

Obbligo pattizio e vincolo promissorio nella teoria contrattualistica del giansenista Pietro Tamburini (1737- 1827)

di Alberto Carrera*

ABSTRACT

Considered one of the greatest exponents of late Italian Jansenism, Abbot Pietro Tamburini (Brescia 1737- Pavia 1827) was for many years a professor of natural law at the legal faculty of the University of Pavia. The study of his *Lezioni* allows to deepen, in the context of the complex relationship between morality and law, the concepts of natural obligation and conventional obligation as the basis of contract theory.

_ Contributo ricevuto il 15/06/2020. Sottoposto a *double-blind review*, accettato il 25/07/2020

I _ Introduzione

Definito come «la figura di maggior rilievo, la testa forte, l'uomo di dottrina»¹ del giansenismo italiano, l'abate Pietro Tamburini (Brescia 1737-Pavia 1827)² è figura di prim'ordine nel dibattito filosofico-giuridico a cavallo dei secoli XVIII e XIX. Il suo nome è legato, dal punto di vista didattico ed istituzionale, alla storia dell'università di Pavia di cui è stato Rettore per ben tre mandati nonché Direttore della facoltà politico-legale. Docente dapprima di Teologia morale alla facoltà teologica e poi di Filosofia morale con diritto naturale alla facoltà giuridica dell'ateneo ticinese, Tamburini si mostra intellettuale eterogeneo e poliedrico

capace di congiungere nei suoi scritti la speculazione filosofica, l'analisi politica, lo studio giuridico e la critica morale. Multifforme ma non camaleontico. Teologo giansenista con forte inclinazione scientifica e sensibilità umana verso temi centrali del giusnaturalismo moderno, l'abate bresciano testimonia non solo un sapere vasto ed approfondito di stampo enciclopedico, ma anche una notevole capacità di metabolizzare e rielaborare in modo personale il pensiero e l'opera di altri autori, in particolare i «maestri del diritto naturale». È un eclettismo originale, elemento catalizzatore di contaminazioni, influssi ed influenze di natura ben diversa. La sua riflessione *de iure naturae* si dipana lungo il difficile percorso della distinzione concettuale

* Università degli Studi di Brescia.

tra obbligo di natura morale e obbligo giuridico. Il rapporto determinante tra morale e diritto viene quindi letto alla luce, a volte flebile a volte accecante, dei precetti della «legge di natura»³. Tamburini propone un sistema strutturato sulle leggi di uguaglianza, simmetria e reciprocità tra diritti e doveri naturali dell'uomo. La cultura giansenista costituisce la base paradigmatica della sua riflessione giusnaturalista.

Attraverso una prospettiva storico-giuridica, il presente saggio punta ad approfondire taluni profili del suo pensiero con specifico riguardo al tema dell'obbligo di natura pattizia e al vincolo promissorio quali elementi portanti la teoria dei contratti. A tal fine l'attenzione è posta sul voluminoso corpus delle *Lezioni* di diritto naturale (edite tra il 1803 ed il 1812, anticipate da un importante scritto del 1797⁴) in parallelo a un suo trattato di poco successivo intitolato *Elementa juris naturae* (in due volumi, pubblicati nel 1815 e 1816).

2 _ I patti in soccorso dei «doveri di umanità»: i «doveri di giustizia»

Se per garantire e osservare il principio dell'eguaglianza dei diritti naturali degli uomini supponessimo che il nostro simile goda di un diritto illimitato come potremmo ritenere sia anche il nostro, allora il diritto dell'«altro» non risulterà circoscritto da alcun dovere. Il «nostro diritto» tenderebbe quindi ad annullar-

si, a svuotarsi, a diventare «zero» dal momento che «senza un dovere di rispettarlo il diritto è un bel nulla»⁵. Con questa argomentazione così diretta ed incisiva Tamburini introduce ai propri studenti il tema della nascita dell'obbligazione convenzionale tra gli uomini costruita e strutturata sulla reciproca e vicendevole restrizione dei diritti quale mezzo necessario e indispensabile per la loro stessa tutela.

All'interno dunque della radice concettuale di matrice giansenista della reciprocità degli «uffici di umanità» quale base della socialità umana, si profila una lettura congiunta tra diritto e dovere, tra facoltà e obbligo: l'uno esiste solo ed esclusivamente in relazione e in funzione all'altro. Tuttavia questa costruzione biunivoca, secondo Tamburini, non risulta essere in grado di condurre la società a quegli ideali di armonia e fratellanza cui invece deve tendere ed aspirare. A cosa è dovuta quella incapacità?

Il motivo va ricercato nel groviglio tumultuoso delle passioni umane, capaci di sovrastare le «leggi di umanità» che, se da un lato garantiscono ad ogni singolo uomo il diritto di richiedere gli «aiuti opportuni», dall'altro non riconoscono il diritto di usare a tal fine la forza. Come ovviare a questa mancanza? Occorre ricercare e riconoscere la forza – concepita quale valore vincolante – nel patto, ossia nell'accordo tra le parti con lo scopo di rendere più sicuro il «commercio scambievole dei [...] doveri di umanità»⁶.

È lungo questa direzione che nasce – secondo Tamburini – il primogenito obbligo vicendevole e di natura pattizia, da cui prenderanno forma e sostanza tutti i molteplici e diversi vincoli di carattere biunivoco: l'obbligo di soccorrere le indigenze reciproche. Questa impostazione costituisce la base concettuale da cui scaturiscono e assumono vigore le promesse, le convenzioni e i contratti. Un insieme articolato, diversificato e frastagliato di impegni e obblighi reciproci che si aggiungono e si affiancano, senza però mai sostituirsi, alle stesse «leggi della natura»; anzi, queste risultano rafforzate e rinvigorite da un «altro vincolo di giustizia» che fornisce un «pieno diritto alle cose» oggetto del patto.

In tal modo le promesse e le convenzioni giungono «in sussidio» delle stesse leggi di umanità attribuendo loro una nuova e diversa energia. È lo stesso abate a esporre sotto forma di quesito il tema centrale che lo condurrà poi allo studio della teoria dei contratti, e più generalmente dell'obbligazione convenzionale: «che gioverebbero i patti, e la parola, se essendo queste cose impegni arbitrari degli uomini non producessero una vera obbligazione per un principio immutabile anteriore ai patti medesimi?».

In altre parole, il problema è capire quale sia la fonte da cui il patto stesso acquisisce forza vincolante per le parti stipulanti. Si tratta, al contempo, di comprendere quanto il «libero arbitrio» umano (tema di massima centralità nel-

la riflessione giansenista) possa risultare circoscritto da una specifica manifestazione di volontà ancorata a un atto negoziale.

La risposta fornita da Tamburini prende le mosse dal principio per il quale «nessuna cosa può essere causa, ed effetto di sé medesima», pertanto la forza obbligatoria dei patti non può in alcun modo derivare da una fonte di natura convenzionale. La forza vincolante dei patti sgorga infatti da una sorgente «più alta», individuata nei «naturali principi della sociabilità» e in particolare in alcune sue «leggi necessarie, ed inviolabili» prima fra tutte la regola che impone di essere «veridici», ossia che i segni esteriori e le parole utilizzate per stipulare un patto rappresentino fedelmente la propria volontà ed il proprio pensiero.

La forza vincolante di patti, promesse e contratti pone quindi le proprie radici su un obbligo naturale di originaria valenza morale: l'essere veritieri. Tuttavia esso non basta, secondo la lettura del Tamburini, per ammettere e riconoscere a quei patti un valore vincolante anche dal punto di vista giuridico.

Occorre dunque un qualcosa in più che in realtà ci apre un ulteriore versante di riflessione e indagine: la possibilità per un soggetto, che ha prestato una promessa, di non restare legato alla parola data. Le implicazioni saranno ben diverse. Si tratta di capire se quel soggetto possa «impunemente cangiar pensiero, e ritirar la promessa» oppure ne resta

in qualche modo vincolato. Se si ammettesse la possibilità di ritirare la parola data verrebbe meno la sicurezza stessa di patti e promesse. Anche su questo punto giunge in ausilio, secondo Tamburini, la natura: essa infatti avrebbe imposto una «legge invariabile» che, da un lato, vieta di mancare all'impegno assunto con una promessa e, dall'altro, impone di eseguire con esattezza la «cosa promessa». In assenza di una tale legge naturale i patti e le promesse non gioverebbero in alcun modo all'«interesse comune», dal momento che nessuna delle parti potrebbe contare sul «soccorso» dell'altra. Gli interessi reciproci, oggetto della promessa o del patto, subirebbero un «gravissimo danno» qualora le parti contraenti, entrambe o anche una soltanto, non diano esecuzione all'impegno reciproco: non si può «mancare ad una promessa senza fare un torto»⁷. La base dell'obbligo giuridico di mantenere fede alle promesse è rappresentata dalla dimensione morale di quella condotta.

3 _ Da «diritto imperfetto» a «diritto perfetto»

Il venir meno alla parola data costituisce un'azione moralmente non solo riprovevole ma anche vietata, le cui conseguenze si traducono sul piano giuridico. Come avviene questo? Secondo Tamburini colui che promette cede il diritto che detiene sulla cosa promessa e lo trasferi-

sce nell'«altro», il quale in questo modo acquista «un diritto rigoroso alla cosa». Pertanto, colui che viola la promessa fatta priva l'altro di un diritto di cui questi «era già in possesso in virtù della promessa». L'inosservanza di una promessa comporta quindi sempre la realizzazione di un «torto» che potrà essere respinto attraverso il ricorso alla «forza». In che senso?

Occorre fare un passo indietro. La riflessione sulla forza del patto promissorio ruota intorno alla contrapposizione concettuale tra «doveri dell'umanità» e «doveri di giustizia». I primi si fondano sulle obbligazioni che la Natura impone a tutti gli uomini indipendentemente da ogni volontario impegno, a differenza dei secondi che sorgono, invece, da specifici impegni contratti vicendevolmente dalle parti stipulanti. I «doveri di umanità» forniscono un diritto di chiedere «aiuti» ai nostri simili, ma non un diritto ad usar la forza per ottenerli; attribuiscono quindi un «diritto all'aiuto» che si connota come «diritto imperfetto»: il soggetto ha diritto a richiedere quello che impone il «dovere di umanità», ma non detiene il diritto di costringere con la forza ad eseguirlo.

Dall'altro lato, invece, il diritto acquistato in virtù di un patto o una promessa si qualifica come «diritto perfetto e particolare», in virtù della volontà espressa e del consenso fornito verso colui che ha ricevuto la promessa stessa: un «diritto perfetto» che Tamburini definisce come

«diritto di giustizia», un diritto di costringere per mezzo della forza a fare ciò che impone il corrispettivo dovere.

Le leggi ed i doveri di umanità vengono in tal modo rafforzati dal valore vincolante di promesse e convenzioni divenendo «doveri di giustizia»: da inviti e dettami configurati come doveri imperfetti a dovere perfetto e di «rigorosa giustizia».

Il «dovere di umanità» è un «dovere naturale dell'uomo», cui tuttavia non corrisponde un «diritto perfetto» ad esigere un «necessario soccorso»: il trasgressore di un tale dovere – spiega l'abate – potrebbe essere reo «di durezza e d'umanità», ma non di ingiustizia. Tale implicazione è dovuta al fatto che solo ed esclusivamente a quel singolo soggetto spetta il compito di valutare l'opportunità di prestare quell'«aiuto» al suo simile senza che ciò comporti un «nocumento essenziale a sé stesso». Tale operazione di valutazione circa la convenienza di prestare un «aiuto», imposto da un dovere di umanità, non sussisterebbe però dopo una promessa o una convenzione poiché esse, oltre ad essere comunque logicamente precedute dalla constatazione che non sussiste alcun nocumento legato al compimento di quell'azione, sono accompagnate dalla scelta di «libero consenso» da parte di colui che ha ricevuto la promessa stessa. Il procedimento concettuale è il seguente: il soggetto che promette cede ad altri il diritto che egli aveva alla cosa promessa trasferendolo

nel soggetto al quale ha promesso; questi a sua volta ha acquistato un «diritto rigoroso alla cosa», un diritto del quale non può essere spogliato senza che una tale azione costituisca nei suoi confronti un «torto», che, in quanto tale, potrà essere respinto per mezzo della «forza». I doveri di umanità si fondano dunque su una obbligazione naturale indipendentemente da qualsiasi volontario impegno. Da questi doveri si origina un «diritto imperfetto», ossia il diritto di chiedere al proprio simile di prestare quegli «aiuti», ma non di «sforzare il nostro simile a prestarli»⁸.

Per ovviare a tale situazione si ricorre, dunque, allo strumento della promessa e della convenzione che svolgono una funzione di sussidio nei confronti di quel diritto imperfetto. Lo strumento pattizio giunge dunque a supporto e rafforzamento delle «leggi della umanità» e converte gli inviti della natura da doveri imperfetti in «doveri perfetti, e di rigorosa giustizia». Tuttavia – osserva acutamente Tamburini – per garantire la «certezza di adempiere al dovere» che la promessa impone a un soggetto, non basterebbe la sola legge naturale di «dire la verità». Se anche ammettessimo che un soggetto sia effettivamente veridico nell'atto in cui promette e, quindi, mostri in quello specifico momento la sua «sincera intenzione di mantener la parola e di giovare al suo simile», può accadere che questi in seguito cambi pensiero e ritiri la parola data. In tal

modo gli «uffici scambievoli» diverrebbero «molto incerti e mutabili» e verrebbe meno, a causa dell'«indole del cuore umano» e della «volubilità dell'arbitrio dell'uomo», la sicurezza delle promesse. Risulta pertanto opportuno che colui il quale promette resti anche in seguito vincolato dalla parola data e «costretto da essa ad adempiere la promessa».

Per giungere a tale risultato, secondo Tamburini, è la stessa legge di natura a vietare di mancare alla promessa stipulata. L'obbligo di osservare le promesse e le convenzioni non proviene «dai soli impegni arbitrari degli uomini che abbiano voluto imporsi scambievolmente un tale dovere», bensì da una legge immutabile della natura che, destinando l'uomo alla socialità, avrebbe prescritto la fedeltà e la buona fede nelle promesse e nei patti in mancanza della quale non potrebbe neppure «sussistere il commercio della vita sociale»⁹. La sorgente della forza obbligatoria delle promesse non è rappresentata, dunque, dall'«arbitrio» degli uomini, ma dal «sistema del genere umano fissato dalla natura». A prescrivere il dovere inviolabile di mantenere fede alle promesse non sarebbe stato un accordo convenzionale tra le parti, bensì le stesse immutabili leggi della natura. In tale prospettiva, la «legge di natura», e non dunque i «fatti umani», costituisce la fonte del «dovere perfetto» imposto da promesse e patti.

4 _ Il vincolo promissorio

Nella cornice concettuale dell'obbligo di natura pattizia quale strumento di passaggio dai doveri di umanità ai doveri di giustizia un ruolo davvero determinante è ricoperto dalla promessa. In quali termini? E, soprattutto, cosa si deve intendere per promessa? Tamburini definisce la promessa come una «dichiarazione di voler dare qualche cosa al mio simile, o di fare qualche cosa per lui»: concepisce la promessa come la cessione di un diritto con il quale il promittente «s'incammina all'alienazione o di una cosa, o di qualche piccola porzione della sua libertà»¹⁰. La promessa pone due ordini di questioni strettamente connesse: da un lato, la sua 'veridicità' (aspetto congiunto ai modi con cui il soggetto può manifestare la propria volontà); dall'altro, la possibilità per il soggetto promittente di venir meno in un secondo momento alla parola data.

I temi procedono in parallelo e Tamburini richiama sul punto Pufendorf, secondo il quale il primo e più immediato modo per 'garantire' la veridicità della promessa è costituito semplicemente dalla genuina estrinsecazione della propria volontà di «dar o di far qualche cosa per altri senza imporsi alcuna necessità di persistere nello stesso pensiero». In questo modo – osserva acutamente l'abate bresciano – non si configura una vera e propria obbligazione e neppure si realizza l'effetto del trasferimento di al-

cun diritto a favore di un'altra persona. Non si origina dunque una vera promessa. Questo comporterebbe un'ulteriore e importante conseguenza: il pensiero espresso «con sincerità» in quel determinato momento potrà in un secondo momento cambiare non avendo il dichiarante assunto dalla precedente manifestazione di volontà alcun obbligo giuridico di persistere in quel pensiero. La possibilità di cambiare opinione senza essere vincolato dalla precedente manifestazione di volontà – già definita dai giuristi latini come *pollicitatio* – si distingue sia dalla vera e propria promessa sia dalla cosiddetta «promessa imperfetta». In quali termini?

La «promessa imperfetta» consisterebbe infatti nell'attuale manifestazione di volontà a obbligarsi cui non farebbe però seguito l'impegno a perseverare nella stessa volontà a favore del soggetto ipotetico destinatario della promessa. Come sostiene lo stesso Pufendorf¹¹, la promessa imperfetta, non riconosce e tantomeno attribuisce il diritto di costringere per mezzo della «forza» il promittente a mantener fede all'impegno assunto. L'ulteriore implicazione giuridica di questo tipo di promessa concerne la possibilità per il «defraudato» destinatario della promessa, che vede deluse le proprie aspettative, ad essere risarcito per il danno subito da parte di chi è colpevolmente venuto meno alla parola data. Al riguardo – osserva Tamburini – Pufendorf pare assolvere

completamente il promittente da questa obbligazione, ritenendo che tale tipologia di promessa non dia alcun diritto di pretendere l'adempimento, lasciando sempre al promittente l'arbitrio di eseguire o non eseguire la parola data. La questione è molto articolata e Tamburini, probabilmente non del tutto convinto della posizione assunta da Pufendorf, vi contrappone criticamente il pensiero espresso da Lampredi¹². Questi, «richiamando la cosa alle massime dell'onesto e del convenevole»¹³, esprime un parere diametralmente opposto. Sostiene infatti che il promittente sia tenuto in coscienza «per naturale diritto» a compensare e risarcire il danno arrecato nei confronti del destinatario della promessa.

Tamburini, se da un lato, si dimostra vicino alla posizione espressa da Lampredi, in quanto ritenuta «conforme alle regole della equità e dell'onestà» (dunque a una dimensione ancora prettamente e prevalentemente morale), dall'altro, non pare assumere una posizione netta circa il diritto al risarcimento del danno. Egli afferma, infatti, di voler lasciare in sospeso la questione «se sia fondato abbastanza il parer di coloro, i quali pretendono, che il diritto naturale conceda anche il diritto esterno d'intentare un'azione giuridica contro il promittente per la riparazione del danno»¹⁴. Quanto il diritto naturale può legittimare e sostenere sotto questo aspetto una azione giuridica? La questione resta in attesa.

Se da una parte può essere imperfetta, dall'altra la promessa può (anzi dovrebbe essere) perfetta. Affinché una promessa sia «perfetta» e, quindi, fornire a colui che la riceve un «rigoroso diritto» ad esigerne – giuridicamente – l'esecuzione, essa deve esprimere in «termini chiari e precisi» non solo la volontà attuale di dare ad altri un bene o di compiere una determinata azione, ma anche di «persistere costantemente nella stessa volontà», trasferendo nel promissario il diritto di esigerne l'adempimento.

A differenza di quella imperfetta o della *pollicitatio*, la «promessa perfetta» lega e vincola sotto il profilo giuridico il promittente nei confronti di colui al quale, proprio per effetto della promessa, è stato ceduto il diritto a quel determinato bene o quella specifica azione. Con quali termini si esprime e si configura una promessa che possa essere intesa come perfetta?

Tamburini richiama sul punto, oltre al consueto Pufendorf, anche Hobbes¹⁵ e Barbeyrac¹⁶ i quali, pur con sfumature diverse, richiedono che i termini destinati a esprimere una promessa perfetta debbano «marcare il tempo presente, o il passato», con la conseguenza che, se le espressioni utilizzate nella promessa riguardano solo il tempo avvenire, esse non conferirebbero alcun diritto sull'oggetto della promessa stessa¹⁷. Il passaggio è abbastanza complesso e appare opportuno l'esempio esplicativo che l'abate riprende direttamente da Hobbes.

Secondo il filosofo inglese, così come ripreso dal Tamburini, l'espressione «*io vi darò dimani cento scudi*» testimonia come il promittente conserva, tanto nel presente quanto nel futuro, il suo diritto su quel denaro, potendo in realtà darlo o non darlo a suo esclusivo libero arbitrio. Sulla stessa posizione – afferma Tamburini – si assesta anche Pufendorf.

L'abate definisce il parere di Hobbes e «di quei, che lo sieguono» come una «vana cavillazione». Infatti, secondo il docente ticinese, la promessa, affinché possa configurarsi come perfetta, oltre a riguardare sempre e necessariamente un tempo futuro, deve distinguere l'oggetto della promessa sia dalla «deliberazione» (ossia la decisione di dare quel bene) sia dalla «parola» (il modo in cui si estrinseca la propria volontà di porre in essere una promessa). La promessa riguarda un tempo futuro. Pertanto, l'obbligazione a mantenere la parola data non riguarderebbe l'«attuale tradizione della cosa», la consegna materiale del bene, bensì il dovere di eseguire «ciò che oggi prometto di fare dimani». Alla luce di queste osservazioni, una promessa espressa «coi termini del tempo futuro» indica, in realtà, la volontà presente del promittente a «dare ad altri una cosa dimani o posdimani»: tale manifestazione di volontà vincola il dichiarante all'adempimento di quanto promesso.

Pare dunque «certo» che la promessa, anche disgiunta dalle formalità che connotano un contratto od «un impegno se-

condo le forme giuridiche», possieda la forza di obbligare per «diritto naturale». Il diritto naturale costituirebbe quindi la fonte della forza vincolante di promesse e convenzioni, base del «commercio della vita sociale».

4.1 _ Il «valore» della promessa: tra libertà e «potere morale»

Quanto vale una promessa? È un punto delicato sul quale Tamburini si sofferma con attenzione. Requisito di partenza ai fini di una valutazione è che l'oggetto della promessa sia «in potere» del promittente tanto dal punto di vista fisico quanto da quello morale. Cosa significa?

Si tratta di un principio che l'abate non esita a definire «giustissimo» per entrambe le parti coinvolte nella stipula della promessa o convenzione. Infatti, colui che promette si obbliga a mantener fede alla promessa nella misura in cui egli sia «padron di disporre in favore di un altro delle cose ed azioni, che sono in suo potere»¹⁸. Qualora il bene o l'azione superi le «forze» del soggetto promittente, questi non potrà impegnarsi poiché sarebbe non solo nullo ma ancor più «illusorio» l'impegno di «fare una cosa impossibile».

Alle medesime argomentazioni soggiace l'ipotesi dell'assunzione di un impegno a «fare una cosa illecita in se stessa» in quanto contraria alla legge. In questo caso l'impegno assunto sarebbe nullo non

per l'impossibilità dell'oggetto bensì per «difetto del poter morale». La legge che proibisce una determinata azione priva del potere di compiere quell'azione e rende, quindi, un soggetto inabile a prometterne l'esecuzione. La spiegazione è facilmente desumibile: sussisterebbe un'innammissibile contraddizione nella legge qualora l'uomo venga da essa obbligato ad eseguire un'azione che la legge stessa «non vuol, che si faccia».

Al fine di ponderare il valore delle promesse risulta allora «indispensabile» che il suo oggetto sia in potere di chi promette. Ciò nonostante, osserva Tamburini, i «trattatisti» (non meglio delineati) avanzano «infinite questioni» e pongono molte riserve al «generale principio» della disponibilità fisica e morale dell'oggetto di promessa o convenzione. Non pare sussistere alcun dubbio circa la nullità di una promessa fatta da colui che conosceva «liberamente» l'impossibilità dell'oggetto della promessa stessa. Se, da un lato, la conoscenza di tale impossibilità da parte del soggetto promittente costituisce una «prova manifesta della nullità della sua promessa», dall'altro, la circostanza che le parti contraenti una convenzione conoscano l'impossibilità dell'oggetto, sul quale hanno comunque assunto un reciproco impegno, costituisce un «indizio chiarissimo» circa la loro volontà di promettere e convenire solo «per ischerzo e per giuoco».

Tuttavia può accadere che la promessa di una «cosa impossibile», benché

non assuma il vigore di una «vera promessa», non sia priva di ogni effetto. Questo si verificherebbe quando chi promette si impegna «imprudentemente ad una cosa» che egli, per un «difetto di esame sulle sue forze», ha creduta sul momento possibile, ma di cui egli stesso avrebbe potuto facilmente conoscere l'impossibilità se solo avesse posto «l'attenzione necessaria». In questo specifico caso, la promessa non varrebbe per sé medesima, tuttavia, il promittente risulta obbligato a indennizzare l'altra parte del danno sofferto per l'«imprudente promessa»; in tale indennizzo sarebbe ricompreso il «puro danno» mentre non viene compreso il mancato guadagno, ossia la perdita di quel guadagno che avrebbe «portato l'adempimento della promessa».

Come accennato, il valore della promessa ruota intorno a due elementi concernenti l'oggetto: da una parte, la sua possibilità o impossibilità; dall'altra, il potere morale che il promittente esercita sullo stesso. Tale potere definisce la disponibilità dell'oggetto e nasce – spiega Tamburini – dal confronto (potremmo dire conformità) dell'oggetto stesso con la legge. La mancanza di questa concordanza determina la nullità della promessa, in virtù del principio per cui la legge non può «obbligare ad eseguire ciò, che la legge vieta di fare»¹⁹. Sulla base di tali premesse, sorgono diverse questioni circa il «potere morale» esercitato sull'oggetto di una promessa. La principale concer-

ne il fatto se un soggetto, pentito di essersi impegnato a fare «una cosa cattiva ed illecita» e che non vuole continuare nell'esecuzione della stessa, possa essere costretto dall'altra parte a proseguire nell'adempimento completo dell'obbligo assunto. Si tratta di capire se la parte con cui il soggetto 'pentito' ha assunto un impegno possa obbligare quest'ultimo a tener fede alla parola data e possa quindi «giustamente lagnarsi» per la mancata esecuzione di quell'obbligo.

Secondo l'abate, la risposta in termini negativi al quesito traspare da due elementi: innanzitutto, il principio per il quale la legge priva del «potere di fare un'azione illecita»; in secondo luogo, la presunzione per cui chi si «impegna a fare un delitto» in realtà manca della propria piena libertà, venendo quindi meno uno dei requisiti fondamentali per la corretta assunzione di un impegno tramite promessa o convenzione. Questa presunzione diventa un «argomento» ancor più «sicuro» quando accompagnato dal pentimento del soggetto che si era «impegnato al delitto». La promessa perde «titolo» con la conseguenza che il promissario non può costringere la parte pentita a eseguire la promessa (o a continuarne l'esecuzione). Questa può trattenere quanto promesso di dare per «mercede del delitto» e ha inoltre diritto di richiedere la restituzione di quanto conferito in adempimento dell'obbligo, essendo in questo caso «indispensabile l'obbligo della restituzione».

Il secondo aspetto riguarda la questione se, dopo che una parte abbia commesso un delitto, al quale essa si era impegnata, l'altra parte sia tenuta oppure no «a pagar la mercede, che le avea promesso». Sul punto Tamburini richiama Grozio²⁰ (seguito poi dal Lampredi) il quale risponde in senso affermativo alla questione. L'abate non pare del tutto convinto di quella soluzione e, pur ritenendola condivisibile come «risultato», gli appare criticabile e per taluni aspetti carente dal punto di vista argomentativo. In quali termini?

Secondo il giurista fiammingo, in base alla lettura ricostruttiva sviluppata dal Tamburini, prima dell'esecuzione la promessa ora in esame sarebbe «viziosa», sia per il fatto di riguardare una «cosa» illecita, sia per «servire di stimolo al delitto». Dopo l'esecuzione del delitto, invece, quello stesso vizio verrebbe meno in quanto la promessa non rappresenterebbe più un incentivo al delitto. Grozio inoltre – sottolinea l'abate – aggiunge che prima dell'esecuzione del delitto la forza vincolante della promessa resterebbe «sospesa», sprigionando tutta la sua energia solo dopo che il delitto sia stato eseguito. Queste ragioni, afferma Tamburini riprendendo la riflessione che Pufendorf svolge a sua volta sul pensiero di Grozio, costituirebbero «uno sbaglio». Riguardo alla prima ragione si sottolinea come sia inaccettabile sostenere che la convenzione cessi di essere «inonesta» dopo che il delitto sia stato commesso,

tanto più che sarebbe proprio per mezzo dell'esecuzione del delitto che si realizzerebbe il «suo pravo fine». L'abate si chiede: «se la promessa è cattiva, perché porta a fare del male, non sarà cattivo l'adempimento della promessa, che ricompensa un delitto, e invita a farne dei nuovi?».

Pare dunque «strano» – dice Tamburini – il motivo che induce anche il Lampredi²¹ ad affermare che, negandosi la promessa quale «mercede dopo il delitto», si unirebbe un nuovo delitto a quello precedente, aggiungendosi «lesione a lesione col negar la mercede dopo aver indotto l'altro al delitto».

Si dovrebbe sostenere piuttosto che si aggiunge delitto a delitto «col pagar la mercede», dal momento che con essa si porge un «nuovo stimolo a violare la legge per amore del lucro». In tal caso la promessa non potrà aver per sua natura alcun valore vincolante e obbligatorio. Avrebbe dovuto essere onere del contraente il presumere che la promessa della «mercede per un delitto» non poteva essere che un effetto «di leggerezza o di violenta passione», di cui in seguito il promittente avrebbe potuto facilmente pentirsene. A rafforzamento di tale lettura, ricorda come la base della speranza per l'adempimento di una promessa è rappresentata dalla «probità di chi fa la promessa»: una caratteristica difficilmente riscontrabile in colui che vorrebbe impegnare per mezzo di una promessa il suo simile a porre in essere un delitto.

L'abate pone un'ulteriore domanda: «chi non si fe' scrupolo a commettere delitti massimamente enormi, ed a pagar per commetterli, si farà egli scrupolo a violar la parola già data?». Si dimostra pertanto «sciocco» colui che, fidandosi di una semplice promessa per commettere un delitto, sia stato defraudato di una «infame mercede», che questi si aspettava in virtù di una promessa «nulla ed invalida». Tamburini contesta pertanto a Grozio la teoria per la quale prima del delitto la forza vincolante e obbligatoria della promessa resti sospesa, per poi spiegare dopo il delitto tutta il suo vigore. Secondo l'abate, invece, la promessa di «una cosa illecita» sarebbe «sempre nulla» sia prima che dopo il delitto; tale promessa infatti non potrebbe mai assumere la forza ed il vigore di una «vera promessa».

In tale prospettiva, affinché una convenzione sia valida, non basterebbe il consenso reciproco delle parti ma converrebbe che essa abbia per oggetto «un'azione buona, o almeno indifferente», quindi non proibita dalla legge. Conchiude sostenendo che «secondo le massime della legge naturale» se, da un lato, colui il quale ha eseguito il delitto non può, «in virtù di un diritto», esigere la ricompensa che gli è stata promessa, dall'altro, neppure colui che aveva promessa una tale ricompensa è tenuto «in coscienza a pagarla» dal momento che – dice Tamburini riprendendo una riflessione di Pufendorf – «il naturale diritto non favorisce gli scellerati sino al

segno di assicurar loro l'infame salario dei loro delitti».

5 _ Cenni conclusivi. Dall'«obbligazione naturale» all'«obbligazione civile»

Lungo l'articolato ed accidentato percorso storico giuridico che conduce alla «rivoluzione dei codici» moderni, la riflessione svolta dal Tamburini sull'obbligo convenzionale e il vincolo pattizio con particolare riferimento e attenzione al tema della promessa consentono di appurare la complessità teorica dell'elaborazione del rapporto (e della distinzione) tra obbligazione naturale e obbligazione civile congiunto allo studio dei diritti naturali dell'uomo e alla definizione stessa del concetto di «legge naturale». In questa prospettiva la morale ha un ruolo determinante: diviene «misura e regola» per l'esercizio dei diritti «inalienabili» dell'uomo nonché elemento di congiunzione tra il dettame della rivelazione divina e il precetto 'naturale'. La ricerca della «verità» all'interno di un ordine provvidenziale si rapporta dunque alla natura razionale dell'uomo e alla necessità di comprendere quanto questa sia in grado di penetrare quell'ordine.

Attraverso un approccio trasversale ed eclettico che gli consente di estrarre dal pensiero di un determinato autore quegli elementi ritenuti utili alla costruzione e difesa delle proprie interpretazioni e posizioni, Tamburini contribuisce

in maniera determinante allo studio del rapporto tra obbligo morale e obbligo convenzionale. La sua riflessione parte dal «precetto morale»; intende osservare la scienza della morale e la sua complessa relazione con la sfera del giuridico: cerca di comprendere come possano i principi naturali della morale divenire parametri di riferimento nello stabilire «le vere misure del giusto e dell'ingiusto». Tamburini si concentra dunque sullo studio dell'uomo «in tutta la sua estensione, e con tutte le sue relazioni» e riconduce a questa lettura antropocentrica l'analisi dei diritti naturali dell'uomo, primi fra tutti il diritto di libertà personale.

All'interno di questa cornice concettuale e in un rapporto di tendenziale continuità logica tra diritto naturale e diritto positivo, egli sviluppa e articola la propria riflessione circa gli obblighi di natura convenzionale e la teoria dei contratti. Il diritto positivo si connota così come sviluppo o prolungamento dello *jus naturae*: in tale prospettiva dovrà essere inteso e interpretato il fenomeno codificatorio. Definendo le leggi civili come «le regole della Morale applicate ai bisogni della Società, e promulgate dalla volontà generale del popolo», si crea un legame simbiotico tra legge civile e morale umana: «la Morale ha bisogno del soccorso delle leggi degli uomini, e le leggi nulla valgono senza la Morale». Se, da un lato, la legislazione «sarà ottima» quando si dimostra in grado di fornire la morale della «forza del supremo Potere»,

dall'altro, le leggi degli uomini «possono rendere più efficace coll'aggiunta delle pene la sanzione delle leggi naturali».

Queste osservazioni costituiscono lo sfondo in cui si sviluppa il tema della forza vincolante di promesse e convenzioni stipulate tra gli uomini con la finalità di aggiungere un «altro vincolo di giustizia» capace di sopperire al carattere imperfetto del diritto nascente dalle «leggi di umanità». Sulla base della distinzione tra «doveri della *umanità*» e «doveri di *giustizia*», si sostanzia il concetto – davvero determinante – di «convenzione» quale «impegno delle parti di eseguire ciò, che si promette, e che dà un diritto perfetto di esigerlo». Ed è in tale visuale che Tamburini, seguendo da molto vicino le «orme» di uno dei padri della codificazione civile francese, il giansenista Jean Domat²², si addentra nella teoria dei contratti delineando, consapevole delle salde e profonde radici nel terreno del diritto naturale, quale sia il compito della legge civile: «assicurare la forza delle convenzioni, e de' contratti».

_ NOTE

1 _ A.C. JEMOLO, *Il giansenismo in Italia prima della Rivoluzione*, Laterza, Bari 1928, p. 268.

2 _ Fondamentale per inquadrare la figura di Tamburini dal punto di vista filosofico-giuridico è lo studio di G. TOGNON, *Tra storia ed apologetica: la filosofia morale e giuridica di Pietro Tamburini*, in *Pietro Tamburini e il giansenismo lombardo. Atti del convegno internazio-*

nale in occasione del 250° della nascita (Brescia, 25- 26 maggio 1989), a cura di P. Corsini e D. Montanari, Morcelliana, Brescia 1993, pp. 107-150. Basilari per una ricostruzione del pensiero e dell'opera di Tamburini risultano A. ZAMBARDIERI, *Pietro Tamburini*, in *Esortazione alle storie. Atti del Convegno «Parlano un suon che attenta Europa ascolta». Poeti, scienziati, cittadini nell'ateneo pavese tra riforme e rivoluzione*, a cura di A. Stella, G. Lavezzi, Cisalpino, Pavia 2000, pp. 371- 379, I. GARLASCHI, *Vita cristiana e rigorismo morale. Studio storico-teologico su Pietro Tamburini (1737-1827)*, Morcelliana, Brescia 1984; e G. MANTESE, *Pietro Tamburini e il giansenismo bresciano*, Editrice Ancora, Brescia 1942.

3 _ Circa il complesso itinerario storico-filosofico che conduce all'emersione dell'idea di autonomia della legge e di morale autonoma si rinvia al fondamentale contributo di H. GLINKA, "Zur Genese autonomer Moral". *Eine Problemgeschichte des Verhältnisses von Naturrecht und Religion in der frühen Neuzeit und der Aufklärung*, Meiner, Hamburg 2012.

4 _ P. TAMBURINI, *Introduzione allo studio della filosofia morale col prospetto di un corso della medesima e dei Diritti dell'Uomo e della Società*, Galeazzi, Pavia 1797.

5 _ P. TAMBURINI, *Lezioni di Filosofia morale e di naturale diritto*, Galeazzi, Pavia 1806, tomo IV, Lezione XXIII, p. 231

6 _ Ivi, p. 234.

7 _ Ivi, p. 239.

8 _ P. TAMBURINI, *Continuazione delle lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale diritto*, Galeazzi, Pavia 1812, Tomo VII e ultimo, p. 4

9 _ Ivi, p. 5.

10 _ P. TAMBURINI, *Continuazione delle lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale diritto*, Tomo VII e ultimo, Lezione XLVIII, p. 10; cfr. P. TAMBURINI, *Elementa juris naturae*, Galeazzi, Ticini 1816, vol. II, Pars IV *De promissionibus et pactis*, Caput I *De promissioninum natura origine et vi*, Articulus II *De principiis iuris naturae, e quibus trahit promissio vim obligandi*, nn. 1- 15, pp. 11- 18 (con particolare attenzione ai nn. 2-4, pp. 11- 13).

11 _ Pufendorf espone la propria distinzione tra promessa imperfetta e promessa perfetta nel *De officio hominis et civis* (per il presente studio è stata consultata la seguente traduzione, S. VON PUFENDORF, *De' doveri dell'uomo e del cittadino, secondo la legge naturale*, traduzione di D. Amato, Napoli 1815, con specifico riferimento al tomo I, cap. IX, §§ VI e VII). In generale, circa la teoria della promessa nella riflessione pufendorfiana si veda il recente studio di G. HARTUNG, *Vertragstheorie und Konstruktion der Souveränität bei Samuel Pufendorf*, in *Naturrecht und Staatstheorie bei Samuel Pufendorf*, a cura di D. Hüning, Nomos, Baden-Baden 2009, pp. 36- 50.

12 _ Circa la figura ed il pensiero di Giovanni Maria Lampredi, professore di diritto pubblico nella università di Pisa, risultano fondamentali, oltre al recente lavoro di F. VANNINI, *Lampredi Giovanni Maria*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 63 (2004), pp. 259- 263, alcuni studi ormai datati condotti da P. COMANDUCCI: *Giovanni Maria Lampredi. Un giurista al crepuscolo dell'Ancien Regime*, «Annali della facoltà di giurisprudenza di Genova», 15 (1976) 2, pp. 482- 595; *Settecento conservatore: Lampredi e il diritto naturale*, Giuffrè, Milano 1981; *Lampredi*

e la "maiestas principis", «Materiali per una storia della cultura giuridica», 10 (1980), pp. 97- 113.

13 _ P. TAMBURINI, *Continuazione delle lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale diritto*, Tomo VII e ultimo, Lezione XLVIII, p. 12.

14 _ Ivi, p. 13.

15 _ Hobbes affronta il tema del valore vincolante della promessa nel *Leviatano*, parte I *Lo stato di natura e le leggi naturali*, capitolo 14. L'edizione consultata in questa sede è la seguente T. HOBBS, *Leviatano*, a cura di T. Magri, Editori Riuniti, Roma 2005.

16 _ Circa il pensiero Barbeyrac e Pufendorf con riferimento ai profili di maggiore rilevanza per il presente scritto si rinvia a due densi studi con diversi punti di contatto: da un lato, I. HUNTER, *Conflicting Obligations: Pufendorf, Leibniz and Barbeyrac on Civil Authority*, «History of political thought», 25 (2004) 4, pp. 670- 699; dall'altro, G.M. LABRIOLA, *Barbeyrac interprete di Pufendorf e Grozio. Dalla costruzione della sovranità alla teoria della resistenza*, Editoriale Scientifica, Napoli 2003.

17 _ Cfr. P. TAMBURINI, *Elementa juris naturae*, cit., vol. II, Pars IV *De promissionibus et pactis*, Caput I *De promissionum natura origine et vi*, Articulus III *De modo, quo exprimi debet veri nominis promissio*, nn. 1- 10, pp. 19- 24.

18 _ Ivi, p. 27.

19 _ P. TAMBURINI, *Continuazione delle lezioni di filosofia morale e di naturale e sociale di-*

ritto, Tomo VII e ultimo, Lezione XLIX, p. 31.

20 _ U. GROZIO, *Il diritto della guerra e della pace*, introduzione di F. Russo, premessa di S. Mastellone, Centro editoriale toscano, Firenze 2002 (Rist. anast. dell'edizione Napoli, Giuseppe De Dominicis, 1777) con particolare attenzione al libro II, capitolo II *De' dritti comuni a tutti gli uomini*, § 9. Importanti riflessioni circa la riflessione groziana sull'efficacia vincolante della promessa sono espone da L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. 2 *Dalla crisi dello ius commune alle codificazioni moderne. Lezioni*, Giappichelli, Torino 2010.

21 _ Lo stesso Lampredi riprende il pensiero di Grozio nel *Diritto pubblico universale: o sia Diritto della natura e delle genti, volgarizzato dal dottor Defendente Sacchi*, seconda edizione, vol. II, Milano 1828, (in particolare parte I *Del Diritto pubblico universale nella quale vi hanno i principi teoretici dell'etica e del diritto di natura*, §. 4 *Delle condizioni che si possono apporre ai contratti*, pp. 14 e ss.).

22 _ Circa la figura di Domat si vedano F. TODESCAN, *Le radici teologiche del giusnaturalismo laico. II Il problema della secolarizzazione nel pensiero giuridico di Jean Domat*, Giuffrè, Milano 1987; e G. TARELLO, *Sistemazione e ideologia nelle "Loix civiles" di Jean Domat*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 2 (1972), pp. 125- 157.

