

IL DIRITTO TRA STORIA ED ESPERIENZA

2

Direttore

Matteo NACCI
Pontificia Università Lateranense

Comitato scientifico

Raffaella BIANCHI RIVA
Università degli Studi di Milano

Carla FARALI
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

Rafael Daniel GARCÍA PÉREZ
Universidad de Navarra – Spagna

Manlio MIELE
Università degli Studi di Padova

Remedios MORÁN MARTÍN
Universidad Nacional de Educación a Distancia – Spagna

Sara Veronica PARINI
Università degli Studi di Milano

Bernardo SORDI
Università degli Studi di Firenze

Irene STOLZI
Università degli Studi di Firenze

Claudia STORTI
Università degli Studi di Milano

IL DIRITTO TRA STORIA ED ESPERIENZA

La collana vuole offrire una chiave di lettura storica del mondo del diritto nel solco del principio *ius sequitur vitam*. Particolare attenzione è dedicata all'approfondimento di temi canonistici e romanistici nella prospettiva dell'*utrumque ius* di fondazione medievale. Ferma restando questa impostazione metodologica, l'obiettivo è verificare l'apporto che ciascun ordinamento offre allo svolgersi delle esperienze giuridiche e apprezzare, altresì, quanto gli studi storici siano essenziali per la corretta comprensione del pensiero e della cultura di ogni luogo e di ogni tempo.

Matteo Nacci

Storia del diritto e cultura giuridica

La scienza canonistica del Novecento





Aracne editrice

www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

Copyright © MMXVII
Giacchino Onorati editore S.r.l. – unipersonale

www.giacchinoonoratieditore.it
info@giacchinoonoratieditore.it

via Vittorio Veneto, 20
00020 Canterano (RM)
(06) 45551463

ISBN 978-88-548-8695-7

*I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica,
di riproduzione e di adattamento anche parziale,
con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.*

*Non sono assolutamente consentite le fotocopie
senza il permesso scritto dell'Editore.*

I edizione: marzo 2017

Ai miei nonni, nel quotidiano ricordo

L'oggi discende dall'ieri, e il domani è il frutto del passato. Un passato che non deve paralizzare il presente, ma aiutarlo a essere diverso nella fedeltà, e nuovo nel progresso.

JACQUES LE GOFF, *Il cielo sceso in terra. Le radici medievali dell'Europa*, trad. di F. Maiello, Bari, 2004, V.

Indice

- 15 *Elenco delle abbreviazioni*
17 *Introduzione*

Parte I
**Gli “operatori”
della scienza canonistica
del Novecento italiano**

- 25 *Introduzione alla prima parte*
29 **Capitolo I**
Pio Fedele, Orio Giacchi e Pietro Agostino d’Avack

1.1. Il *Programma per uno studio sullo spirito del diritto della Chiesa* di Pio Fedele: valorizzazione delle peculiarità dell’ordinamento canonico e “non utilizzabilità” del diritto secolare, 29 – 1.1.1. Il “consolidamento” delle idee: il *Discorso generale sull’ordinamento canonico*, 43 – 1.2. Orio Giacchi e il “necessario utilizzo” della dogmatica giuridica civilistica per la costruzione sistematica del diritto della Chiesa, 53 – 1.3. Pietro Agostino d’Avack e la valutazione “caso per caso” dell’applicazione della dogmatica giuridica civilistica al diritto canonico, 66 – 1.3.1. *Le “ispirazioni bettiane”*, 67 – 1.3.2. *Le “considerazioni programmatiche”*, 77 – 1.4. Fedele, Giacchi, d’Avack a confronto: “metodi diversi” per un “obiettivo comune”, 97.

Parte II
 Il “cantiere”
 della scienza canonistica
 del Novecento italiano

103 *Introduzione alla seconda parte*

105 **Capitolo I**

1939: l'inizio dell'avventura scientifica dell'Archivio di diritto ecclesiastico

1.1. La presentazione dell'Archivio di Mattia Moresco, 105 – 1.2. Il “necessario riferimento” al diritto canonico: lo studio di Filippo Vassalli su *Diritto pubblico e diritto privato in materia matrimoniale*, 108 – 1.3. *Il problema dello studio e dell'insegnamento del diritto canonico e del diritto ecclesiastico in Italia* di Pio Fedele, 112 – 1.4. *La Rassegna ragionata di giurisprudenza rotale in materia matrimoniale*, 124 – 1.5. *La Rivista bibliografica* del primo fascicolo trimestrale dell'Archivio, 129 – 1.6. Il commento di Fedele al *motu proprio Qua cura* di Pio XI, 137 – 1.7. *La Rivista bibliografica* del fascicolo Aprile–Giugno 1939, 140 – 1.8. Il “grande fermento” del fascicolo trimestrale Luglio–Settembre 1939, 149 – 1.8.1. *Arturo Carlo Jemolo e le Direttive di ricerche canonistiche*, 150 – 1.8.2. *La posizione di Giuseppe Forchielli nel Metodo per lo studio del diritto costituzionale della Chiesa e la “puntualizzazione” nel Metodo per giudicare il metodo*, 155 – 1.8.3. *Le Note sullo studio del diritto ecclesiastico* di Orio Giacchi, 162 – 1.8.4. *Andrea Piola e le Nuove osservazioni critiche sull'insegnamento del diritto ecclesiastico e del diritto canonico*, 166 – 1.8.5. *Ancora su lo studio e l'insegnamento del diritto canonico e del diritto ecclesiastico in Italia: le precisazioni e le risposte di Fedele ad alcuni protagonisti del “grande fermento”*, 170 – 1.9. *La Rivista bibliografica* del fascicolo Ottobre–Dicembre 1939, 184.

191 **Capitolo II**

1940: la convinta prosecuzione del “progetto culturale”

2.1. Vincenzo Del Giudice e le *Note conclusive circa la questione del metodo nello studio del diritto canonico*, 191 – 2.2. *La Rassegna di giurisprudenza rotale in materia penale* di Pio Ciprotti, 199 – 2.3. *La Rivista bibliografica* del fascicolo Gennaio–Marzo 1940, 204 – 2.4. Pio Fedele e le *Considerazioni canonistiche* alla disciplina del matrimonio prevista nel primo libro del Codice civile italia-

no, 210 – 2.5. Il “contributo” dello *ius Ecclesiae* agli ordinamenti giuridici civili nella recensione di Renato Baccari all’opera di Fernando Della Rocca, 221 – 2.6. La *Rivista bibliografica* del fascicolo Luglio–Settembre 1940, 224 – 2.7. La “convinta riproposizione” del pensiero scientifico di Fedele per mezzo della “ricchezza culturale” della Storia, 227 – 2.8. La *Rivista bibliografica* del fascicolo Ottobre–Dicembre 1940, 233.

239 Capitolo III

1941: il consolidamento della “palestra” scientifica

3.1. Le *Considerazioni metodologiche* di Pio Ciprotti, 239 – 3.2. La recensione di Arturo Carlo Jemolo al *Discorso generale sull’ordinamento canonico* di Pio Fedele, 246 – 3.3. Le considerazioni di Pio Fedele *Intorno ad un novissimo manuale di diritto matrimoniale canonico*, 251 – 3.4. La novità della terza annata dell’*Archivio*: la sezione *Note e discussioni*, 256 – 3.4.1. *Pio Ciprotti e La « Teoria generale del diritto » del Carnelutti e il diritto canonico*, 256 – 3.4.2. *Diritto processuale canonico e dogmatica giuridica moderna* di Pio Fedele, 260 – 3.4.3. *Le Considerazioni sul « Discorso generale sull’ordinamento canonico » di Pio Fedele compiute da Pio Ciprotti*, 266 – 3.5. La *Rivista bibliografica* del fascicolo Aprile–Giugno 1941, 268 – 3.6. Le recensioni di Fernando Della Rocca nella *Rivista bibliografica* degli ultimi due fascicoli del 1941, 275.

279 Capitolo IV

1942: il fruttuoso cammino della « Rivista di dottrina, giurisprudenza e legislazione di diritto ecclesiastico e canonico »

4.1. Pio Ciprotti e *Il fine della Chiesa e il diritto*, 279 – 4.2. Le recensioni di Pio Fedele nella *Rivista bibliografica* del 1942, 282 – 4.2.1. *Il fascicolo Gennaio–Marzo 1942*, 282 – 4.2.2. *Il fascicolo Aprile–Giugno 1942*, 288 – 4.2.3. *Il fascicolo Luglio–Settembre 1942*, 290 – 4.3. “Differenze metodologiche” fra canonisti e civilisti da *Uno strano esempio di giuramento temerario in una glossa inedita di Alanus Anglicus*, 292 – 4.4. Pio Fedele *In margine ad una polemica*, 295 – 4.5. Le recensioni di Luigi De Luca nella *Rivista bibliografica* del fascicolo ottobre–dicembre 1942, 300.

305 **Capitolo V**

1943: l'epilogo di un'esperienza giuridica

5.1. Pio Fedele *In margine a un discorso di Pio XII*, 305 – 5.2. *Il mio “Discorso generale sull'ordinamento canonico” di fronte alla critica*. Il bilancio del direttore dell'Archivio sul “manifesto programmatico” del 1941, 313 – 5.3. Le recensioni del direttore dell'Archivio nella *Rivista bibliografica* del 1943, 323 – 5.4. Il *Notiziario* del 1943: il XXV anniversario del « *Codex iuris canonici* » e *Un convegno canonistico a Roma*, 325 – 5.5. *La certezza del diritto e l'ordinamento canonico* di Pio Fedele da una riflessione di Flavio Lopez de Oñate, 331.

339 *Le “persone” e le “cose”*

343 *Fonti e bibliografia*

Elenco delle abbreviazioni

AAS	<i>Acta Apostolicae Sedis</i>
Arch. dir. eccl.	<i>Archivio di diritto ecclesiastico</i>
app.	appendice
art.–artt.	articolo–i
can.–cann.	canone–i
cfr.	confronta
cur.–curr.	a cura di
dir.	diretto da
ed.	edizione
estr.	estratto da
fasc.	fascicolo
fol.	<i>folio</i> –foglio
lib.	<i>liber</i> –libro
n.–nn.	numero–i
N.d.R.	nota del redattore
part.	particolare
pos.	<i>positio</i>
q.	<i>quaestio</i>
tit.	<i>titulus</i> –titolo
trad.	tradotto da
vol.–voll.	volume–i

Introduzione

Il presente volume costituisce il tentativo di mettere per iscritto alcune riflessioni sulla dimensione storica del diritto e la sua portata culturale¹. Per questo, occorre innanzitutto offrire al lettore qualche premessa chiarificatrice sull'intitolazione di questo studio prendendo in esame le coppie di concetti: "Storia del diritto" e "cultura giuridica". Sulla prima, la scelta deriva dalla passione di chi scrive per lo studio del diritto nel suo divenire storico; per essere, chi scrive, uno storico del diritto. Qualche tempo fa, parlando con un collega, mi fu detto che sarebbe stato meglio definirci "giuristi storici" piuttosto che "storici del diritto" per una maggiore spendibilità nei confronti di cultori di discipline giuridiche vigenti. All'epoca, forse per la giovane età e per una minore esperienza di quella odierna, assecondai le richieste del collega e introducendo un mio scritto

1. È subito da premettere che non è mia intenzione compiere un *bis in idem* rispetto ad autorevoli studi che già hanno trattato la dimensione culturale del diritto canonico o la "fioritura" della scienza canonistica del Novecento. Partendo dalle sollecitazioni scaturite dallo studio di quei testi, però, desidero comprendere ancora più profondamente la portata culturale del diritto canonico sia in sé considerata sia nel "colloquio" con le altre scienze giuridiche. Sulla dimensione culturale del diritto canonico, si veda J. GAUDEMET, *Il diritto canonico nella storia della cultura giuridica europea*, in R. BERTOLINO (cur.), *Scienza giuridica e diritto canonico*, Torino, 1991, 3–29; R. SOBAŃSKI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in R. BERTOLINO (cur.), *Scienza giuridica e diritto canonico*, 123–150; P. GROSSI, *Diritto canonico e cultura giuridica*, in C. FANTAPPIÈ (cur.), *Itinerari culturali del diritto canonico nel Novecento. Atti dei Seminari di Diritto canonico presso la Facoltà di Giurisprudenza di Urbino*, Torino, 2003, 13–31. Sul rapporto fra diritto canonico e cultura giuridica di una determinata area geografica si rinvia a R. NAVARRO VALLS, *Diritto canonico e cultura giuridica spagnola*, in R. BERTOLINO (cur.), *Scienza giuridica e diritto canonico*, 83–94. Per il contesto italiano si veda la sintesi di P. GHERRI, *Canonistica, codificazione e metodo*, Città del Vaticano, 2007, 121–133. Sulla fioritura della scienza canonistica nel Novecento italiano il riferimento è senz'altro alle riflessioni di P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860–1950*, Milano, 2000, 266–273.

inserito in un volume collettaneo su un tema non strettamente storico-giuridico, mi definii come “giurista storico”.

A distanza di anni mi sono convinto dell’erroneità di quella definizione, soprattutto nelle motivazioni. Non tanto, infatti, perché lo storico del diritto non sia un giurista; anzi, egli si pone nel colloquio con gli altri giuristi addirittura avvantaggiato dalla confidenza con uno “strumentario” preziosissimo: le esperienze giuridiche concluse e le ricchezze di cui sono portatrici². Quanto perché non si deve assolutamente considerare una *capitis deminutio* l’essere “storico del diritto”. Al contrario, semmai, un grande privilegio, perché solo grazie all’approccio storico — senza mai assumere a “trasmettitori di modelli” da trapiantare forzatamente nell’oggi e, peggio ancora, nel futuro — è possibile comprendere un’esperienza giuridica nella sua complessità, valutare le scelte del legislatore, analizzare la portata della norma e l’effetto prodotto sulla comunità, in un modo che sarebbe estraneo al cultore del diritto positivo.

Solo attraverso un tale approccio è possibile essere facitori e, al tempo stesso, portatori di “cultura giuridica”. E veniamo, allora, alla seconda coppia di concetti inserita nel titolo del libro. Essa si presenta come il fulcro portante e, al tempo stesso, il risultato della valorizzazione della dimensione storica del diritto appena indicata. Spieghiamoci meglio. Credo fermamente che si possa parlare di una dimensione culturale del diritto

2. Cfr. P. GROSSI, *Il punto e la linea. L’impatto degli studi storici nella formazione del giurista*, in P. GROSSI, *Società, Diritto, Stato. Un recupero per il diritto*, Milano, 2006, 3–12. Sulle dimensioni sia giuridica sia storica di cui sono portatori gli storici del diritto e su come tale “cifra genetica” abbia reso obbligatorio, nel corso del tempo, un ripensamento degli strumenti adeguati per il “necessario” colloquio scientifico fra giuristi, si vedano le convincenti e puntuali riflessioni di C. STORTI, *Le ragioni di un convegno*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (CURT.), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, XI–XV, in part. XII, e ivi autorevole bibliografia. Sul rilevante ruolo della Storia del diritto, direi maieutico, per la comprensione profonda della dimensione giuridico-normativa del tempo presente e, soprattutto, per la costruzione di quello “futuro”, si rimanda alle interessanti pagine di L. GARLATI, *La Storia siamo noi: la manualistica storico-giuridica e il problema di un’identità disciplinare*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (CURT.), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, 251–260, in part. 253–255.

— una cultura giuridica — solo quando si faccia riferimento all'esperienza giuridica umana con un approccio storico; comprendendo, cioè, i bisogni normativi della comunità e le scelte legislative del detentore del potere politico tenendo in considerazione non solo l'oggi ma anche il passato. Solo così sarà possibile evitare la visione “orba” di chi ritiene il proprio modello giuridico come il migliore mai esistito e, al tempo stesso, un'insensata graduatoria delle singole discipline giuridiche.

Ciò che abbiamo definito “approccio storico” creatore di cultura giuridica sarà testato, come indica il sottotitolo del libro, in un arco temporale ben preciso, il Novecento, e in un ambito del diritto ben determinato, quello della scienza canonistica. Rispetto al periodo storico preso in esame, il ventesimo secolo, e all'area giuridica trattata, il diritto canonico, è necessaria ancora una considerazione preliminare. Si analizzeranno solo gli anni Trenta–Quaranta perché proprio in quel periodo, nonostante la terribile esperienza del secondo conflitto mondiale, il diritto canonico vive una stagione di rinascita scientifica che lo vedrà promotore e facitore di quella cultura giuridica di cui accennavo poco sopra. La “cartina di tornasole” della rinascita della scienza canonistica sarà per noi, dopo aver indicato nella prima parte del libro i principali protagonisti del fermento canonistico, la disamina dei volumi di una rivista fondata nel 1939 da Pio Fedele e da lui diretta fino alla pubblicazione dell'ultima annata nel 1943: l'*Archivio di diritto ecclesiastico*³. Tale analisi, come ben potrà rendersi conto il lettore dando uno sguardo all'indice generale del volume, costituisce, di fatto, la *maior pars* dello studio.

I protagonisti del fermento canonistico e l'*Archivio* — grazie anche alla “disponibilità” di un clima culturale in cui non primeggiava più lo statalismo ma che era pronto ad accogliere una dimensione pluriordinamentale⁴ — hanno senz'altro elevato il diritto canonico, com'è oggi verificabile, a scienza

3. D'ora in poi, nel corpo del testo, abbreviato con *Archivio*.

4. P. GROSSI, *Scienza giuridica italiana. Un profilo storico 1860–1950*, 266.

giuridica in grado non solo di essere apprezzata in sé ma anche, e soprattutto, nell'ambito del "colloquio" con le altre branche del diritto. Con il risultato di fare della scienza canonistica una "protagonista" nella formazione di quella cultura giuridica che costituisce, oggi come allora, il frutto più rilevante di un determinato momento storico e di uno specifico fermento culturale.

Ancora due premesse appaiono necessarie: una metodologica, l'altra relativa alla composizione dell'indice generale del libro. Rispetto alla prima, per ogni annata dell'*Archivio* è stata fatta la scelta di analizzare quel materiale in cui più evidente il diritto canonico appare "formante" di cultura giuridica. Un materiale dal quale possa emergere l'attualità del messaggio ivi inserito; e non per trapiantare un dibattito scientifico o una questione giuridica nell'oggi perché, come si diceva poco sopra, ogni cosa ha il suo tempo. Ma solo perché ritengo sia necessario, per la costruzione di una solida e radicata cultura giuridica, disegnare il presente e immaginare il futuro sempre con uno sguardo proteso al passato e alla ricchezza offerta dalle esperienze giuridiche cronologicamente concluse.

Rispetto alla composizione dell'indice generale del libro, nella seconda parte la numerazione dei capitoli segue le singole annate della rivista ma non si è proceduto — precisazione doverosa per chi intenda consultare i volumi della rivista durante la lettura del libro —, come avveniva al momento della stampa dell'*Archivio*, a un'ulteriore suddivisione dei volumi in fascicoli trimestrali. Sempre sulla seconda parte del volume, il lettore noterà fin da subito che la strutturazione dei singoli capitoli ha una diversa composizione sia per lunghezza sia per materiale inserito. Questo risultato deriva dalla personalissima scelta, e come tale portatrice anche dei limiti che potranno emergere in questo lavoro, di aver voluto prendere in considerazione solo quei contenuti (articoli, recensioni, commenti a sentenze di organi giudicanti civili ed ecclesiastici) in grado di sollecitare quel dibattito e quella disponibilità a discutere fra cultori delle scienze giuridiche proiettati verso la costruzione di una comune cultura giuridica.