpretatione temperando aliquid in eas, pro sua prudentia publice vel in singulorum causis constituere ».

<sup>(86)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. II, p. 2-3 ss.

<sup>(87)</sup> *Ibid.*: « Necessè est, non solum utile, ad iustitiam colendam, et vitam hominum moderandam, ut princeps rexque prudens legibus dominetur (...) quoniam leges condere, easdemque cum res poscit, dispensationibus remittere, munus esse diximus, principum ac regum dignitatis... ».

bien plutôt de la soustraire à la sottise des esprits bornés et à la chicane des esprits fourbes »<sup>(88)</sup>. Nulle part sans doute le dynamisme de sa conception de la loi naturelle, si proche de celle d'un de Soto<sup>(89)</sup>, n'éclate avec plus d'évidence que lorsqu'il ajoute: « c'est par une intervention de cet ordre que la loi naturelle peut trouver sa perfection »<sup>(90)</sup>.

Au nombre des attributions des législateurs temporels, l'interprétation et la dispense des lois naturelles relèvent a fortiori pour Sepúlveda des compétences du Souverain Pontife, auquel le Christ a remis les clefs du Royaume des Cieux et qu'il a établi au-dessus de tous les Princes pour diriger son Eglise. Les raisons que donne Sepúlveda du pouvoir de dispense du Souverain Pontife sur les lois naturelles ne tiennent cependant pas seulement à sa haute conception de l'autorité pontificale. Elles tiennent aussi à sa philosophie des lois naturelles. « Puisque le caractère d'un certain nombre de lois naturelles est tel, écrit-il à ce propos, qu'elles ne s'imposent pas en tout temps et à tous les hommes, il n'y a rien d'étonnant à ce qu'elles tombent en certaines circonstances au pouvoir du Pape. Non pour qu'il légifère en sens contraire ou qu'il abroge certaines d'entre elles (ce serait en effet aller contre la nature, ce qui ne peut se faire), mais pour que, selon les circonstances dont nous parlions, il en excepte par voie d'interprétation ou, comme nous l'appelons, par voie de dispense »<sup>(91)</sup>.

S'étendant à la plus grande partie du Droit naturel, le pouvoir de dispense du Pape porte encore, en raison directe cette fois-ci de l'éminence de son autorité qui le distingue des Souverains temporels, sur la plupart des lois divines. A l'exception des lois consignées

---

<sup>(88)</sup> *Op. cit.*, lib. II, p. 13: « Hoc tamen non fuerit repugnare naturae, sed ipsam potius a caecarum mentium stultitia, aut versutarum calumniis vindicare ».

<sup>(89)</sup> Cf. DE SOTO, *op. cit. loc. cit.*

<sup>(90)</sup> SEPÚLVEDA, *op. cit. loc. cit.*: « ... huiusmodi additamento sic perfici posset lex naturalis ».

<sup>(91)</sup> *Op. cit.*, lib. II, p. 15: « Cum igitur quarundam legum naturalium ea conditio sit, ut non omnibus temporibus hominibusque conveniant, nihil mirum est, si eis quoque, cum talia tempora incidunt, potestas pontificia dominetur. Non ut agat in diversum contrariam legem statuendo, aut illarum quampiam abrogando (hoc enim esset naturam, quod fieri non potest, invertere), sed ut temporibus, qualia diximus, incidentibus quem oportuerit a lege naturae publica, interpretatione, quam dispensationem vocamus excipiat ».

dans les Saintes Ecritures et qui ont trait à la Révélation, à la propagation de la foi, aux sacrements et au culte divin <sup>(92)</sup>, toutes les lois divines — et par conséquent toutes celles qui touchent à la conduite humaine, des préceptes du Lévitique aux commandements de la deuxième Table du Décalogue — tombent pour Sepúlveda sous l'autorité du Souverain Pontife. « Il y a donc peu de lois dans l'Ecriture Sainte, souligne-t-il, dont le Vicaire du Christ ne semble pouvoir dispenser » <sup>(93)</sup>.

L'auteur du « De Ritu nuptiarum et dispensatione » ne se hasarde pas ici à vrai dire en terre inconnue, mais il marche directement sur les traces des plus éminents Décrétalistes et des plus grands Papes, s'autorisant à la fois de la doctrine et de la pratique canoniques. En affirmant l'extension du pouvoir pontifical de dispense à la plupart des lois divines contenues dans les Livres Saints, Sepúlveda peut invoquer en effet — et il ne manque pas de le faire — les thèses d'Innocent IV, d'Henri de Suse, de Vincent d'Espagne, de Jean d'André et de Pierre d'Ancharrano, pour rejoindre plus près de lui les positions ultramontanistes d'un Nicolas de Tudeschis <sup>(94)</sup>. Mais il peut aussi se réclamer de la pratique pontificale, notamment d'Innocent III, et de son affirmation expresse des fondements divins et non humains de son pouvoir de dispense des lois divines et naturelles <sup>(95)</sup>. C'est ainsi à sa suite que Sepúlveda déclare, en conclusion, que le pouvoir de dispenser des lois divines ou naturelles étant réservé en principe au seul jugement de Dieu, il faut comprendre que c'est Dieu qui tranche lorsque le Souverain Pontife se prononce <sup>(96)</sup>.

Procédant de Dieu même, est-ce à dire pour autant que le pouvoir pontifical de dispense des lois divines soit arbitraire comme les décrets du Dieu des théologiens volontaristes? C'est là toute

<sup>(92)</sup> *Op. cit.*, lib. II, p. 19: « ... praeter eas, quibus de fide et sacramentorum virtute, rebusque divinis aliquid sancitur ».

<sup>(93)</sup> *Ibid.*: « ... paucae admodum leges sunt in scriptura sacra, quae vicarii Christi dispensationem non admissurae videantur ».

<sup>(94)</sup> *Ibid.* Voir à ce sujet J. BRYS, *op. cit.*, p. 202 ss.

<sup>(95)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 22-23.

<sup>(96)</sup> *Ibid.*: « Legum igitur sive naturalium, sive divinarum defectus et modamina solius dei iudicio et potestati reservari verissime dicas, si quod Christi vicarii iudicio et autoritate decernitur, id iudice authoreque deo intelligas definiri ».

la problématique de la détermination de la cause de la dispense qui retient encore Sepúlveda dans les dernières pages de ce deuxième livre. Elle nous révèle un dernier aspect de sa philosophie juridique qui nous permet de mieux mesurer toute la portée de sa valorisation de l'autorité du Souverain Pontife dans l'interprétation et la dispense des lois divines et naturelles.

Tributaire de la tradition des canonistes, en particulier des Décrétalistes à qui revient le mérite d'avoir précisé les caractères propres de la cause requise pour la dispense par leur théorie de la « juste cause »<sup>(97)</sup>, mais aussi redevable à Saint Thomas de sa doctrine extrêmement large à cet égard<sup>(98)</sup>, Sepúlveda adopte pour critère de la légitimité de la cause de dispense la « ratio legis »<sup>(99)</sup>. Résultat de son assimilation de la notion de dispense à celle d'interprétation de la loi, l'adoption de ce critère l'amène à exiger dans la ligne des Décrétalistes et de Saint Thomas, sous le couvert de « juste cause » de dispense, une cause proportionnée à l'importance de la loi en question<sup>(100)</sup>. « Plus une loi a de rectitude et d'autorité, plus importante doit être la cause requise pour en dispenser »<sup>(101)</sup>. Ainsi pour les lois purement positives, qui ne dépendent que de la volonté d'un législateur humain, une cause mineure suffit. Tout au contraire les lois divines et les lois naturelles ne sauraient faire

---

<sup>(97)</sup> Cf. J. BRYs, *op. cit.*, p. 188, qui met à cet égard en évidence l'apport de Tancrède, d'Henri de Suse et de Guillaume Durand de Mende, n. 5 à 7.

<sup>(98)</sup> Cf. S. Th. *Ia-IIae*, qu. 97, art. 4: « Non debet fieri in praejudicium boni communis; sed ea intentione ut ad bonum commune proficiat ». Voir à ce propos les remarques fort judicieuses de J. BRYs, *op. cit.*, p. 263.

<sup>(99)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. II, p. 11: « ... equidem non intelligo, cur de omnibus, quarum est eadem ratio, non sit eodem modo statuendum: putandumque nullam esse omnino legem, qua de rebus homini agendis, quidquam non communissimo seu primo principio sancitur, sive ea naturae sit, sive iuris divini: de caeteris enim nihil, ut video, dubitatur, quin cadat aliquo modo in summi pontificis potestatem ».

<sup>(100)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. II, p. 39-40: « Sed quanquam ad omnem dispensationem necessitas vel utilitas desideretur, ut ipsius definitio, quam exposuimus supra declarat non tamen ubique paria necessitatis commoditatisve momenta requiruntur ». A propos de la doctrine des Décrétalistes en la matière, cf. J. BRYs, *op. cit.*, p. 189: « Causam exigunt proportionatam momento legis ».

<sup>(101)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit. loc. cit.*: « ... quo lex quaeque plus habet rectitudinis et autoritatis, hoc maiorem causam in dispensatione requirit ».

l'objet de dispense sans une cause grave <sup>(102)</sup>. Ce peut être l'intérêt de l'Eglise, le bien de la paix ou le raffermissement des liens d'amitié entre chrétiens comme il ressort de la doctrine et de la pratique canoniques <sup>(103)</sup>, mais Sepúlveda n'entre pas ici dans l'explicitation du sens concret de « juste cause » et des limites objectives qu'elle pose au titulaire du pouvoir de dispenser. La valorisation de l'autorité du Souverain Pontife en ce domaine n'en prend que plus de relief. Aussi reviendrons-nous sur sa signification en cherchant à dégager la portée du « De Ritu nuptiarum » dans l'histoire du Droit privé moderne. Auparavant il nous faut encore présenter brièvement la dernière partie de l'opuscule.

Fort de sa démonstration de la légitimité du pouvoir de dispense du Pape et de son extension à la plupart des lois divines et naturelles, Sepúlveda traite dans le troisième livre du « De Ritu nuptiarum » — qui fait véritablement pendant au premier — des dispenses dont peuvent faire l'objet de la part du Souverain Pontife les différents empêchements de mariage, pour formuler en conclusion sa prise de position personnelle dans le débat relatif à la validité du mariage d'Henry VIII.

Revenant ainsi sur la plupart des empêchements qu'il avait passés en revue dans la première partie, il commence par s'arrêter à ceux dont ni le Pape, ni aucune autorité humaine ne peuvent dispenser, parce qu'ils tiennent à la substance même ou à la matière du mariage: l'absence de consentement résultant de la violence ou de la crainte et l'erreur sur la personne. Puis il passe à l'étude de tous ceux qui peuvent faire l'objet de dispense et qui l'ont fait au vu de la pratique pontificale, comme l'erreur sur la condition, l'engagement dans les ordres ou dans les liens d'un précédent mariage, la consanguinité et l'alliance <sup>(104)</sup>. Soulignant l'étendue des compétences du Souverain Pontife à cet égard, telles qu'elles résultent de la doctrine et de la pratique et rappelant qu'elles portent non seulement sur les dispositions du Droit ecclésiastique, mais encore sur la plupart des lois divines et naturelles, il se voue plus particulière-

<sup>(102)</sup> Ibid.

<sup>(103)</sup> Cf. à ce sujet J. DAUVILLIER, *Le mariage dans le Droit classique de l'Eglise*, Paris, 1933, p. 235 pour la doctrine et p. 237-238 pour la pratique canonique de la dispense.

<sup>(104)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. III, pp. 1-4.

ment à la problématique des dispenses des empêchements de consanguinité et d'affinité.

Reprenant à ce propos la différenciation qu'il avait établie dans le premier livre à la suite de Duns Scot entre la nature juridique des empêchements de consanguinité en ligne directe et celle de tous les autres empêchements de parenté et d'alliance <sup>(105)</sup>, il réaffirme que seuls les premiers sont de Droit naturel, les seconds — à l'origine de Droit divin — n'étant plus sous le régime de la Nouvelle Alliance que de Droit ecclésiastique positif. Mais les uns et les autres, à des degrés divers et en fonction d'urgences différentes, lui paraissent également susceptibles de dispenses. Invoquant ainsi les dispenses mêmes accordées par Dieu dans l'Ancien Testament au lendemain du Déluge aux enfants de Noé, il ne voit pas pourquoi en cas de nécessité, c'est-à-dire s'il en allait aussi de la survie du genre humain, le Souverain Pontife ne pourrait pas par voie de dispense permettre des mariages entre frères et soeurs. Bien plus, s'autorisant du cas des filles de Loth, il n'hésite pas à demander si le Pape ne pourrait pas admettre dans une telle extrémité un mariage entre un père et sa fille, voire entre une mère et son fils. Car il en irait alors de rien moins que de la « ratio legis » même de la loi naturelle qui nous prescrit le mariage en vue de la propagation de l'espèce et à laquelle seule une union de cet ordre permettrait de répondre <sup>(106)</sup>.

La portée rhétorique de ces thèses saute aux yeux. S'il est au pouvoir du Souverain Pontife de dispenser des empêchements de consanguinité, à combien plus forte raison faudra-t-il lui reconnaître la compétence de dispenser des empêchements d'affinité. C'est ce qui appert pour Sepúlveda tant de la doctrine que de la pratique canoniques, les controverses relatives à l'étendue des compétences du Pape en matière d'empêchements de consanguinité

---

<sup>(105)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. I, p. 19-20, avec la référence au 1er Commentaire des Sentences du Docteur Subtil, IV. Sent., d. 40-41.

<sup>(106)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. III, p. 4: « Fac enim alluvione maxima, qualis Noe temporibus accidit, genus humanum praeter fratres et sorores pontificis periisse, negabisne tunc licere pontifici ut matrimonium fratribus cum sororibus dispensando permetteret? Ego vero haud scio an tunc vel patri cum filia, vel quod gravius est filio cum matre matrimonium permitti posset, si non aliter posset genus humanum reparari ».



cédant ici la place à un accord général parmi les canonistes, même les plus réticents d'entre eux à l'égard de l'autorité pontificale, comme Guillaume Durand de Mende, n'élevant alors aucune objection <sup>(107)</sup>. Le principe de la compétence du Souverain Pontife de dispenser des empêchements d'affinité à n'importe quel degré pour une juste cause ainsi démontré, c'est au bien-fondé de la dispense de l'empêchement d'affinité en ligne collatérale accordée en 1503 par Jules II pour le mariage d'Henry VIII avec Catherine d'Aragon que Sepúlveda consacre les dernières pages de son opuscule.

Résumant l'essentiel de son argumentation, ces pages représentent en fait une réfutation point par point de l'argumentation d'Henry VIII et de ses partisans. Celle-ci, on le sait, reposait principalement d'une part sur l'affirmation du caractère de Droit divin, d'autre part sur celle de l'indispensabilité des empêchements du Lévitique, au nombre desquels figurait la prohibition de l'union avec la femme de son frère que l'Ancien Testament frappait de stérilité <sup>(108)</sup>. Sans descendance mâle, en dépit de sept naissances successives, Henry VIII ne pouvait manquer d'être impressionné par cette prohibition dont son mariage illustre à la fois la violation et la sanction <sup>(109)</sup>. N'ayant pas à entrer dans ces considérations de psychologie religieuse, Sepúlveda s'était contenté jusqu'alors de soutenir d'une part, dans la ligne scotiste, le caractère de Droit

---

<sup>(107)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. III, p. 5-7: « Porro si consanguinitatis impedimenta, quominus obstant matrimoniis pontificia dispensatione remitti possunt, quanto magis huic locus erit in affinitate? (...) Nam cum de legibus complures uxores et consanguineorum matrimonia vetantibus inter iuris pontificii consultos, sit nonnulla controversia, de affinitatis, praesertim obliquae, legibus magnus est omnium prope modum consensus. Qui enim severissime pontificiae potestati resistunt quorum princeps est Speculator, cum omnia colligant, id quibus pontificiae dispensationi locum esse negent, de affinitate nullam omnino mentionem faciunt ».

<sup>(108)</sup> Cf. Lévi. XVIII-16 et surtout XX-21 avec la sanction de la stérilité. A propos de la place capitale de ces références scripturaires dans l'argumentation d'Henry VIII et des problèmes posés par leur confrontation directe avec les préceptes du Deutéronome sur le lévirat (Deut. XXV-5), cf. l'excellent exposé de SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 163 ss. et plus particulièrement p. 194-195.

<sup>(109)</sup> Cf. POLLARD, *op. cit.*, p. 143; CONSTANT, *op. cit.*, p. 23 et les références de la n. 47, p. 343-344; HACKETT, *op. cit.*, p. 228-229 et SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 150-152.

positif ecclésiastique des empêchements d'affinité, d'autre part l'extension du pouvoir de dispense du Souverain Pontife jusqu'aux dispositions de Droit divin. « Ultima ratio » du débat, cette dernière thèse mettait en fait déjà Henry VIII au pied du mur en l'obligeant à reconnaître sinon le caractère de Droit ecclésiastique des empêchements d'affinité, en tout cas la compétence du Pape d'en dispenser.

Revenant dans sa conclusion sur son affirmation du caractère purement ecclésiastique des empêchements d'affinité du Lévitique, Sepúlveda tient à en faire la démonstration, tout au moins en ce qui concerne l'union avec la femme du frère. C'est ainsi qu'il établit que la prohibition ne vise que le mariage du vivant du frère ou avec la veuve qui a des enfants de ce dernier, non l'union avec la veuve sans enfants, puisqu'une telle union fait précisément l'objet d'un commandement expresse du Deutéronome: l'institution du lévirat <sup>(110)</sup>. Invoquant la postériorité du Deutéronome par rapport au Lévitique et la conclusion qui s'impose quant à l'impérativité de ses préceptes en vertu de la règle « *lex posterior derogat priori* », Sepúlveda n'a pas de peine à prouver par ailleurs la pratique générale du lévirat dans les conditions prescrites par le Deutéronome, non seulement tout au long de l'histoire biblique, mais encore de son temps en se référant à l'usage constant de la communauté juive de Rome, selon les indications que viennent de lui donner dans l'année même certains de ses rabbins <sup>(111)</sup>. En ce qui concerne la tradition chrétienne, il n'a pas plus de peine, sinon à faire la démonstration de la légitimité du lévirat, reconnue pourtant par Saint Augustin, en tout cas à montrer, ainsi que nous l'avons vu, comment la prohibition qui le frappe est devenu une disposition de Droit ecclésiastique positif, susceptible de dispense,

---

<sup>(110)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. III, p. 8 et son opposition des préceptes du Deutéronome (XXV-5) à ceux du Lévitique (XVIII-16).

<sup>(111)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. III, p. 9: « Quo in loco quanquam supervacaneum fortasse videatur in re aperta testibus uti non necessariis, citare tamen possem synagogae Iudaeorum testimonium, quae praeceptum illud hactenus observat religiose. Ut nuper Romae a Iudaeorum legis peritissimis perquirendo didicimus. Qui hoc ipso anno in eadem urbe, testati sunt usu venisse ut ipsorum quidam dimissam a fratre sine sobole uxorem duceret... ».

invoquant à l'appui autant l'autorité de Duns Scot et la doctrine des canonistes que la pratique pontificale <sup>(112)</sup>.

Mais l'argumentation d'Henry VIII portait encore sur un autre point que Sepúlveda tient à discuter: l'insuffisance de la cause de la dispense accordée en 1503 par Jules II <sup>(113)</sup>. L'argument était cependant spécieux. En contestant en effet l'appréciation portée par Jules II sur la nécessité de raffermir les liens entre l'Angleterre et l'Espagne au nom de la réalité historique, Henry VIII se hasar-dait sur un terrain peu sûr, rien n'étant plus commun dans la théorie comme dans la pratique canoniques que l'invocation comme cause de dispense de l'opportunité de renforcer l'amitié entre des Princes chrétiens. Sans doute les critères d'appréciation de cette opportunité pouvaient-ils prêter à discussion; mais ils touchaient, trop près à l'exercice du pouvoir de dispense pontifical pour être laissés au jugement des diplomates ou des Souverains temporels. Aussi Sepúlveda ne se fait-il pas faute de rejeter également ce point de l'argumentation d'Henry VIII, révélant de manière significative la portée de sa conception extrêmement large du critère de légitimité de la cause de dispense.

S'en prenant ainsi dans sa péroration aux mauvais conseillers du Roi d'Angleterre qui profitent de sa profonde religiosité pour éveiller ses scrupules quant à la validité de son mariage avec Catherine d'Aragon et qui n'hésitent pas à contester à propos de la conclusion de ce dernier le pouvoir de dispense du Souverain Pontife, il commence par relever la contradiction qu'il y aurait à dénier Jules II la compétence reconnue dans la tradition canonique à Innocent III à l'égard des Livoniens <sup>(114)</sup>. Car si l'on admet le seul

<sup>(112)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. III, p. 10-11 avec les références à DUNS SCOT, *op. cit. loc. cit.* et aux décrétales d'Innocent III, plus particulièrement à la Bulle « Deus qui Ecclesiam », adressée à l'Evêque de Riga et reconnaissant la validité du lévirat pour les Livoniens récemment convertis et habitués à cette institution, dans la mesure où celle-ci était conforme aux prescriptions mosaïques. Voir à ce propos G. H. JOYCE, *Die christliche Ehe*, Leipzig, 1934, p. 461, ainsi que SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 178-179.

<sup>(113)</sup> Cf. EHSER, *op. cit.*, p. XXXI-XXXII ss.; MACKIE, *op. cit.*, p. 327, et surtout SCARISBRICK, *op. cit.*, p. 180-181 ss.

<sup>(114)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. III, p. 11-12.

impératif de l'extension de la foi chrétienne comme cause suffisante de dispense pour autoriser d'obscures unions entre membres de tribus baltes récemment converties, comment nier le bien-fondé d'une dispense accordée pour un mariage entre princes chrétiens des plus illustres familles d'Europe, destiné précisément à l'aplanissement des conflits et au renforcement de la paix au sein de la chrétienté <sup>(116)</sup>? Ce n'est pas tant cependant en fonction du bien commun de l'Eglise et de la chrétienté que se détermine pour Sepúlveda la légitimité d'une cause de dispense <sup>(116)</sup>; c'est avant tout, nous l'avons dit, en fonction de la « ratio legis ». La cause de la dispense accordée par Jules II constitue à cet égard un excellent exemple. Car si la raison de la loi prohibant les mariages entre consanguins ou alliés réside dans le renforcement des liens de bienveillance et d'amour entre les hommes, qu'y a-t-il qui lui soit plus conforme qu'une dispense pour rapprocher deux grandes familles régnantes <sup>(117)</sup>? Par là, dans la ligne de son assimilation de la dispense à la notion générale d'interprétation de la loi, Sepúlveda illustre concrètement sa conception de la « ratio legis » comme critère de légitimité de la cause de dispense. En s'en remettant néanmoins pour son appréciation en matière de lois divines ou naturelles au seul interprète autorisé qu'est le Souverain Pontife, il ne peut que souligner la subordination de la *raison* au *pouvoir* pontifical, partant la valorisation de l'autorité du Pape, par ailleurs déjà si marquée dans sa pensée.

D'un ultramontanisme caractérisé, la prise de position personnelle de Sepúlveda dans le grand débat européen relatif à la validité du mariage d'Henry VIII, qui clôt le dernier livre de notre opuscule, culmine enfin significativement dans un appel au Pape,

---

<sup>(116)</sup> Cf. *op. cit. loc. cit.*: « Iustae causae subesse debent et ad reipublicae bonum pertinentes: quae iustior esse potest, aut magis e republica quam principum christianorum concordia, et pax inter magna regna? ».

<sup>(116)</sup> Cf. ci-dessus, p. 431-432.

<sup>(117)</sup> Cf. SEPÚLVEDA, *op. cit.*, lib. III, p. 12-13: « Si enim ut consanguineorum, sic affinium matrimonia benevolentiae inter homines conciliandae ac dilatandae gratia (quemadmodum testatur Augustinus) legibus prohibentur, qua iustius quam amicitiae et necessitudinis causa praeter leges republica poscente dispensando permitti possunt, cum utroque modo eadem commoditas contingat? ».

pour qu'il interdise les disputes publiques à ce sujet, de nature à troubler la paix religieuse du monde chrétien <sup>(118)</sup>.

Parvenant au terme de notre étude du « *De Ritu nuptiarum* », il nous faut maintenant tenter d'en dégager sommairement la portée.

Placé à un tournant de l'histoire de l'Eglise comme il le sera quelques années plus tard à l'un des tournants de l'histoire de l'humanité avec la conquête du continent sud-américain, Sepúlveda réagit de la même manière. De même qu'il se fera, dans le débat relatif aux fondements juridiques de la conquête du Nouveau-Monde, le héraut de l'impérialisme espagnol au nom de la mission civilisatrice de la chrétienté, de même il se pose en 1531, face à la remise en cause de la validité du mariage d'Henry VIII et face aux tendances centrifuges qui se manifestent à cette occasion en Angleterre, en champion de l'ultramontanisme, exaltant l'autorité pontificale pour mieux sauvegarder l'institution du mariage et l'unité de la chrétienté. C'est paradoxalement, à notre sens, cette attitude fidèle à la tradition médiévale de l'augustinisme politique qui confèrera à la portée des thèses de son « *De Ritu nuptiarum* » une certaine modernité dans l'histoire du Droit privé européen.

Conscient du caractère limité de cet apport de Sepúlveda au sein de la Seconde Scolastique, nous croyons qu'il intéresse cependant d'une part l'histoire du Droit matrimonial, d'autre part l'histoire de la pensée juridique.

En ce qui concerne l'histoire du Droit matrimonial, sans verser dans la « philogamie » érasmienne <sup>(119)</sup> ou dans l'antimonachisme luthérien <sup>(120)</sup>, Sepúlveda nous paraît tout d'abord contribuer, parallèlement à l'Ecole de Salamanque et dans la ligne thomiste illustrée par son Fondateur <sup>(121)</sup>, à une certaine remise en évidence

<sup>(118)</sup> Cf. *op. cit.*, lib. III, p. 15: « ... illud ausim fortiter asseverare etiam si initio non satis magna causa fuisset pontifici, quam vel maximam fuisse probavimus, in hac regia causa dispensandi, nunc summam esse non solum ad matrimonium confirmandum, sed etiam poenis ecclesiasticis, quae maxime proponi solent, interdicens, ne quis amplius huius causae agitatione, aut hac quaestione disserenda publicam Christianorum pacem sollicitaret ».

<sup>(119)</sup> Cf. à ce propos E. V. TELLE, *op. cit.*, p. 6 et surtout p. 459 ss.

<sup>(120)</sup> Rappelons que le « *De captivitate babylonica* » est de 1520.

<sup>(121)</sup> Cf. VITORIA, *op. cit. loc. cit.*, qu. 2.

du rôle socio-politique de l'institution même du mariage sur la base de la Politique et de la Morale aristotéliennes, qui forme « mutatis mutandis » le pendant catholique des tendances contemporaines de la Réforme protestante. Dans la même perspective, l'auteur du « De Ritu nuptiarum et dispensatione » nous semble surtout assouplir l'exogamisme traditionnel du Droit matrimonial occidental en relativisant considérablement l'importance des empêchements de parenté et d'alliance. Mais là encore, loin de s'en prendre aux empêchements eux-mêmes comme le font alors les Réformateurs, Luther en tête, en raison de leur origine ecclésiastique, il le fait en accentuant au contraire, d'une part leur caractère de Droit ecclésiastique positif, d'autre part l'étendue du pouvoir pontifical d'en dispenser.

Cette valorisation du pouvoir pontifical, qui va de pair avec la relativisation des fondements naturels des empêchements de mariage, nous amène à mettre en évidence un autre aspect de l'intérêt que présente à notre sens le « De Ritu nuptiarum » pour l'histoire du Droit privé moderne. Il concerne cette fois-ci la pensée juridique elle-même.

Rappelons à cet égard les thèses défendues par Sepúlveda: d'une part, la nature juridique spécifique des empêchements de parenté et d'alliance, réduits pour la plupart à des empêchements de Droit ecclésiastique positif; d'autre part, l'extension du pouvoir pontifical en la matière jusqu'à la compétence de dispenser des empêchements de Droit naturel entre consanguins; enfin une conception très large de la juste cause de dispense laissée à l'appréciation du Pape. Toutes ces thèses ne marquent pas seulement un certain affranchissement du Souverain Pontife par rapport aux lois divines et naturelles dans une perspective ultramontaniste qui trouvera son aboutissement théologique dans les décrets du Ier Concile du Vatican. Elles préparent surtout, nous semble-t-il, — et c'est en quoi elle intéressent, croyons-nous, l'histoire de la pensée juridique — la voie à l'absolutisme législatif des codifications modernes, conformément à l'interdépendance évoquée hier encore par le professeur Villey entre théologie et jurisprudence. Tout comme la défense de l'impérialisme espagnol, sous le couvert de la mission civilisatrice et de la diffusion de la foi chrétienne dans la ligne augustiniste, jettera les bases de l'impérialisme moderne, de même

l'exaltation du Droit ecclésiastique positif et de l'autorité pontificale en matière d'empêchements de mariage et de dispenses au détriment du Droit naturel mènera paradoxalement à l'absolutisme de la loi et aux grandes révolutions des Droits modernes de la famille. En opposant aux arguments d'Henry VIII relatifs aux fondements divins et à l'indispensabilité des empêchements d'alliance des thèses aussi radicales que celles de Duns Scot sur le caractère juridique positif de ces empêchements et celles des grands Décretalistes sur l'étendue du pouvoir pontifical de dispense, Sepúlveda ralliait apparemment les positions les plus réactionnaires comme celles du Panormitain. Il ne pouvait se révéler en fait plus révolutionnaire pour l'avenir.

JOAQUÍN DE AZCÁRRAGA

BALTHASAR GOMEZ DE AMESCUA:  
«TRACTATUS DE POTESTATE IN SE IPSUM»

El «Tractatus de Potestate in se ipsum» es una sistemática exposición de la doctrina civil (romana) canónica y teológica sobre el tema que el propio título de la obra indica; la facultad de disponer de la propia persona.

Gómez de Amescua fue un jurista toledano que desempeñó diversos cargos. De él dice Nicolás Antonio: «Toletanus ut credo, jurisconsultus et inter togatos, qui Neapoli Patrimonio Regio invigilant, senator, demum adsumptus in proregis Siciliae consultorem obiisse dicitur relicto ad posterorum usum: De Potestate in seipsum Tractatu. Panhormi apud Societatem in folio» (1). En su condición de jurista Gómez de Amescua había recibido la formación romanística y canónica propia de la época, pero al mismo tiempo influyeron en él los autores españoles que se engloban bajo la denominación «escolástica española». De aquí que nos haya parecido interesante hacer una breve presentación de esta obra en la que se manifiesta, una vez más, la trascendental aportación de nuestros autores a la formación del Derecho moderno.

De la obra conocemos dos ediciones, la citada por Nicolás Antonio (Panormi 1604) y una posterior (Mediolani 1609) en la que no se introdujeron modificaciones de ninguna clase. Respecto a su estructura, el tratado está dividido en dos Libros subdivididos a su vez en capítulos, y estos en cuestiones.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL DEL TEMA.

Los cuatro primeros capítulos del Libro I, están dedicados a plantear el problema del poder sobre la persona de uno mismo

---

(1) NICOLÁS ANTONIO, *Bibliotheca Hispana Nova sive Hispanorum scriptorum qui ab anno MD ad MDCLXXXIV florere Notitia*, Madrid 1783.



en términos generales, y en el resto del tratado examina el autor los puntos concretos en que este poder se manifiesta.

En el primer capítulo, que lleva por título: « Quibus iuribus, quibusve rationibus vulgo persuasum sit, neminem sui corporis potestatem habere », el autor señala que uno de los axiomas más frecuentemente creídos por el vulgo es el que afirma que nadie es dueño de sus miembros, axioma cuyo origen hay que buscar en el fragmento de *Ulpiano* incorporado por Justiniano al Digesto en la 'lex homo 13 ff. ad legem Aquiliam' que dice: « Liber homo suo nomine utilem Aquiliae habet actionem: directam enim non habet, quoniam dominus membrorum suorum nemo videtur » (2). De donde se ha deducido que nadie tiene poder sobre su cuerpo, palabras que se han convertido en regla constante. En el mismo sentido se alegan otros textos tomados del C.I.C. (3).

A estos argumentos del Derecho Civil añade Gómez de Amescua los tomados del Derecho Divino y Canónico, en los que se manifiesta repetidas veces que nadie puede lícitamente darse muerte, afirmándose en consecuencia que nadie tiene poder sobre sí mismo.

Los Teólogos, basándose en estos argumentos, concluyen por afirmar que el hombre no es dueño de su vida. Así *Sto. Tomás* (I. 2. quaest. 73 art. 9 ad 2), *Soto*: « Non solum homo vero nec Respublica nec Princeps absolutum habet dominum vitae subditorum, sed solus Deus » (4). *Gregorio de Valencia*: « Tertia ratio ducitur ex consideratione hominis, ut is non est suae vitae dominus, sed res quaedam Dei, qui est Dominus vitae et mortis hominum iuxta illud Deut. 32 'ego occidam et ego vivere faciam' » (5). Tertia eiusdem generis quaestio est, utrum homo sit dominus propriae vitae et membrorum? *Franciscus Victoria* in Relectione de hom. num. 23 et *Sotus* lib. 4 de Iustitia, qu. 2 artic. 3 et *Caetanus* infra quaest. 73 art. 2 et alii comuniter negant esse dominum. Fundamentum huius sententiae est primo in Scriptura,

(2) D. 9, 2, 13, pr.

(3) Cfr. D. 49, 16, 6, 7; D. 4, 35, 21; D. 35, 1, 36; D. 48, 8, 4.

(4) DOMINGO DE SOTO, *De iustitia et iure*, (Madrid 1967) Lib. 4, q. 2, art. 3.

(5) GREGORIO DE VALENCIA, *Commentariorum Theologicorum. Tomi III* (Lugduni 1603), Tomo 3, disp. 5, q. 8, punct. 2.

significante Deum esse dominum vitae et mortis. Sap. 16 et Deut. 32. Deinde quia homo non potest se occidere » (6).

*Pedro de Aragón:* « His tamen non obstantibus ad explicationem difficultatis sit prima conclusio. Homo nec membrorum nec vitae corporalis est proprie dominus. Ex quo infertur, quod nec membra, nec vitam corporalem potest pretio vendere, aut illa pro pecuniis commutare. Primum probatur ex lege liber homo ff. ad legem Aquiliam ubi expresse dicitur: neminem esse dominum suorum membrorum » (7). « At vero propriae vitae, aut propriis corporis non est ita dominus, sed solus Deus est, quia vita et mortis habet dominum » (8).

Todo ello es resumido por Gómez de Amescua en los siguientes tres puntos:

1) Que sólo Dios es dueño de la vida: « Ego occidam et ego vivere faciam » (9). « Tu es Domine, qui vita et mortis habes potestatem et deducis ad portas mortis et reducis » (10).

2) Que se es dueño de lo que se puede adquirir, la vida no la puede nadie adquirir, porque es don de Dios, luego de ella no se es dueño.

3) El que es dueño de algo puede algunas veces consumirlo y gastarlo (11), nadie puede su vida consumir y perder, por tanto no es dueño de ella. Además, como señala *Molina* citando a Baldo: « eos, qui alienare non possunt, non posse veros ac perfectos dominos appellari » (12).

Señalados los argumentos en que se fundamenta la afirmación de que nadie tiene poder sobre sí mismo, inicia Gómez de Amescua el Capítulo II con unas palabras que, a nuestro juicio, constituyen el punto fundamental de su obra, y que por ello transcribimos: « Caeterum inveterata scribentium persuasio non me terret, quin

(6) ID., tomo 3, disp. 5, q. 10, punct. 1.

(7) PEDRO DE ARAGÓN, *In secundam secundae Divi Thomae commentarium. De iustitia et iure* (Lugduni 1596), q. 62.

(8) ID., q. 64, art. 5, ad 2.

(9) *Deuter*, 32, 39.

(10) *Sab.*, 16, 13.

(11) Cfr. C. 4, 35, 21; D. 5, 3, 25, 11.

(12) MOLINA LUIS, *De Hispanorum primogeniis* (Coloniae 1603), Lib. 1, cap. 19, núm. 1.

audeam e tenebris vindicare veritatem, et longo velut postliminio in proprias sedes restituere. Etenim qui absolute constituunt, neminem in se ipsum potestatem habere, regulam proponentes negativam: efficiunt, ut praeter casus in iure expressos, caetera non liceant. Cum e contrario dicendum sit, omnia hominibus in seipsos licere, quae expressum prohibita a iure non sunt: constituendo regulam affirmativam ». A esta conclusion llega el autor partiendo de la definición de libertad de *Florentino* recogida por Justiniano en el Digesto: « Libertas est naturalis facultas eius quod cuique facere libet nisi si quid vi aut iure prohibetur » (13), y que mas tarde influirá en la ley 1 del título 22 de la Partida 4 que dice: « Libertad es, poderio que ha todo ome naturalmente, de fazer lo que quisiere; solo, que fuerça, o derecho de la ley, o de fuero no gelo embargue ». Asi pues, concluye Gómez de Amescua; obran contra la libertad los que niegan tal facultad a sí mismos.

Junto con los argumentos de las leyes romanas y regias hay que considerar también los argumentos de los Teólogos, y en primer lugar las palabras de *Sto. Tomás*: « Ad tertium dicendum, quod homo constituitur dominus sui ipsius per liberum arbitrium: et ideo licite potest homo de se ipso disponere, quantum ad ea, quae pertinent ad hanc vitam, quae hominis libero arbitrio regitur: sed transitus de hac vita ad aliam vitam feliciorum non subiacet libero arbitrio hominis, sed potestati divinae » (14).

De estas palabras deducen los Teólogos las siguientes conclusiones. *Soto* (15) afirma que excepto en el tránsito de esta vida a la otra, en todo lo demás, es el hombre dueño de sí mismo. *Pedro de Aragón* distingue dos clases de bienes corporales. Unos son los que están por naturaleza encaminados a la conservación de la vida, es decir, aquellos de los que depende la vida humana, como la salud, la integridad de los miembros, etc. de los cuales el hombre no es dueño. Otros son los que por su naturaleza no están ordenados a la conservación de la vida ni de ellos depende la vida, como la belleza y otros similares, de estos segundos dice: « Et quidem de istis bonis corporalibus, a quibus vita non dependet, certum

(13) D. 1, 5, 4, pr.; *Inst.* 1, 3, 1.

(14) 2-2, q. 64, art. 5 ad 3.

(15) *Op. cit.*, lib. 4, q. 2, art. 3, conclus. 4.

est, quod est proprie homo illorum dominus, cum possit illa dispensare, sicut dispensat de pecuniis, et de aliis bonis temporalibus. Similiter etiam est certum, quod habet homo dominium proprii corporis, quantum ad aliquos ipsius usus » (16). *Gregorio de Valencia* defiende que el hombre es dueño de sus acciones porque las puede realizar, en virtud de su libre albedrío, en su provecho espiritual o temporal (17). *Miguel Salon* establece: « Homo dominus est tam usus suorum embrorum et potentiarum, quam eorum bonorum, quae pertinent ad ornamentum sui corporis, ut agilitatis, pulchritudinis, etc. » (18). Y el mismo autor en otro pasaje señala que aunque el hombre no puede tener dominio sobre la vida y sobre sus miembros, tiene sin embargo el dominio del uso y de los actos que puede ejercitar con aquellos.

De entre los juristas destaca el siguiente fragmento de *Ioannes de Imola*: « Nam etiam nemo est dominus sui ipsius, vel membrorum suorum, intellige, ut possit, quis dici habere ipsum dominium, prout habet in aliis rebus. L. liber homo ff. ad leg. Aquil. alias autem bene videtur esse dominus membrorum suorum, quod potestatem utendi illis ».

Y alega también los argumentos de Azpilcueta (Navarro) dice que si el hombre no puede ser dueño de su vida, es al menos guarda de ella, con poder para ofrecerla por Dios, por el Estado, y por cualquier acto de virtud (19). *Covarrubias* al tratar la cuestión de si la meretriz puede lícitamente recibir el precio afirma: « Deinde quamvis fornicatio prava sit, et iure divino vetita, ipsa tamen meretrix domina est sui corporis, et materia vendibilis est, ne que ipsa venditio actus venerei, illicita censetur » (20).

Examinados los distintos argumentos que se refieren en general al problema del poder sobre uno mismo, concluye Gómez de Amescua con estas palabras: « Itaque sive concludamus hominem esse sui ipsius dominum quantum ad ea, quae pertinent ad hanc

(16) q. 62.

(17) Tomo 3, disp. 5, q. 10, punct. 1.

(18) MICHAEL SALON, *Commentariorum in disputationem de iustitia* (Valentiae 1591), *tractatus de dominio*, q. 3, art. 3.

(19) DR. MARTINUS AZPILCUETA, *Manuale confessoriorum et poenitentium* (Roma 1573), cap. 15, núm. 11.

(20) *Regula peccatum*, part. 2, § 2, núm. 1, en *Opera Omnia*, Coloniae 1723.

vitam, non autem quoad trasitum de hac vita ad aliam, prout loquitur S. Thomas. Sive concludamus hominem habere dominium usus sui corporis et actionum suarum, non autem vitae, et membrorum, prout loquuntur recentiores Theologi.

« Sive concludamus unumquemque in seipsum habere dominium, et potestatem, ac facultatem de se arbitrio suo disponendi, praeterquam quo ad ea quae specialiter sunt per legem divinam, canonica, vel civilem prohibita: omnino in idem recidit.

« Effectus huius disputationis erit ne passim, et indistincte valeat argumentum, nemo est dominus membrorum suorum, ergo non potest hoc facere, vel illud, sed tantum in prohibitis, prout este se occidere, aut membrum abscindere. Quinimo valeat in contrarium, in se ipsum quis potestatem habet, ergo hoc, vel illud, quod nulla lege reperitur, prohibitum facere potest. Sed iam ad specialora descendamus ».

## II. CUESTIONES ESPECIALES.

### I. *No es lícito darse muerte a si mismo, ni amputarse los miembros.*

De los puntos concretos a que se refiere Gómez de Amescua, el primero y mas extensamente tratado, es el referente al suicidio y a la automutilación. Afirma que nadie puede darse muerte así mismo, basándose para ello en que los autores unánimemente afirman que el suicidio está prohibido por el Derecho Divino. En efecto, como ya quedó probado anteriormente, ningûn hombre es dueño de su vida, sino solo Dios, y por tanto, el hombre no puede disponer de ella, porque usurpa lo que es de Dios. Sobre ello *Vázquez de Menchaca* alega: « Res hominibus ad usum eorum esse concessas, vitam autem ad Dei gloriam et honorem, ideo eam proiicere non potest, qui alias potest », y mas adelante: « Est autem vita donum Dei. Quemadmodum ergo, quia hominum dona reiicit, iniuriam donanti facit: ita et qui vitam donum Dei proiicit, graviter in Deum delinquit » (21).

---

(21) FERNANDO VÁZQUEZ DE MENCHACA, *Controversiarum illustrium aliarumque usu frequentium libri tres* (Venetiis 1569), cap. 2.

Concluye Gómez de Amescua, citando a Ulpiano, que como el siervo que se mata ofende al dueño, así los hombres a Dios <sup>(22)</sup>.

Afirmada la ilicitud del suicidio examina a continuación algunas cuestiones con el relacionadas.

A) *El que se quita la vida peca contra las 7 virtudes.*

Peca contra la esperanza, como lo prueba el que el vulgo llame a los suicidas *desesperados*. Contra la caridad, como señalan *Sto. Tomás* <sup>(23)</sup> y *Vázquez de Menchaca* <sup>(24)</sup> entre otros. Contra la prudencia porque « neciamente para evitar el mal menor elige el mayor ». Peca contra la justicia, porque como dice *Covarrubias*: « Contra la justicia peca el suicida respecto de Dios, respecto del prójimo, respecto de sí mismo, y respecto del Estado » <sup>(25)</sup>. Respecto de Dios y del prójimo como lo prueban los argumentos de *Sto. Tomás* <sup>(26)</sup>, respecto del Estado y de Dios porque como afirma *Soto* <sup>(27)</sup>: « A nadie le es lícito darse la muerte a sí mismo; y quien hace lo contrario, se hace reo de gravísimo pecado. Ello se prueba por tres razones. La primera porque si se considera al hombre en sí mismo, quien a sí mismo se quita la vida, obra contra la natural inclinación y contra el amor que naturalmente a sí mismo se debe. La segunda porque si se le considera como parte de toda la Sociedad, está ordenado al bien de este todo, y por tanto como dice *Aristóteles*, quien a sí mismo se da muerte causa un perjuicio a la Sociedad. La tercera, porque si se le considera como obra de Dios, la vida humana es un dono de Dios, y por tanto Dios depende como posesión suya que es; y así, quien a sí mismo se mata, peca contra Dios, de quien es siervo, como peca quien usurpare una cosa ajena. Más acerca de la razón, debe tenerse en cuenta lo primero, la diferencia de que si al hombre lo consideran en absoluto en sí mismo, darse la muerte no es propiamente contra justicia, sino contra el amor que toda cosa se debe a sí misma. Pero si se considera como obra de Dios y como miembro de la

<sup>(22)</sup> D. 21, 1, 23, 2.

<sup>(23)</sup> 2-2, q. 64, art. 5, *in corpore*.

<sup>(24)</sup> *Ob. cit.*, cap. 2, núm. 3.

<sup>(25)</sup> *Variarum resolutionum*; ed. en *Opera omnia*, 1762, lib. 1, cap. 2, núm. 8.

<sup>(26)</sup> *Op. cit.*, lib. 5, q. 1, art. 4.

<sup>(27)</sup> *Ib.*, lib. 4, q. 2, art. 3, conclus. 2.

Sociedad, en este caso como se ordena a otros, con respecto a estos es injusto que se de la muerte ».

El suicida peca también contra la fortaleza porque « de cobardes es huir de las penalidades ».

B) « *Contra naturam* » es el suicidio.

Ulpiano en la l. peculium, § si ipse, ff. de peculio <sup>(28)</sup>, afirma que los esclavos pueden maltratar sus cuerpos. Esta ley, dice Gómez de Amescua, es falsa, como lo prueba el que todos los autores coinciden en afirmar que darse muerte a sí mismo es por naturaleza ilícito. Todos los autores siguen en este punto la opinión de Sto. Tomás <sup>(29)</sup>, pero es importante destacar las matizaciones que en este punto hace *Soto* al considerar que el hombre que se quita la vida obra contra la natural inclinación, dice: « no parece suficientemente lógica la deducción de que, siendo el homicidio un acto contra la propia inclinación natural, constituya un pecado mortal precisamente por eso. Porque no toda inclinación natural es buena, por el contrario alguna vez es obligación obrar en contra de ella ... Porque tiene el hombre dos inclinaciones y ambas naturales. Unas por razón del género y otra por razón de la especie. La primera de ellas es material y la segunda formal. Y además entre toda otra creatura corporal tiene de particular el hombre que después de la corrupción de la naturaleza estas inclinaciones son entre si contrarias. Porque como dijo S. Pablo, la carne apetece lo que es contrario al espíritu y el espíritu lo que es contrario a la carne. Pero lo absolutamente natural en una cosa es lo que conviene formalmente y según su especie » <sup>(30)</sup>.

C) *Para conservar la castidad no es licito darse muerte ni cortarse miembros.*

Consecuencia de lo dicho hasta aqui, dice Gómez de Amescua, es que nadie puede darse muerte ni mutilarse por conservar la castidad. Sin embargo algunos han pensado que para no perder el tesoro de la castidad las vírgenes podían darse muerte a sí mismas.

<sup>(28)</sup> D. 15, I, 9, 7.

<sup>(29)</sup> 2-2, q. 1, art. 5.

<sup>(30)</sup> *Op. cit.*, lib. 5, q. 1, art. 5.

Y del mismo modo otros creyeron que mutilando los miembros podían prevenir la tentación de la carne. Sin embargo como veremos a continuación todos los pareceres concuerdan en que no es lícito matarse por conservar la castidad. La castidad no puede suprimirse por la fuerza, porque es una virtud del alma, la cual no es sensible a la violencia. Por ello, como dijo Sta. Lucía, la que contra su voluntad padece la injuria no pierde la virginidad, porque no se mancha el cuerpo más que cuando el alma consiente.

Seguendo a S. Agustín afirma que Lucrecia no obró lícitamente al darse muerte por evitar el adulterio y mucho menos para ocultar la ignominia después de haber sido injuriada, porque si resistiendo se había librado del pecado, no había razón para que mereciera la muerte, y si había consentido en el pecado, ella no podía ser su propio juez. Por tanto se dio muerte por cobardía, por no ser capaz de sufrir la ignominia <sup>(31)</sup>.

Tampoco la ignorancia excusa al que se quita la vida porque como dice *Vitoria*: « Ignorantia iuris naturalis contra praecepta priora praeceptis decalogi nullum excusat » <sup>(32)</sup>.

Por lo que se refiere a la mutilación, fundamenta su ilicitud en el parecer de *Sto. Tomás*: « quod secundum natura a Deo instituta est, quod corpus hominis sit integrum membris: contra naturam autem est, quod sit membris deminutum » <sup>(33)</sup>.

D) *En conciencia es lícito matar al agresor para defender la propia vida.*

Se fundamenta esta conclusión en las opiniones de *Sto. Tomás* <sup>(34)</sup>, *Pedro de Navarra* <sup>(35)</sup>, *Soto* <sup>(36)</sup> y *Azpilcueta (Navarro)* <sup>(37)</sup>. Es lícito dar muerte al agresor cuando ello sea un medio necesario, es decir, cuando no sea posible defenderse de otra manera. Cuando uno se defiende, dice *Soto*, hay dos efectos que considerar: la con-

<sup>(31)</sup> S. AGUSTIN, *De civitate Dei lib.*, I, cap. 17 a 26.

<sup>(32)</sup> FRANCISCO DE VITORIA, *Relectio de homicidio.*, núm. 37.

<sup>(33)</sup> 2-2, q. 65, art. 1.

<sup>(34)</sup> 2-2, q. 64, art. 7.

<sup>(35)</sup> *Op. cit.*, lib. 5, q. 1, art. 8.

<sup>(36)</sup> PEDRO DE NAVARRA, *De restitutione in foro conscientiae* (Toledo 1585), lib. 2, cap. 3, núm. 330.

<sup>(37)</sup> AZPILCUETA, *op. cit.*, cap. 15, núm. 2.



servación de la vida propia y la muerte de la ajena, el primero de estos efectos ha sido querido, pero el segundo no, se sigue accidentalmente. En efecto que se sigue directamente y del cual toma su especie la acción, no tiene razón alguna de ilicitud porque como ello sea un derecho natural propio de cada uno, se sigue que la acción no queda viciada. Y el efecto accidental, no puede viciarla tampoco, a no ser que el medio careciera de la proporción debida, con el fin, es decir, cuando no fue necesario. Se sigue pues que cuando tal medio no fue necesario, la muerte fue injusta, mas cuando lo fue, la muerte no puede ser ilícita. Puesto que, como cada uno está obligado a velar por su vida antes que por la ajena, nadie está obligado a renunciar a su derecho, anteponiendo la vida ajena a la propia. Sin embargo, nadie puede lícitamente y por propia determinación intentar la muerte de un hombre para conservar la vida propia; esto solamente puede hacerlo el poder público, que ordena tal muerte al bien común.

## 2. *Hasta que punto es lícito exponerse al peligro.*

Se inicia esta cuestión estableciendo dos premisas previas de carácter general para examinar a continuación cada caso en particular.

1) Todo acto directo y que por su propia naturaleza produce necesariamente la muerte, como degollarse, lanzarse por un precipio o colgarse, es absolutamente ilícito y reprobable.

2) Todo acto afirmativo o positivo que no produzca necesaria e infaliblemente la muerte, si es dirigido a un fin suficientemente bueno y justo, incluso cuando entrañe un peligro máximo, puede ser lícito y meritorio.

Ambas premisas están fundamentadas en las doctrinas de Soto <sup>(38)</sup>, Covarrubias <sup>(39)</sup> y Navarra <sup>(40)</sup>.

### A) *A que peligro es lícito ariesgarse por el Estado:*

Primer caso: No es lícito darse muerte ni mutilarse porque, según hemos dicho anteriormente, en ningún caso es tal lícito.

<sup>(38)</sup> Lib. 5, q. 1, art. 6, ad 1.

<sup>(39)</sup> *Variarum Resolutionum*, cit., cap. 1, núm. 8.

<sup>(40)</sup> Lib. 2, cap. 3, núm. 64 y 72.

Segundo caso: El lícito exponer la vida por el Estado, porque como dice *Soto*, es un deber exponer la vida en favor de la sociedad, por se miembros de ella, por cuya causa estamos obligados a conservarla.

Tercer caso: No es lícito exponerse a peligro de muerte por la Sociedad con intención de morir y de no salvarse, porque en este caso la propia muerte es deseada, lo cual en ningún caso es lícito.

Dentro de este apartado considera también Gómez de Amescua el caso de los que custodian un castillo. Según nuestro derecho contenido en Las Partidas el custodio de un castillo tiene que defenderlo hasta la muerte, p. ej. P. 2, 18, 6 « ... E si acaescicse que gelo cercassen, o gelo combatiessen, devo lo amparar hasta la muerte ».

B) *A que peligros es lícito exponerse por el Rey o Señor:*

El vasallo debe anteponer la vida del Rey o Señor a la suya propia. Así se establece en diversos fragmentos de las Partidas. « Porque ellos siempre deven estar aparejados a poner los cuerpos a vida o a muerte por el Rey » <sup>(41)</sup>. « Mas aun aventurar el cuerpo a muerte o a prisión para sacarlo » <sup>(42)</sup>. « E recibir buena muerte por los Señores, si menester fuere » <sup>(43)</sup>. « Dandole su cavallo, si se le oviese el suyo muerto » <sup>(44)</sup>.

C) *A que peligros es lícito exponerse por los amigos:*

Lícito también y obra de gran perfección es exponerse al peligro de muerte por los amigos, cuando hay esperanza de evadir la muerte, porque de otro modo es querida la muerte y ni por el fin ni por nada puede ser esto admitido. En este punto sigue Gómez de Amescua fundamentalmente la opinión de *Soto* que se expresa en los siguientes términos. Es lícito, muchísimas veces obligatorio, exponer la vida propia corporal no solo en favor de la vida espiritual del amigo, sino también de la temporal y hasta

---

<sup>(41)</sup> *Partidas*; 2, 9, 9.

<sup>(42)</sup> *Partidas*; 2, 29, 3.

<sup>(43)</sup> *Partidas*; 4, 24, 4.

<sup>(44)</sup> *Partidas*; 2, 17, 4.

en favor de su honor y fama e incluso de sus bienes temporales. S. Agustín en el libro sobre la Amistad cap. 10, afirma expresamente que ha de darse la vida del cuerpo por el amigo, según determinó la autoridad divina, aludiendo, sin duda, a las palabras de Cristo, según S. Juan 15, 13: «Nadie tiene mayor amor que quien da su vida por sus amigos». Y ciertamente a mi nunca pudo asaltarme la duda; por el contrario, he tenido como cierto que ello es un deber muy excelente de amistad y por tanto de virtud <sup>(45)</sup>.

D) *A que peligros es lícito exponerse por los bienes temporales:*

Por los bienes temporales es lícito exponer la vida a peligro porque esos bienes están ordenados a la conservación de la vida y forman parte de la felicidad del hombre. En este punto la doctrina se manifiesta unánime, alegrándose además que también es lícito matar en defensa de estos bienes. En opinión de *Soto* compartida por *Gómez de Amescua* se exceptúa el caso en el que la cantidad sea pequeña, porque no conviene a la recta razón exponer la vida en este caso. *Pedro de Navarra* <sup>(46)</sup> distingue entre los bienes temporales de los que son necesarios y los superfluos, entendiendo que por estos últimos no es lícito exponer la vida. A ello responde *Gómez de Amescua* que es lícito por los bienes temporales superfluos exponer la vida con la debida discrección, según es doctrina común en los autores repetidas veces citados.

E) *¿Es lícito que el condenado a muerte que puede huir permanezca en la cárcel?*

Se parte de la distinción entre el condenado justamente y el condenado injustamente. Pero puede ocurrir que un inocente por falta de pruebas u otro motivo, sea justamente condenado. Se plantea por tanto el problema de distinguir entre Justicia e Inocencia. Según *Gómez de Amescua* para los Teólogos, el condenado injustamente es inocente.

Sobre los que son encarcelados justamente, dice *Gómez de Amescua*, hay tres opiniones distintas:

<sup>(45)</sup> *Op. cit.*, lib. 4, q. 2, art. 3.

<sup>(46)</sup> *Op. cit.*, lib. 2, cap. 3, núm. 58.

Primera opinión: De ningún modo puede el encarcelado justamente huir. Defienden esta opinión casi unánimemente los Juristas.

Segunda opinión: El que está encarcelado justamente, o condenado a muerte o a mutilación de algún miembro, con tal que no esté condenado a cárcel, puede fugarse, pero sin embargo, no puede romper las cadenas, o forzar la cárcel, o realizar cualquier otra cosa de la que pueda derivarse daño. Defienden esta postura entre otros *Sylvester* <sup>(47)</sup> y *Covarrubias* <sup>(48)</sup>.

Tercera opinión: Puede el encarcelado justamente huir de la cárcel, y para ello, romper las cadenas, forzar la cárcel, descerrajar las puertas, perforar paredes, porque, porque todo ello sirve para la fuga, siempre que no se cause daño a animales vivos ni a los guardianes. Defienden esta tesis *Soto*, *Aragón*, *Salón* <sup>(49)</sup>, entre otros.

### 3. Sobre el poder en el honor y la fama propios.

Nada es más querido que la fama y el honor. Que potestad tenemos sobre ellos explicamos a continuación.

Para algunos autores <sup>(50)</sup> el hombre es custodio de su honor y de su fama pero no dueño. Se alegan en apoyo de esta tesis los siguientes textos de las Escrituras. «Curam habe de bono nomine» (Eclesiástico; 40, 15); «Melius est bonum nomen, quam divitiae multae» (Prov.; 22, 1).

Para el contrario, la más verdadera y común de las sentencias afirma que cualquiera es dueño de su fama y de su honor.

En efecto, como señala *Soto*: «Hay tres géneros de bienes. El primero es la vida; el último el de los bienes temporales; y el intermedio son el honor y la fama. Acerca de los dos extremos no hay discrepancias; todos reconocen que nadie es dueño de su vida hasta el punto que sin motivo ninguno pueda darse la muerte sin cometerse una injusticia. Y viceversa todos reconocen también

---

<sup>(47)</sup> SYLVESTER DE PRIERIO, *Summa Summarum* (Lugduni 1552), *verb. accusatio*, q. 16.

<sup>(48)</sup> *Op. cit.*, lib. 1, cap. 2, núm. 11, 13 y 14.

<sup>(49)</sup> *Ob. cit.*

<sup>(50)</sup> Especialmente Caetano.

que cada uno es dueño de sus bienes temporales exteriores, de manera que sin injuria de nadie puede venderlos y valorarlos. La opinión primera coloca el honor y la fama en la categoría de la vida, y nosotros la colocamos en la categoría de los bienes temporales. El hombre es verdadera y legítimamente dueño de todos sus bienes, de manera que sin injuria de nadie puede hacer uso de ellos, valorarlos o abandonarlos.

Pues bien, el honor y la fama son bienes propios del hombre, otorgados a él por el derecho natural, y por él adquiridos y acrecentados; no hay ley alguna de justicia que le prohíba disponer de ellos. Por consiguiente a nadie hace injuria si renuncia a ellos y es por tanto su verdadero dueño. En efecto, por ley de caridad, que nos manda amarnos a nosotros y a nuestras cosas, tenemos prohibido prodigar nuestro honor y nuestra fama, como también se nos prohíbe prodigar los bienes exteriores, para que sin motivo alguno no los descuidemos, como consta por los textos citados anteriormente: Ten cuidado de tu buen nombre etc., más no existe ley alguna de justicia que nos prohíba disponer de ellos como nos prohíbe disponer de los ajenos.

La fama, consistente en la buena estima pública acerca de una persona, se mancha con la maledicencia; por ello el difamador está obligado a restituirla y devolverla por el medio más apto y a propósito; puesto que entre los bienes temporales es el principal después de la vida. La obligación de restituir nace de estas tres condiciones: Quitar la fama, quitarla contra la justicia, y no haberla recuperado totalmente de otra manera.

El hombre puede por tanto disponer de su fama y de su honor, pero que el hombre se difame a sí mismo sin motivo, es pecado, pero no contra la justicia, ni generalmente mortal. Que es pecado se ve claro porque es al margen de la caridad, puesto que estamos obligados a amarnos a nosotros y a nuestros bienes; y la fama es un bien nuestro, por ello se nos manda que cuidemos de nuestro buen nombre, porque vale más que la abundancia de riquezas. Así quien sin motivo se difama, es pródigo de su buen nombre, y esa prodigalidad es pecado <sup>(51)</sup>.

---

(51) *Op. cit.*, lib. 4, q. 2, art. 3; lib. 4, q. 6, art. 3; lib. 5, q. 10, art. 2.

#### 4. *Es lícito a la meretriz aceptar su vergonzoso precio.*

Es comunmente aceptado por la doctrina que la meretriz puede recibir el precio, y que lo que se le dio, no puede ser repetido.

Así *Soto* <sup>(52)</sup> dice que una mujer que hace entrega del uso de su cuerpo, puede recibir salario a causa del placer que el hombre disfruta con ello, como podría para darle descendencia. Y que puede recibirlo no solo como donación sino como precio se prueba claramente porque la sociedad permite esa clase de mujeres sino que también les tasa lo que han de recibir como se significa con la misma palabra meretriz, que deriva de merecer. Y quien no les pagase el precio determinado, podría ser obligado por el fuero judicial, cosa que no sería posible si fuera una donación. La meretriz puede justamente recibir lo que admitió por un acto injusto. Porque la meretriz obra torpemente por ser meretriz pero no recibe por ello torpemente. Esta es también la solución adoptada por las *Partidas* al establecer que: « Esso mismo sería, si alguno diese dineros a alguna mala muger, porque yoguiere con ella, ca después que selos oviese dado, non gelos podria demandar, porque la torpedad vino de su parte tan solamente, por ende no los deve cobrar, ca como quier que la muger face gran yerro, yoguer con los homes, non face mal, en tomar lo que dan, e por ende en recibillo non viene la torpedad de parte de ella <sup>(53)</sup> ».

Mayor duda ofrece la cuestión de si pueden cobrar aquellas otras mujeres que no son meretrices. También en este punto se admite la solución afirmativa, alegando que como dice *Soto*, hay quienes lo niegan por la razón de que la ley no permite mas que las que viven en lupanares, ni tampoco tasa lo que de percibir. Por el contrario yo creo que estas pueden cobrar con mas justa razón, puesto que por su mayor recato han de ser mas estimadas. Respecto de las que ni se prostituyen públicamente, ni acostumbran a entregarse, sino que son jóvenes o casadas que caen una o dos veces, parece que con mayor razón han de estar excluidas de percibir nada, y si lo perciben, han de estar obligadas a restituir, no ya que no solo no están permitidas por la ley, sino que

---

<sup>(52)</sup> *Ib.*, lib. 4, q. 7, art. 1 ad 3. Cfr. nota 20.

<sup>(53)</sup> *Partidas*; 5, 14, 53.

por el contrario se lo prohíbe, acusándolas de estupro o de adulterio, ni los tribunales las ampararían si quisieran exigir lo que les correspondiese; sin embargo se responde que también estas podrán lícitamente percibir su precio, y estaría obligado en conciencia a pagarlo quien se lo hubiera prometido. Porque, aunque tales pecados están prohibidos por la ley, el dar no está sin embargo prohibido. Y por ello ha de observarse el derecho natural, según el cual la entrega del cuerpo es valorable en dinero. Tampoco estas mujeres están obligadas a restituir, salvo que lo hubieren percibido de quien careciera de poder para emplear ese dinero en tales menesteres. Pero si la cantidad es pequeña, atendiendo a la condición de la persona, aunque lo reciba de un hijo de familia, puede quedarse con ello; pues que se presume que el padre lo sabe y da por bien hechos semejantes gastos.

\* \* \*

Hemos intentado en este breve resumen poner de manifiesto como el ' *Tractatus de potestate in se ipsum* ' es un compendio de las doctrinas de los autores más importantes sobre esta materia. Como habrá podido apreciarse las fuentes más utilizadas por Gómez de Amescua son las obras de Soto, Gregorio de Valencia, Pedro de Aragón, Miguel Salón, Covarrubias, Vázquez de Menchaca, Pedro de Navarra y Martín de Azpilcueta. Especialmente la obra de Soto ' *De Iustitia et iure* ', se encuentra constantemente citada, siendo sus opiniones las que de manera decisiva influyen en el autor.

CHRISTOPH BERGFELD

## DIE STELLUNGNAHME DER SPANISCHEN SPÄTSCHOLASTIKER ZUM VERSICHERUNGSVERTRAG

### I.

Auf der Suche nach einem Beitrag der spanischen Spätscholastik zur Entwicklung einzelner Institutionen des Neueren Privatrechts wird man bald feststellen, daß die Spanier in ihren Erörterungen von ethischen Fragestellungen ausgehen, während rechtsdogmatische Erwägungen zurücktreten. Trotzdem wenden sie sich nicht nur an Theologen, sondern auch an Juristen. So bezeichnet etwa Molina seine Traktatsumme « De iustitia et iure » <sup>(1)</sup> als ein « Opus non solum Studiosis, Theologis et Canonistis, verum etiam Legum Latorum Doctoribus in utroque foro, tam Ecclesiastico, quam Seculari versantibus, apprime utile et necessarium » <sup>(2)</sup>. Die Autoren der spanischen Spätscholastik entwickeln ihre rechts- und wirtschaftsethischen Vorstellungen überwiegend anhand konkreter Rechtsfragen. Sie verbinden so eine vor allem auf Thomas von Aquin gestützte Moralthologie mit der Jurisprudenz. Da sie aber Theologen und nicht Juristen sind, beschäftigen sie sich mit ihren juristischen Materien auch in erster Linie vom moraltheologischen Standpunkt aus, das macht sie von vornherein verhältnismäßig unabhängig gegenüber dem vorhandenen juristischen Lehrgut.

Von juristischer Seite aus gesehen liegt damit die Eigentümlichkeit der spanischen Spätscholastiker auch zunächst in ihrem

---

<sup>(1)</sup> Tom. I-VI, Venetiis 1611-1614 (ed. princeps, tom. I-II 1, Concae 1593-1600; tom. III 2-VI, Antwerpiae 1609).

<sup>(2)</sup> Titelblatt.



ethischen Ansatz, in der Auswahl der Gesichtspunkte, die sie für ihre Betrachtung heranziehen, und in der Aufgabe, die sie sich mit ihren Werken stellen. Die letztere zeigt noch eine Verwandtschaft zur Funktion der mittelalterlichen Beichtsummen oder Beichtspiegel, ja zur mittelalterlichen Traktatliteratur überhaupt. Die Literatur zum « forum internum », etwa die Summa Angelica <sup>(3)</sup> oder der Tractatus de contractibus des Conrad Summenhart von Calv <sup>(4)</sup>, wird denn in den Werken der Spanier auch immer wieder zitiert. Wie die Beichtspiegel geben auch die Traktatsummen « De iustitia et iure » Antworten auf Gewissensfragen. In beiden Fällen soll der Theologe, der Priester im Beichtstuhl oder der sonst um Rat gebetene Geistliche eine für die Erfüllung der Aufgaben seines Amtes nötige Hilfe erhalten. Das setzt aber auch die Vermittlung von Rechtskenntnissen voraus. Die Autoren der spanischen Spätscholastik gründen ihre Vertrags- und Wirtschaftsethik aber nicht nur auf die Kenntnis des geltenden Rechts, sondern ebenso auf eine genaue Beobachtung des wirtschaftlichen Lebens. Bei den jeweils erörterten Fragen verbinden sie eine wirklichkeitsnahe Betrachtungsweise mit knapper und übersichtlicher Darstellung. Auch darin sind sie den mittelalterlichen Beichtsummisten verwandt. Sie gehen aber weit über diese hinaus, wenn sie nicht nur die Absicht verfolgen, Theologen mit juristischen Materien vertraut zu machen, sondern auch den Anspruch erheben, die Jurisprudenz mit moraltheologischen Lehren zu durchdringen.

Die Frage nach einem möglichen Einfluß der spanischen Spätscholastiker auf die Entwicklung des Neueren Privatrechts läßt sich nur beantworten, wenn ihre Stellungnahme zu einzelnen juristischen Problemen untersucht wird. Dabei könnte sich herausstellen, daß es neben einer für die spanische Spätscholastik allgemein kennzeichnenden Auffassung auch charakteristische, durch die voneinander abweichenden theologischen Positionen ihrer Orden bedingte Unterschiede in den Ansichten einzelner Autoren gibt. Aus diesem Grunde sollen hier die Ausführungen von Vitoria,

---

(3) Eine der einflußreichsten Beichtsummen, verfaßt um 1486 von Angelus Carletus de Clavasio (Chivasso). Sie ist in zahlreichen Druckausgaben erschienen, so Lugduni 1513, 1592, Venetiis 1578.

(4) Hagenau 1500.

Soto, Molina und Lessius zu einem eng gefaßten Problemkreis, nämlich dem Versicherungsvertrag (*contractus assecurationis*), dargestellt werden. Der Versicherungsvertrag wurde gewählt, weil er vor allem nach der Entdeckung Amerikas in Spanien große praktische Bedeutung gewonnen hat, andererseits aber auch zu den *usura-verdächtigen* Rechtsgeschäften gehörte.

Alle vier Autoren rücken erwartungsgemäß die Seeversicherung (*assecuratio maris*) in den Vordergrund, ohne in diesem Zusammenhang auch die *commenda* zu behandeln. Ihre Ausführungen zur Seeversicherung als Prämienversicherung möchten sie sinngemäß auch auf die Landtransportversicherung übertragen. Nur undeutlich unterscheiden sie zwischen der Kaskoversicherung als der Versicherung des Schiffes und der Warentransportversicherung. Zur letzteren finden wir bei allen drei Autoren die Grundprobleme erörtert: Darunter vor allem die Frage nach der Zulässigkeit. Sie erscheint zweifelhaft mit Rücksicht auf das *capitulum naviganti* (X, 5, 19, 19), durch welches das Seedarlehen (*faenus nauticum*) als Darlehen gegen Zinsgewährung unterbunden werden sollte. Weiter beschäftigen sich alle hier behandelten Autoren mit den gegenseitigen Pflichten der Vertragspartner, mit der genauen Bestimmung des versicherten Gegenstandes, mit dem Problem der angemessenen Prämie und der Frage der Überversicherung.

## II.

Zunächst Francisco de Vitoria: In der uns erhaltenen Vorlesungsnachschrift <sup>(5)</sup> stellt er die Frage nach der Zulässigkeit des Versicherungsvertrages, die ihm schon deshalb als dringend erscheint, weil die *assecuratio* große Bedeutung besitze und weit verbreitet sei, so etwa unter Kaufleuten aus Genua und Brügge, die auf dem Seeweg Waren untereinander austauschten. Wie man sieht, ist er mit den wirtschaftlichen Verhältnissen und mit den Bedürfnissen des Seehandels wohl vertraut. In anschaulicher Weise

---

<sup>(5)</sup> *De iustitia et iure*, Nachschrift einer 1534-1537 in Salamanca gehaltenen Vorlesung über die *Secunda Secundae* der *Summa theologica* des Thomas von Aquin, ed. von Beltrán de Heredia, I-VI, Salamanca 1932-1952. Die *assecuratio* wird behandelt in vol. II, 218-223 (II-II Quaest. 78, Art. II, 54-61).

wird das an einem Einwand gegen Cajetan deutlich: « Caietanus » nämlich « et alii summistae », so sagt Vitoria, « mirantur de hoc quomodo possit esse » (nämlich der Abschluß eines Versicherungsvertrages). « Dicunt enim quod nullus erit adeo stultus quod velit subire illud periculum et obligare se ad illud pro qualicumque pretio. Sed revera si Caietanus esset mercator, non sic miraretur, quia multi sunt cupidi mercatores qui non solum gaudent accipere sic pecuniam, sed sollicitant alios ut dent illis hoc modo merces, et obligant se ad periculum. Unde isti qui mirantur de hoc, non intelligent istam negotiationem ». Wenn Vitoria die *assecuratio* für zulässig hält, dann vorallem wegen ihrer allgemeinen Nützlichkeit. (*Quia ille contractus est necessarius in republica*).

Vitoria bemüht sich nicht um eine Definition, doch wird deutlich, daß er die *assecuratio* als kaufähnlichen Vertrag wertet und die *aequalitas* der Leistungen in dem ausgewogenen Verhältnis zwischen Gefahrübernahme und Prämienhöhe sieht. Er grenzt sie auch deutlich ab gegenüber Spiel und Wette, doch bereitet es ihm Schwierigkeiten zu bestimmen, was die Gefahrübernahme « wert » ist. Die Entscheidung darüber soll seiner Meinung nach angesehenen Kaufleuten als Sachverständigen überlassen bleiben.

Wie sehr Vitoria in der Gefahrübernahme ein wesentliches Merkmal der *assecuratio* sieht, wird deutlich bei seinen Ausführungen zum *faenus nauticum* (Seedarlehen). Hier handelt es sich um einen Sonderfall des *contractus trinus*: Jemand möchte ein Schiff ausrüsten zu einer Fahrt nach Amerika. Dazu benötigt er 100 Dukaten. Er leiht sie sich und vereinbart mit dem Darlehensgeber, daß dieser bei heiler Ankunft des Schiffes 120 Dukaten zurückerhalten soll. Bei Untergang des Schiffes soll der Darlehensempfänger zu keiner Rückzahlung verpflichtet sein. Er versichert damit gegen eine Prämie die empfangene Summe beim Darlehensgeber, sodaß dieser ihn im Falle des Verlustes von der Rückzahlungspflicht freistellt. Der Effekt ähnelt also dem der üblichen Versicherung. Allerdings wird dem als Versicherungsnehmer auftretenden Darlehensempfänger zunächst einmal die Versicherungssumme ausgezahlt, also gleichsam der Verlust des versicherten Gutes unterstellt. Tritt der Verlust dann doch ein, muß der Versicherungsnehmer diese Summe erhöht durch einen zuvor vereinbarten Betrag, praktisch eine dem Darlehenszins entspre-

chende Prämie, zurückzahlen. Der als Versicherer bezeichnete Darlehensgeber hat allerdings sein Kapital für eine bestimmte Zeit festgelegt, und die Unsicherheit über dessen Schicksal hindert ihn daran, das Kapital in der Zwischenzeit als Deckung für den Abschluß anderer Versicherungsverträge zu verwenden. Die Gegenleistung für diesen Verzicht besteht in der außergewöhnlich hohen Prämie.

Bei der Beurteilung des Geschäftes geht Vitoria vom tatsächlichen oder mutmaßlichen Parteiwillen aus. Er stellt fest, daß der beschriebene Vertrag, wenn man ihn als Darlehensvertrag auffasse, vom kanonischen Recht verboten werde. Handle es sich dagegen wirklich um einen Versicherungsvertrag, dann sei er gültig. Über diese Erwägung gelangt er zu einer ausgesprochen restriktiven Auslegung des *capitulum naviganti*. Dabei unterscheidet er recht spitzfindig zwischen dem Fall, daß der Darlehens- oder Versicherungsnehmer selbst mit auf dem Schiff nach Amerika oder Flandern fährt, und dem, daß er an Land bleibt. Im ersten Fall, da der Darlehensnehmer selbst das Schiff besteigt, könne, wie Vitoria meint, nach dem Willen der Parteien kein Versicherungsvertrag vorliegen. Der Empfänger des Geldes bezwecke lediglich die Aufnahme eines Kredites, nicht aber den Abschluß einer Versicherung, denn wenn das Schiff untergehe, komme er selbst meist mit ums Leben und habe nichts von einer Versicherung. Im zweiten Fall, da der Empfänger des Geldes an Land bleibt, kann aber nach Vitorias Ansicht ein echtes Versicherungsinteresse vorliegen. Der Darlehensnehmer sei dann bei Untergang des Schiffes nicht zur Rückgabe der erhaltenen 100 Dukaten verpflichtet, sondern müsse lediglich eine Versicherungsprämie zahlen, deren Höhe sich nach dem bestimme, was üblicherweise ein solches « *maximum beneficium* » wert sei.

Nun beschäftigt sich Vitoria noch mit einigen typischen versicherungsrechtlichen Einzelfragen. Dabei beginnt er mit dem Problem der ausreichenden Kapitaldeckung. Wie ist zu entscheiden, wenn sich jemand, der kein Kapital besitzt, dazu anbietet, gegen eine Prämie von 100 Dukaten die Waren eines anderen im Werte von 1000 Dukaten zu versichern? Hier könne, so meint Vitoria, kein gültiger Vertrag zustande kommen, weil der Versicherer außerstande sei, die Gefahr für den Verlust von 1000 Dukaten

zu übernehmen. Anders beurteilt er aber den Fall, daß der Versicherer 500 Dukaten besitzt. Hier könne er zwanzig Schiffe im Wert von zusammen 20 000 Dukaten versichern und für jedes Schiff eine Prämie von 100 Dukaten fordern. Die Versicherungsnehmer würden zwar bei einem Verlust aller Schiffe drei Viertel ihres Vermögens verlieren, der Versicherungsnehmer sei also zu einer vollen Gefahrübernahme nicht in der Lage. Vitoria hält es aber für sehr unwahrscheinlich, daß auf einmal zwanzig Schiffe verlorengehen, deshalb ist er der Ansicht, daß hier «moraliter loquendo» ein gültiger Versicherungsvertrag vorliegt. Entscheidend ist für Vitoria die Absicht, von der sich der Versicherer leiten läßt. Besitzt er gar kein Kapital, dann kann er auch nicht die Absicht haben, eine Verlustgefahr zu übernehmen, anders dagegen, wenn er über ein gewisses Vermögen verfügt. Allgemein ist es Vitorias Auffassung, daß in Zweifelsfällen von der Redlichkeit eines Vertragspartners auszugehen ist, wenn nicht die Umstände eindeutig gegen ihn sprechen.

Als weiteres Problem behandelt Vitoria den Fall, daß jemand eine tatsächlich nicht vorhandene Ware versichert oder eine geringwertige Ware unangemessen hoch versichert. Kann der Versicherungsnehmer dann, wenn das Schiff, das angeblich die versicherten Waren geladen hatte, unterging, oder wenn die überversicherten Waren verlorengegangen sind, die vereinbarte Versicherungssumme verlangen? Vitoria verneint das, es liege keine Gefahrübernahme und damit auch kein gültiger Versicherungsvertrag vor. Seiner Ansicht nach kann aber der Versicherer, wenn er vor Untergang des Schiffes davon erfuhr, daß es keine oder geringwertige Ware geladen hatte, erklären, daß er sich an die Vereinbarungen gebunden fühle. Dann werde der Vertrag zu einer Wette. Das Recht des Versicherers, an der Vereinbarung festzuhalten und die Prämie zu verlangen, begründet Vitoria einmal damit, daß der Versicherer von der Täuschung nichts gewußt habe, und dann mit dem Hinweis auf einen sonst entgangenen Gewinn, denn der Versicherer hätte ja, wenn er dieses Geschäft nicht abgeschlossen hätte, die Waren eines anderen Kaufmanns versichern können.

Ungültig sind für Vitoria jene Verträge, da bei Vertragsabschluß entweder der Versicherer wußte, daß das Schiff bereits

heil angekommen war, oder der Versicherungsnehmer schon Kenntnis vom Untergang des Schiffes hatte.

Neben der Seeversicherung hält Vitoria noch andere Versicherungen für zulässig. Dabei erwähnt er auch die Lebensversicherung (*assecuratio hominum*). Wie er berichtet, ist es bei den Kaufleuten von Valladolid weitgehend üblich, für zehn Jahre einen Vertrag zu schließen, der den Versicherer gegen eine jährliche Prämie von 50 Dukaten verpflichtet, im Falle des Todes des Versicherungsnehmers 5000 Dukaten zu zahlen.

### III.

In ähnlicher Weise wie Vitoria behandelt auch Domingo Soto <sup>(6)</sup> den Versicherungsvertrag. Er beginnt mit der Feststellung, daß die *assecuratio* ansich den römischen Quellen fremd sei, daß sie aber doch in die juristische Literatur Eingang gefunden habe. Dann grenzt er die *assecuratio* ab gegen das *foenus nauticum*, das Seedarlehen, das er unter Berufung auf das *capitulum naviganti* als *usurarius* bezeichnet, wenn nicht ein wirkliches Versicherungsinteresse vorliege. Auch Soto beschäftigt sich mit dem Einwand, der Abschluß eines Versicherungsvertrages sei unvernünftig. Etwas unwirsch meint er dazu, es gehe ihm nicht darum, die Kalkulation von Versicherungsunternehmern zu überprüfen, sondern um die Feststellung des *iustum* und des *iniustum*. Im übrigen wüßten Kaufleute genau, was für sie vorteilhaft sei und was nicht. Zu den möglichen Einwänden gegen die Zulässigkeit der *assecuratio* rechnet auch er die Erwägung, daß ein Versicherer auftreten könne, der Versicherungsprämien entgegennimmt, ohne das Kapital zu besitzen, beim Eintritt eines Schadens diesen auch abdecken zu können. Bezeichnend ist es, daß Soto hier nicht auf die Schädigung des betroffenen Vertragspartners verweist, sondern auf die Schädlichkeit eines solchen Falles für Staat und Gesellschaft überhaupt <sup>(7)</sup>.

<sup>(6)</sup> *De iustitia et iure libri decem*, I-V, Salamanticae 1556. Die *assecuratio* findet vor allem Berücksichtigung in lib. VI, Quaest. 7.

<sup>(7)</sup> Die Nützlichkeit des Versicherungsvertrages wird auch von den juristischen Autoren, die sich in besonderem Maße mit der *assecuratio* beschäftigen, verteidigt, so von Petrus Santerna (*Tractatus de assecurationibus et sponsonibus*

Diesen Bedenken setzt er nun die Bemerkung entgegen, daß die *assecuratio* von Theologen und Juristen allgemein gebilligt werde. Grundsätzlich, so meint er, könne jeder für die Gewährung dessen, was « *pretio aestimabile* » ist, auch eine Gegenleistung in Geld verlangen. Hier biete der Versicherer die Übernahme der Gefahr des Verlustes einer Sache an, daher könne er einen Preis beanspruchen <sup>(8)</sup>. Voraussetzung für die Gültigkeit des Vertrages sei es, daß er « *lege et more* » geschlossen werde, und daß der Eintritt eines Schadens vom Standpunkt der Parteien aus gesehen vom Zufall abhängen <sup>(9)</sup>. Ergänzend meint Soto, bei der Versicherung verhalte es sich ähnlich wie bei der Bürgschaft. Wie dort der Bürge, wenn die Zahlungsfähigkeit des Schuldners Bedenken unterliege, für seine Verpflichtung eine Risikozulage erheben könne, sei es auch dem Versicherer erlaubt, sich die Übernahme der Gefahr bezahlen zu lassen. Zuletzt zieht er eine Parallele zu Spiel und Wette, dem *honestum ludum*. Genauso, wie man sich verpflichten könne, eine bestimmte Summe zu zahlen für den Fall, daß es morgen regne oder nicht regne <sup>(10)</sup>, könne man eben auch 100 Dukaten einer Gefahr aussetzen in der Hoffnung, 50 oder 60 zu gewinnen.

Nachdrücklicher als Vitoria weist Soto darauf hin, daß es für die Vertragspartner bei Vertragsschluß notwendig sei, genaue Abmachungen darüber zu treffen, welche Häfen das versicherte Schiff anlaufen müsse oder dürfe.

Auch Soto behandelt den Fall, daß jemand ein leer segelndes Schiff so versichert, als sei es mit Waren eines bestimmten Wertes beladen, oder daß er Waren überversichert. Weiß der Versicherer nicht, daß das Schiff in Wirklichkeit unbeladen ist, oder daß die Waren nicht den angegebenen Wert haben, dann handelt

---

*mercatorum*, I 3) und Benevenuto Straccha (*Tractatus de assecurationibus et pro-xenetis*, Introductio, a ss.). Sigismondo Scaccia bezieht sich bei seiner Erwähnung der besonderen Nützlichkeit der *assecuratio* für das Gemeinwohl ausdrücklich auf Soto (*Tractatus de commerciis et cambio*, § 1, I, 130).

<sup>(8)</sup> So auch ausführlich Santerna, I, 2.

<sup>(9)</sup> Ebenso Scaccia, der sich ausdrücklich auf Soto beruft (§ 1, I, 129).

<sup>(10)</sup> Auch Santerna billigt eine Wette hinsichtlich des erwarteten Regens (I, 2).

es sich für Soto um einen « contractus illicitus »<sup>(11)</sup>. Seiner Ansicht nach besteht grundsätzlich der Verdacht, daß der Eigentümer oder Kapitän eines unbeladenen Schiffes, dessen Untergang der Versicherungsnehmer ja wünschen muß, um die Versicherungssumme zu gewinnen, auf die Sicherheit des Schiffes weniger Sorgfalt verwendet, als das der Fall sein würde, wenn das Schiff beladen oder die Ware nicht übertversichert wäre. Kennt der Versicherer dagegen die tatsächlichen Verhältnisse, dann behandelt Soto den Fall als Wette. Ebenfalls als Wette wertet er es, wenn sich jemand verpflichtet, gegen Zahlung einer bestimmten Summe dafür einzustehen, daß ein anderer auf einer Messe einen Gewinn von einer bestimmten Höhe macht.

Soto hält nicht nur die Transport- und Kaskoversicherung für zulässig, sondern auch die Lebensversicherung. Den Einwand, es könne hier einer des anderen Tod wünschen, um in den Besitz der Versicherungssumme zu kommen, schiebt er beiseite mit der Bemerkung, es gehe ihm nur darum festzustellen, ob ein Vertrag grundsätzlich « usurarius » sei oder nicht. Diese Eigenschaft werde aber nicht berührt durch ein « vitium contra caritatem ». Auch der Lebensversicherungsvertrag bleibe also « ex obiecto licitus ».

#### IV.

Eingehender als Vitoria und Soto behandelt Luis de Molina den Komplex des Versicherungsvertrages<sup>(12)</sup>. Im Gegensatz zu ihnen bezieht er sich gelegentlich auch ausdrücklich auf juristische Autoren.

Er beginnt mit einer Definition der *assecuratio*. Sie ist danach ein Vertrag, durch den die Gefahr des Untergangs einer Sache vom Versicherer gegen Geld oder eine geldwerte Leistung auf einen anderen übertragen wird. Unter Berufung auf Alvarez de Valasco<sup>(13)</sup> schildert er dann kurz das Versicherungswesen in

<sup>(11)</sup> Santerna nimmt hier ebenfalls keinen gültigen Vertrag an (III, 10 ss.).

<sup>(12)</sup> Tom. II, Tractatus 2, Disp. 508.

<sup>(13)</sup> *Decisiones Consultationesque ac Res iudicatae in Regno Lusitaniae*, Olisipone 1591. Auch Santerna verweist auf die weite Verbreitung der *assecuratio* unter den Kaufleuten des Mittelmeers (I, 1 ss.).



Lissabon, wo eine « *mensa publica assecurantium* » bestanden habe, der « *regia autoritate* » ein Notar bestellt worden sei. Ebenso verhielt es sich seiner Schilderung nach an anderen wichtigen Handelsplätzen. Molina bezeichnet die Versicherung als kaufähnlichen Vertrag, berücksichtigt aber auch die Möglichkeit, daß sie unentgeltlich gewährt werden könne. Als Voraussetzung für ihre Zulässigkeit bezeichnet er ein ausgewogenes Verhältnis zwischen der übernommenen Gefahr und der Höhe der Prämie. Zur genauen Bestimmung des Risikos sei es deshalb erforderlich, daß die Parteien eindeutige Abmachungen träfen. Auch darin stimmt er mit Vitoria und Soto überein.

Er wendet sich aber noch ausdrücklich gegen eine ältere, von Conrad Summenhart vertretene Auffassung: Summenhart <sup>(14)</sup> möchte jedenfalls vor dem « *forum internum* » die Risikoübernahme des Versicherers nicht als äquivalente Gegenleistung für die Versicherungsprämie gelten lassen. Er hält den Versicherungsvertrag « *moraliter* » nur dann für erlaubt, wenn der Versicherer durch eigene Arbeit zum Schutz der versicherten Sache beiträgt. Wie er meint, gereicht es dem Versicherungsunternehmer « *in salutem spiritualem* », wenn er durch tätigen Einsatz, etwa als Kapitän des versicherten Schiffes, die versicherte Sache vor Schaden bewahrt. Die Gefahrübernahme allein kann also für Summenhart nicht an die Stelle der Arbeit treten, was er aus dem dritten Buch Mose begründen möchte. Summenhart stellt die *assecuratio* in Parallele zur *societas*, aus der, wie er der scholastischen Tradition folgend feststellt, keiner der Partner allein durch Einbringung von Kapital Gewinn erzielen könne. Molina begegnet dieser Auffassung zunächst mit theologischen Erwägungen, bezeichnet dann aber noch einmal die Risikoübernahme als geldwerte Leistung und verweist auf den großen öffentlichen Nutzen der Versicherung. Sie ermögliche erst einen regen Seehandel, der notwendig sei für den Staat und die ganze Bevölkerung. Nach Molinas Ansicht hätte jeder darunter zu leiden, wenn Kaufleute ihre Waren aus Furcht vor Verlust nicht mehr auf dem Seeweg befördern ließen <sup>(15)</sup>.

<sup>(14)</sup> *Tractatus de contractibus*, III, 71.

<sup>(15)</sup> Auf seine Argumente bezieht sich später Ansaldo de Ansaldo (*Discursus legales de commercio et mercatura*, Romae 1689, LXX, 5).

Eine wesentliche Voraussetzung für das rechtsgültige Zustandekommen eines Versicherungsvertrages sieht Molina darin, daß in den Augen der Vertragspartner Ungewißheit über das Schicksal der versicherten Sache besteht, jeder von ihnen müsse am Abschluß des Vertrages interessiert sein und sich Vorteile von ihm versprechen. Auf diese Weise könne auch eine aus Übersee erwartete Ware versichert werden, selbst wenn sie tatsächlich noch garnicht abgesandt oder schon untergegangen sei. Molina nimmt es hier in Kauf, daß die Gefahrübernahme womöglich nur in der Vorstellung der Vertragspartner erfolgt. Wie er berichtet, werde aber häufig in den Vertragstext die Klausel aufgenommen, daß der Vertrag nicht mehr in Kraft treten solle, wenn die Ware keiner Gefahr mehr ausgesetzt sei, der Kapitän den Untergang des Schiffes verschuldet oder einen anderen als den vereinbarten Hafen angesteuert habe. Der Vertrag ist für Molina immer ungültig, wenn eine Partei wußte, daß die versicherte Ware zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits untergegangen oder sicher im Hafen eingetroffen war. Gleiches soll auch gelten, wenn dem Versicherungsnehmer ein ernst zu nehmendes Gerücht über den Untergang von Schiff oder Waren zu Ohren kam. In einem solchen Fall, meint Molina, hätte der Versicherer den Vertrag entweder garnicht oder doch nur gegen eine wesentlich höhere Prämie abgeschlossen. Umgekehrt müsse ein Versicherer, der bei Vertragsschluß vom unversehrten Eintreffen des Schiffes wußte, die erhaltene Prämie zurückzahlen. Molina beschäftigt sich ausführlich mit der Frage, wie lange es dauere, bis eine Nachricht von einem Ort zum anderen übermittelt werde, oder wann frühestens die Kunde von einem Schiffbruch in der Hafenstadt eintreffen könne. Dabei verweist er auf das Urteil sachverständiger Kaufleute und rät im übrigen, in Zweifelsfällen zugunsten der jeweiligen Partei anzunehmen, daß sie noch keine Kenntnis vom Untergang der versicherten Sache oder von der Beendigung der Gefahrenlage erhalten habe.

Ausführlich beschäftigt sich Molina mit der Überversicherung, die er für sehr verbreitet hält (*ut audio esse in more positum*), wenn es auch üblich sei, vor Abschluß des Versicherungsvertrages den Wert des zu versichernden Gutes schätzen zu lassen und den Schätzwert bei der Berechnung der Versicherungsprämie und bei

der Bestimmung der Versicherungssumme zugrunde zu legen. Nach Molinas Auffassung ist die Überversicherung unzulässig, eine Ware könne nur in Höhe ihres tatsächlichen Wertes versichert werden, denn für den darüberhinausgehenden Betrag fehle das « *obiectum assecurationis* ». Wenn aber, so meint Molina, der Versicherungsnehmer zum Wert der Sache falsche Angaben gemacht habe, und dem Versicherer, der eine hohe Prämie verdienen wolle, der wirkliche Wert gleichgültig sei, dann müsse jedoch « *foro interno* » von einem gültigen Vertrag ausgegangen werden. « *Foro externo* » bleibe er aber ungültig. Molina wertet den Vertrag hier nicht wie Soto als Wette. Aber auch für den Fall, daß dem Versicherer die Höhe des Wertes nicht gleichgültig ist, möchte Molina im Gegensatz zu Vitoria und Soto « *foro interno* » das Zustandekommen eines Versicherungsvertrages annehmen, sofern nur der Versicherungsnehmer die überversicherte Ware mit einer für höherwertige Waren gebotenen Sorgfalt behandelt. Dann nämlich sei das Risiko für den Versicherer nicht größer, als wenn die Ware tatsächlich den angegebenen Wert hätte. In diesem Zusammenhang wendet er sich gegen Sotos Auffassung, ein Versicherungsnehmer würde auf weniger wertvolle Ware auch geringere Sorgfalt verwenden. Er betont hier aber auch die sich aus dem Vertragsverhältnis allgemein ergebende Sorgfaltspflicht des Versicherungsnehmers, der auch für Kapitän und Mannschaft einzustehen habe.

Dieses Beispiel zeigt, wie sehr für Molina die ethischen Erwägungen dominieren und wie er stets gleichzeitig das « *forum externum* » und das davon deutlich unterschiedene « *forum internum* » im Auge behält. Behauptet ein Versicherungsnehmer, an Bord seines Schiffes befänden sich Waren eines bestimmten Wertes, obwohl es in Wirklichkeit unbeladen ist, dann schließt auch Molina « *foro externo* » und « *foro interno* » das Zustandekommen eines Vertrages aus. Falsche Angaben über den Wert tatsächlich geladener Waren hält er dagegen für verzeihlich und « *foro interno* » unter zwei Voraussetzungen für unschädlich, nämlich dann, wenn entweder der Versicherungsnehmer auf den Transport jene Sorgfalt verwandte, die für die angeblich geladenen höherwertigen Waren erforderlich gewesen wäre, oder wenn dem Versicherer der wirkliche Wert der Ware gleichgültig war.

Auch der Teilversicherung schenkt Molina besondere Beachtung, weil sie, wie er meint, große praktische Bedeutung habe. Zur Lebensversicherung äußert er sich ähnlich wie Soto, wobei auch er nur von einem auf zehn Jahre geschlossenen Vertrag spricht. Das Einstehen für einen bestimmten Gewinn auf einer Messe wertet Molina als *assecuratio* und nicht wie Soto als Wette. Erst nach seinen Erörterungen über die *assecuratio* kommt Molina, wie man meint, fast widerwillig auf das *faenus nauticum* zu sprechen, das er, da ein wahres Versicherungsinteresse fehle, für « *valde suspectum* » hält. Immerhin stellt er Erwägungen an, ob es nicht eine gültige Wette sein könne.

## V.

Leonhard Lessius <sup>(16)</sup> ist in seiner Darstellung der *assecuratio* nicht mehr so ausführlich wie Molina. Er stimmt mit ihm in den wesentlichen Punkten überein. Als einziger behandelt er allerdings den Fall, daß jemand mit zwei Partnern einen Versicherungsvertrag abschließt. Je nach Vereinbarung sollen dann beide als Gesamtschuldner für alle versicherten Gegenstände oder getrennt für einzelne, zuvor bestimmte Güter haften.

Lessius ist sehr zurückhaltend in der Annahme, daß in Einzelfällen die Kunde von einer vermehrten oder geringeren Gefährdung der versicherten Sache Einfluß auf die Höhe der Versicherungsprämie haben müßte <sup>(17)</sup>. Er verteidigt hier die auf Erfahrung beruhenden verkehrsüblichen Prämien. Werde etwa der Versicherer durch den Brief eines Freundes davon unterrichtet, daß ein bestimmter Transport nicht durch Seeräuber gefährdet sei, dann könne er trotzdem das « *pretium ordinarium assecurationis* » verlangen, dessen Höhe nach den üblicherweise bestehenden Gefahren zu schätzen sei. Lessius vergleicht hier die Stellung des Versicherers mit der des Verkäufers, der eine Ware immer zum amtlichen Schätzpriß verkaufen dürfe.

---

<sup>(16)</sup> *De iustitia et iure ceterisque virtutibus cardinalibus* (Lovaniae 1605) Lib. II, Cap. 28, *Dubitatio IV*.

<sup>(17)</sup> Auf die Behandlung solcher unklaren Fälle durch Lessius verweist Scaccia, § 1, I, 170.

## VI.

Zum Abschluß nur noch wenige Bemerkungen: Molina erhebt den Anspruch, in seinem Werk alle « quaestiones et difficultates ex fundamentis Iustitiae breviter et accurate » dargestellt zu haben, so, daß « nil amplius relictum sit quod ab aliquo desiderari aut addi possit ». Vergleicht man Molinas, Vitorias und Sotos Ausführungen zur *assecuratio* mit den Darlegungen zeitgenössischer oder späterer Assekuranzschriftsteller, etwa Santerna <sup>(18)</sup>, Straccha <sup>(19)</sup> und Scaccia <sup>(20)</sup>, dann fällt natürlich sofort auf, daß die Letzteren den Stoff sehr viel ausführlicher behandeln. Trotzdem ist jedenfalls auch Molina auf die meisten wesentlichen Probleme eingegangen. Gerade die Verbindung von « breviter et accurate » ist seine Meisterschaft. Darin übertrifft er Vitoria und Soto. Wie wir gesehen haben, beruft sich Molina auch ausdrücklich auf juristische Literatur, auf die *Decisiones Consultationum Lusitanicae et Hispanicae* des Antonio da Gama <sup>(21)</sup> und auf den *Tractatus de assecurationibus et sponsionibus mercatorum* des Petrus Santerna. Er war also mit den herrschenden juristischen Anschauungen und der Entscheidungspraxis der Gerichte und Parlamente vertraut.

Das Vorbild der juristischen Literatur für die hier behandelten Autoren ist evident. Vorallem bei Molina macht sich der Einfluß des versicherungsrechtlichen Traktates von Petrus Santerna bemerkbar. Trotzdem fällt zunächst einmal auf, wie oft Vitoria, Soto, Molina und Lessius in ihren Ausführungen untereinander übereinstimmen. Hier sind es besonders die Auswahl der Probleme und die Reihenfolge ihrer Behandlung, die zu einer sich vielfach ähnelnden Darstellungsweise des Themas führen. Die deutliche Berücksichtigung des « forum internum » neben dem « forum externum » ermöglicht es vorallem Molina und Lessius, auch dem Spekulationscharakter des Versicherungsgeschäftes gerecht zu werden, was etwa im Falle der Überversicherung zum Ausdruck

---

<sup>(18)</sup> *De assecurationibus et sponsionibus mercatorum*, Venetiis 1552.

<sup>(19)</sup> *De assecurationibus et proxenetis*, Venetiis 1569.

<sup>(20)</sup> *De commerciis et cambiis*, Romae 1618.

<sup>(21)</sup> Olisipone 1578.

kommt, die beide wegen der Unmöglichkeit einer Gefahrübernahme im Anschluß an Santerna für das « forum externum » ablehnen, für das « forum internum » aber doch unter bestimmten Umständen zulassen. Ähnlich verhält es sich beim faenus nauticum, dessen Verbot als stark relativiert erscheint, wenn auf die leitende Absicht der Parteien abgestellt wird, und in Zweifelsfällen der usura-Verdacht zurückzuweisen ist.

In ihrer Bereitschaft, im Zweifel « foro interno » zu Gunsten der sich darauf berufenden Partei das Zustandekommen eines Versicherungsvertrages anzunehmen, unterscheiden sich die Jesuiten Molina und Lessius von dem hier strengeren Dominikaner Soto. Dabei suchen sie « foro interno » auch nicht mehr nach einer « causa stipulationis », wie etwa der Übernahme der Gefahr, sondern lassen es bei dem einfachen Leistungsversprechen bewenden.

Wie steht es nun aber mit einem Einfluß der Spanier auf die juristische Literatur zur assecuratio? Die Frage läßt sich schwer beantworten. Soto, Molina und Lessius werden gelegentlich zitiert, vorallem bei der Abgrenzung von assecuratio und foenus nauticum, durch die sie mit dazu beigetragen haben, Zweifel an der grundsätzlichen Zulässigkeit der assecuratio zu beseitigen, was sicher der weiteren Entwicklung des Versicherungsrechts zustatten kam. Sie wurden also auch von den Juristen gelesen. Damit begegneten diese aber einer für sie ungewöhnlichen Betrachtungsweise des behandelten Stoffes. Alle vier Autoren fragen zwar auch danach, ob es sich bei der assecuratio « foro externo » um einen contractus nominatus oder innominatus handelt, ob er dem Kauf oder der Bürgschaft entsprechend zu behandeln sei. Für das « forum internum » fühlen sich die Spanier aber nicht mehr an die überlieferten Vertragstypen des römischen Rechts gebunden. Hier gilt die Vereinbarkeit eines Verhaltens mit dem bonum commune und allgemein mit dem natürlichen Sittengesetz als alleiniger Maßstab. Den darin zum Ausdruck kommenden Gedanken der Vertragsfreiheit in die Behandlung einer juristischen Materie wie der assecuratio eingeführt zu haben, scheint mir ein beachtlicher Beitrag der spanischen Moraltheologen zu sein.



## *Programma dei Lavori\**

\* Si pubblicano, qui di seguito, il programma dei quattro giorni di lavori del Convegno così come fu diramato nel settembre 1972, e il programma dell'Incontro musicale tenuto il 17 ottobre. Questo fu infatti inteso dagli organizzatori non tanto come semplice 'divertimento' tra i lavori congressuali, quanto come integrazione di quei lavori nel tentativo di cogliere, al di là della dimensione teologico-giuridica, assonanze e dissonanze che percorrono, in ogni loro parte, i mondi culturali da cui emergono le miracolose manifestazioni della Prima e della Seconda Scolastica.





## PROGRAMMA DEI LAVORI

FIRENZE - Palazzo dei Congressi

16-19 ottobre 1972

### Lunedì 16 ottobre

- ore 10,30 - Apertura dei lavori
- ore 11 - Introduzione generale del Prof. Hans E. THIEME (Univ. Freiburg i.B.), *Was verdanken wir Juristen der spanischen Neu-Scholastik?*
- ore 13 - Pranzo offerto dall'Azienda del Turismo di Firenze
- ore 16 - Relazione del Prof. Giovanni AMBROSETTI (Univ. Modena), *Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica*
- ore 18 - Eventuale discussione  
Comunicazioni
- ore 19,30 - Ricevimento da parte del Sindaco di Firenze in Palazzo Vecchio

### Martedì 17 ottobre

- ore 9,30 - Relazione del Prof. Michel VILLEY (Univ. Paris), *La promotion de la loi et du droit subjectif chez quelques auteurs de la Scolastique espagnole*
- ore 11 - Eventuale discussione  
Comunicazioni
- ore 13 - Colazione di lavoro
- ore 16 - Relazione del Prof. Dieter SCHWAB (Univ. Giessen), *Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik*
- ore 18 - Eventuale discussione  
Comunicazioni
- ore 20 - Incontro musicale, nella Basilica di S. Miniato al Monte, con il « Quintetto Polifonico Italiano » e con l'organista Clemente Terni
- ore 22 - Riunione conviviale

### Mercoledì 18 ottobre

- ore 9,30 - Partenza per la Villa di Mondeggi (g.c. dalla Amministrazione provinciale di Firenze), nel Chianti fiorentino

- ore 10 - Relazione del Prof. Paolo GROSSI (Univ. Firenze), *La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica*
- ore 11,30 - Eventuale discussione  
Comunicazioni
- ore 13 - Colazione di lavoro
- ore 16 - Relazione del Prof. Franz WIEACKER (Univ. Göttingen), *Vertrag und Obligation im Vernunftrecht des 17. Jahrhunderts im Hinblick auf die Zweite Scholastik*
- ore 18 - Eventuale discussione  
Comunicazioni

*Giovedì 19 ottobre*

- ore 9,30 - Relazione del Prof. José-Manuel PÉREZ PRENDES (Univ. La Laguna), *Los principios fundamentales del derecho de sucesión mortis causa en la tardía Escolástica española*
- ore 11,30 - Eventuale discussione  
Comunicazioni
- ore 13 - Pranzo di chiusura presso la Villa San Michele, sui Colli fiorentini

PROGRAMMA DELL'INCONTRO MUSICALE  
CON IL QUINTETTO POLIFONICO ITALIANO  
E CON L'ORGANISTA CLEMENTE TERNI

FIRENZE, 17 ottobre, ore 20  
*Basilica di San Miniato al Monte*

*PARTE PRIMA*

La Passione nelle espressioni musicali italiana e spagnola durante la prima e la seconda Scolastica.

Anonimi del sec. XIII (trascr. C. Terni):

- 1) Plangiamo quel crudel basciare
- 2) Troppo perde il tempo chi ben non t'ama
- 3) Stomme alegro et lazioso
- 4) Ben è crudele e spietoso
- 5) Oimè lasso e freddo lo mio core
- 6) Chi vol lo mondo desprezzare
- 7) De la crudel morte de Cristo
- 8) Onne homo ad alta voce
- 9) Dami conforto, Dio, et alegranza

Anonimi spagnoli (trascr. F. Pedrell):

- |                                  |                                 |
|----------------------------------|---------------------------------|
| 1) Tre <i>saetas</i> :           | 1) Al Calvario                  |
|                                  | 2) Mirálo por ahí viene         |
|                                  | 3) Allá arribita                |
| 2) Tre <i>cantos de Pasión</i> : | 1) Caminant amb una creu        |
|                                  | 2) Un divino vull cantar        |
|                                  | 3) Estaba junto a la Cruz       |
| G. P. da Palestrina:             | 1) Popule meus, quid feci tibi? |
| (1526?-1594)                     | 2) Hymnus                       |
| F. Guerrero                      | Mi ofensa 's grande             |
| (1528-1599)                      |                                 |

Esegue il « Quintetto Polifonico Italiano »:

Maria Luisa Mescoli, soprano  
 Andreina Niccòli, contralto  
 Clemente Terni, tenore  
 Luciano Arcangeli, baritono  
 Giuseppe Visibelli, basso

## PARTE SECONDA

- G. Frescobaldi: 1) Toccata VII dal Secondo libro delle Toccate  
 (1583-1643) 2) Capriccio del soggetto « fra Jacopino » scritto sopra l'aria di Roggiero  
 3) Toccata IV dal Secondo libro di Toccate
- F. Correa de Arauxo: 1) Segundo Tiento del cuarto tono  
 (1575?-1647?) 2) Tiento de medio registro de baxón de sexto tono  
 3) Tiento de cuarto tono
- Organista: Clemente Terni

## NOTA INTERPRETATIVA (a cura di CLEMENTE TERNI)

L'Istituto di Storia del Diritto dell'Università di Firenze con il suo incontro di studio su « La Seconda Scolastica nella formazione del Diritto privato moderno » offre la occasione di mettere a confronto due espressioni musicali, quella vocale e quella organistica, in Italia e in Spagna. Nella prima parte del programma, tutta vocale, viene presentato un saggio significativo di come è stata cantata la Passione nei due paesi durante la prima e la seconda Scolastica. Un gruppo di *Laudes* italiane, messe a confronto con *saetas* e *cantos de Pasión* spagnoli, offre la esatta misura e le caratteristiche di questi due modi di cantare il grande evento durante la prima delle due epoche. Tali caratteristiche non cambiano nel periodo che coincide con la seconda e che, nella presente esecuzione, è rappresentato, per l'Italia, da G. P. da Palestrina e, per la Spagna, da F. Guerrero. Palestrina trascrive una *cifra* ormai codificata, autentico giudizio musicale nel quale il giudice ammutolisce e il giustiziato diviene giudice facendo sue le parole del profeta Michea « Popule meus, quid feci tibi? », mentre Guerrero basa il suo linguaggio sul bitematismo simultaneo, che ben simbolizza il desiderio di colloquio: il beneficato, contemplando il volto del benefattore, riflette sulla sua colpa (« Mi ofensa 's grande ») e chiede perdono.

La seconda parte del programma è dedicata alla espressione organistica in Italia e in Spagna durante la Seconda Scolastica. Gli organisti più rappresentativi di questa epoca sono senz'altro Girolamo Frescobaldi e Francisco Correa de Arauxo. Più cauto, codificatore di forme già usate e intermediario di armonie protese verso il futuro, il primo; impaziente e egocentrico innovatore, il secondo. Frescobaldi avverte la coscienza del possesso di una delega comunitaria; strana personalità è invece quella di Correa, per il quale il proprio messaggio è un fatto estremamente personale.

## I CONGRESSISTI

### RELATORI

- Hans THIEME - Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Freiburg im Br.
- Giovanni AMBROSETTI - Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Modena
- Michel VILLEY - Prof. Titulaire d'Histoire de la Philosophie du Droit - Université de Paris
- Dieter SCHWAB - Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Giessen
- Paolo GROSSI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Firenze
- Franz WIEACKER - Ord. Professor für römisches Recht - Universität Göttingen
- José Manuel PEREZ PRENDES - Catedrático de Historia del Derecho - Universidad de Granada
- Gerhard OTTE - Ord. Professor für Deutsche Rechtsgeschichte - Universität Bielefeld
- Jesus LALINDE ABADÍA - Catedrático de Historia del Derecho - Universidad de Zaragoza
- Robert FEENSTRA - Professeur de Droit romain - Université de Leiden
- Alfred DUFOUR - Chargé de Cours d'Histoire du Droit - Université de Genève
- Joaquín DE AZCARRAGA - Prof. Adjunto de Historia del Derecho - Universidad de Madrid
- Christoph BERGFELD - Wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für Europäische Rechtsgeschichte - Frankfurt am Mein

### PARTECIPANTI

- Mario AMELOTTI - Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Genova
- Piero ANGELINI - Libero Docente di Storia del Diritto romano - Università di Firenze
- Giangualberto ARCHI - Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Firenze
- Mario ASCHERI - Prof. Incaricato di Storia del Diritto italiano - Università di Sassari

- Piero BELLINI - Prof. Ordinario di Diritto ecclesiastico - Università di Ferrara  
Luigi BERLINGUER - Prof. Ordinario di Storia delle Istituzioni politiche - Università di Sassari  
Maria Grazia BIANCHINI - Prof. Incaricato di Storia del Diritto romano - Università di Genova  
Marco BOARI - Studente in Giurisprudenza - Università di Macerata  
Roberto BONINI - Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto romano - Università di Modena  
Roberto CELLI - Prof. Incaricato di Storia medievale - Università Cattolica di Milano  
Giulio CONTICELLI - Studente in Giurisprudenza - Università di Firenze  
Pietro COSTA - Assistente Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Firenze  
Franca DE MARINI AVONZO - Prof. Ordinario di Esegesi delle fonti del Diritto romano - Università di Genova  
Luigi DE SARLO - Prof. Incaricato di Istituzioni di Diritto romano - Università di Pisa  
Anna DE VITA - Prof. Incaricato di Diritto privato comparato - Università di Firenze  
Fabrizio FABBRINI - Prof. Incaricato di Storia romana - Università di Siena  
Piero FIORELLI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Firenze  
Paolo FREZZA - Prof. Ordinario di Storia del Diritto romano - Università di Firenze  
Carlo Alberto FUNAIOLI - Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto privato - Università di Firenze  
Alessandro GIULIANI - Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Perugia  
Giovanni GUALANDI - Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto romano - Università di Parma  
Günther HOFFMANN LÖRZER - München  
Giorgio LA PIRA - Prof. Ordinario di Istituzioni di Diritto romano - Università di Firenze  
Filippo LIOTTA - Prof. Straordinario di Storia delle Istituzioni politiche - Università di Siena  
Luigi LOMBARDI VALLAURI - Prof. Straordinario di Filosofia del Diritto - Università di Firenze  
Giuseppe Ignazio LUZZATTO - Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Bologna  
Domenico MAFFEI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Siena  
Jean MAILLET - Prof. Titulaire d'Histoire des Institutions et des Faits sociaux - Université de Grenoble  
Francesco MARGIOTTA BROGLIO - Prof. Ordinario di Storia delle Istituzioni religiose - Università di Firenze  
Giuliano MARINI - Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Pisa

- Remo MARTINI - Prof. Straordinario di Istituzioni di Diritto romano - Università di Urbino
- Salvo MASTELLONE - Prof. Ordinario di Storia moderna - Università di Firenze
- Aldo MAZZACANE - Prof. Incaricato di Storia del Diritto italiano - Università di Messina
- Italo MEREU - Prof. Incaricato di Esegesi delle fonti del diritto italiano - Università di Ferrara
- Ugo NICOLINI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università Cattolica di Milano
- Riccardo ORESTANO - Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Roma
- Lamberto PANSOLLI - Prof. Incaricato di Storia del Diritto italiano - Università di Urbino
- Bruno PARADISI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Roma
- Vincenzo PIANO MORTARI - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Napoli
- Vito PIERGIOVANNI - Assistente Ordinario di Diritto canonico - Università di Genova
- Luigi PROSDOCIMI - Prof. Ordinario di Storia della Chiesa - Università Cattolica di Milano
- Francesco ROMANO - Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Firenze
- Salvatore ROMANO - Prof. Ordinario di Diritto civile - Università di Firenze
- Bernardo SANTALUCIA - Prof. Straordinario di Storia del Diritto romano - Università di Sassari
- Umberto SANTARELLI - Prof. Straordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Macerata
- Mario SBRICCOLI - Prof. Incaricato di Diritto comune - Università di Macerata
- Daniilo SEGOLONI - Prof. Incaricato di Diritto comune - Università di Perugia
- Paolo SILLI - Assistente Ordinario di Diritto romano - Università di Firenze
- Franca SINATTI D'AMICO - Prof. Incaricato di Storia medievale - Università Cattolica di Milano
- Enrico SPAGNESI - Assistente Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Firenze
- Mario TALAMANCA - Prof. Ordinario di Diritto romano - Università di Siena
- Giovanni TARELLO - Prof. Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Genova
- Franco TODESCAN - Assistente Ordinario di Filosofia del Diritto - Università di Padova
- Salvatore TONDO - Prof. Incaricato di Storia romana - Università di Firenze
- Antonio TRUYOL SERRA - Catedrático de Derecho internacional público - Universidad Complutense de Madrid
- Cesare VASOLI - Prof. Ordinario di Filosofia morale - Università di Firenze
- Giulio VISMARA - Prof. Ordinario di Storia del Diritto italiano - Università di Milano
- Antonio ZANFARINO - Prof. Straordinario di Storia delle dottrine politiche - Università di Firenze





# Indice Sommario

	pag.
PAOLO GROSSI, <i>Premessa</i> . . . . .	III
PAOLO GROSSI, <i>Introduzione</i> . . . . .	I
 <i>RELAZIONI</i>	
HANS THIEME, <i>Qu'est ce-que nous, les juristes, devons à la Seconde Scolastique espagnole?</i> . . . . .	7
GIOVANNI AMBROSETTI, <i>Diritto privato ed economia nella Seconda Scolastica</i> . . . . .	23
MICHEL VILLEY, <i>La promotion de la loi et du droit subjectif dans la Seconde Scolastique</i> . . . . .	53
DIETER SCHWAB, <i>Ehe und Familie nach den Lehren der Spätscholastik</i> . . . . .	73
PAOLO GROSSI, <i>La proprietà nel sistema privatistico della Seconda Scolastica</i> . . . . .	117
FRANZ WIEACKER, <i>Contractus und Obligatio im Naturrecht zwischen Spätscholastik und Aufklärung</i> . . . . .	223
JOSÉ M. PEREZ PRENDES, <i>Los principios fundamentales del derecho de sucesion 'mortis causa' en la tardia escolastica española</i> . . . . .	241
 <i>COMUNICAZIONI</i>	
GERHARD OTTE, <i>Der Probabilismus: eine Theorie auf der Grenze zwischen Theologie und Jurisprudenz</i> . . . . .	283
JESUS LALINDE ABADIA, <i>Anotaciones historicistas al Jusprivatismo de la Segunda Escolastica</i> . . . . .	303
ROBERT FEENSTRA, <i>L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause</i> . . . . .	377
ALFRED DUFOUR, <i>Un scolastique espagnol face au « divorce » d'Henry VIII - J. G. de Sepulveda et son 'de ritu nuptiarum et dispensatione' (1531)</i> . . . . .	403

	<i>pag.</i>
JOAQUÍN DE AZCÁRRAGA, <i>Balthasar Gomez de Amescua: « Tractatus de potestate in se ipsum »</i> . . . . .	441
CHRISTOPH BERGFELD, <i>Die Stellungnahme der spanischen Spätscholastiker zum Versicherungsvertrag</i> . . . . .	457

#### PROGRAMMA DEI LAVORI

Programma dei lavori . . . . .	475
Programma dell'Incontro musicale . . . . .	477
I Congressisti . . . . .	479