

ANTONIO PADOA-SCHIOPPA

## NOTE SUL RUOLO DEL DIRITTO CANONICO E SULLA STORIOGRAFIA GIURIDICA

1. Scopo delle brevi note che seguono è di richiamare l'attenzione su taluni profili della storiografia giuridica soprattutto italiana dedicata al diritto canonico e al diritto ecclesiastico <sup>(1)</sup>, nell'intento di mettere in luce alcuni aspetti del ruolo svolto dal diritto canonico nell'evoluzione dei diritti europei dal medioevo all'età moderna. È opportuno mettere in rilievo, in limine, come nella tradizione universitaria italiana le due discipline — il diritto canonico come diritto della Chiesa, il diritto ecclesiastico come diritto dello Stato concernente i rapporti con le chiese e diretto a delineare la disciplina statale del fenomeno religioso — siano state coltivate in parallelo, spesso (ma non sempre) dai medesimi studiosi. Il diritto ecclesiastico ha sviluppato, all'interno del diritto pubblico, proprie specifiche categorie concettuali e sistematiche. Entrambe le discipline sono state caratterizzate da una particolare attenzione rivolta ai profili storici per opera di molti tra i loro più qualificati cultori.

Tra i tanti scritti che sarebbero degni di menzione, ci si limiterà a considerarne in questa sede soltanto alcuni, di particolare rilievo: una scelta imposta tra l'altro dai limiti dello spazio e del tempo a di-

---

<sup>(1)</sup> Tra le rassegne critiche sulla dottrina ecclesiasticistica e canonistica italiana dell'ultimo secolo si vedano, in particolare: C. MAGNI, *Diritto canonico ed ecclesiastico*, in *Un secolo di progresso scientifico italiano, 1839-1939*, Milano-Roma 1939, pp. 357-385; ivi sono chiaramente descritti anche i principali filoni di ricerca storico-giuridica sul terreno ecclesiasticistico e canonistico sino alle soglie della seconda guerra mondiale; per l'età successiva, O. GIACCHI, *Diritto ecclesiastico e canonico*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*, Milano 1983, pp. 381-403. Per la storia universitaria lombarda, L. MUSSELLI, *L'insegnamento del diritto ecclesiastico nell'Università di Pavia dall'Unità ai Patti Lateranensi (1861-1929)*, in « Bollettino della Società pavese di storia patria », 34 (1982), pp. 182-197. La monografia di S. FERRARI, *Ideologia e dogmatica nel diritto ecclesiastico italiano*, Milano 1979, ricostruisce i filoni culturali e ideologici della recente dottrina ecclesiasticistica italiana.

sposizione. Privilegeremo, con selezione necessariamente drastica ed anche inevitabilmente arbitraria, alcune figure di studiosi e alcune direzioni di indagine storico-giuridica: quelle figure e quelle indagini che meglio hanno contribuito, a nostro avviso, a ricostruire i profili del diritto della Chiesa più direttamente rilevanti per la storia dei diritti secolari. Lascieremo invece da parte gli studi di taglio strettamente storico, concernenti istituti e momenti della storia ecclesiastica non correlati in misura altrettanto cospicua con la formazione dei diritti europei; ed anche gli studi rivolti in modo esclusivo all'analisi e alla storia delle fonti, un filone di ricerche che pure è certamente fondamentale per intendere l'evoluzione e il significato delle istituzioni ecclesiastiche.

Che il diritto canonico abbia esercitato un ruolo di primo piano nella formazione dei sistemi giuridici del continente è del tutto pacifico. Se l'opera ben nota di Harold Berman giunge ad affermare che alla base dell'intera tradizione giuridica occidentale sta la riforma gregoriana del secolo XI — denominata dall'autore « *papal revolution* »<sup>(2)</sup> — anche gli storici meno orientati a riconoscere alla Chiesa un ruolo così determinante non possono negare l'influenza del diritto della Chiesa sui diritti secolari e sull'intera scienza del diritto europeo. Una tale influenza si è manifestata soprattutto in talune fasi storiche, seguendo canali e con esiti molto diversi nei diversi campi del diritto.

2. Un primo aspetto che va posto in rilievo consiste nell'osmosi verificatasi in varie fasi tra la tradizione giuridica romanistica e il diritto canonico. La storiografia ha messo bene in luce — basti fare rinvio agli scritti d'analisi e di sintesi di Jean Gaudemet<sup>(3)</sup> — quanto il diritto della Chiesa dei primi secoli abbia desunto dalle istituzioni e dalla disciplina giuridica romana; né forse avrebbe potuto essere diversamente, dal momento che fu nell'ambito dell'impero romano e del suo diritto che la Chiesa vide la luce. Non solo la termi-

(2) H.J. BERMAN, *Law and Revolution, the Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge (Mass.) and London 1983. Ritengo questa tesi eccessiva nella sua assolutezza, pur convenendo con l'autore sull'immensa importanza del modello canonistico nella storia della tradizione giuridica occidentale.

(3) J. GAUDEMET, *L'Eglise dans l'Empire romain*, Paris 1958, 1979<sup>2</sup>; id., *Les sources du droit de l'Eglise en Occident du II<sup>e</sup> au VII<sup>e</sup> siècle*, Paris 1985. Si veda inoltre la raccolta di saggi di Y. CONGAR, *Droit ancien et structures ecclésiastiques*, London 1982.

nologia fu spesso desunta da quel modello ('diocesi', *iurisdiction*, *accusatio*, e così via), ma ne derivarono molte regole concernenti il processo, l'amministrazione dei beni, la capacità giuridica, la gerarchia delle autorità ecclesiastiche (4). In seguito, nell'alto medioevo, l'adagio « ecclesia vivit iure romano » indicò l'adozione della disciplina giuridica romanistica da parte della Chiesa d'occidente (5). Ed è noto come una precoce recezione di testi della compilazione giustiniana utilizzabili da parte della chiesa sia avvenuta nell'Italia settentrionale dei secoli IX e X, attraverso opere come gli *Excerpta bobiensia*, la *Lex romana canonice compta*, la *Collectio Anselmo dedicata* (6); ed anche in Francia nel secolo XI (7). Ancora più tardi, la costruzione di un diritto processuale canonico venne condotta mediante l'impiego sistematico dei testi del Corpus iuris civilis, e questo a partire dallo stesso Graziano (8).

È opportuno ricordare questi fatti, perché le strette correlazioni tra fonti romanistiche e diritto canonico (9) — l'identità di molti termini tecnici e di non poche categorie concettuali — spiegano in parte le ragioni della penetrazione del diritto canonico nei diritti secolari: dal momento che all'interno di tali diritti la medesima terminolo-

(4) Si vedano le considerazioni di P. LANDAU, *Kanonisches Recht und römische Form, Rechtsprinzipien im ältesten römischen Kirchenrecht*, in « Der Staat, Zeitschrift für Staatslehre », 32 (1993), pp. 553-568.

(5) Un esempio anomalo e interessante tratto dalla prassi giudiziaria è il processo edito in C. MANARESI, *I placiti del Regnum Italiae*, Roma 1955-60, vol. II, n. 236, dell'anno 998: ivi il caso di un messo imperiale che voleva costringere il monastero di Farfa a rispondere in base al diritto romano, come era la regola nelle cause di chiese e monasteri, mentre l'abbazia di Farfa osservava per antico privilegio il diritto longobardo.

(6) Su ciò si rinvia alle sintesi tuttora insuperate di M. CONRAT (COHN), *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts im frühen Mittelalter*, rist. Aalen 1963; e di P. FOURNIER e G. LE BRAS, *Histoire des Collections canoniques en Occident depuis les Fausses Décretales jusqu'au Décret de Gratien*, 2 voll., Paris 1931.

(7) Si veda O. GUILLOT, *A propos d'une lettre de Fulbert de Chartres à Foulques Nerra, un cas de droit savant avant la lettre?*, in *Droits savants et pratiques françaises du pouvoir (XI<sup>e</sup>-XV<sup>e</sup> siècles)*, sous la direction de Jacques Krynen et Albert Rigaudière, Presses Universitaires de Bordeaux, 1992, pp. 15-38.

(8) A. VETULANI, *Sur Gratien et les Décretales*, London 1990 (« Variorum Reprints », 308).

(9) G. LE BRAS, *Le droit romain au service de la domination pontificale*, in « Revue historique de droit français et étranger », 27 (1949), pp. 377-398; J. GAUDEMET, *L'apport du droit romain aux institutions ecclésiastiques (XI<sup>e</sup>-XIII<sup>e</sup> siècles)*, in *Chiesa, diritto e ordinamento* [1986], pp. 174-198.

gia romanistica e le medesime categorie concettuali avevano ottenuto nel tempo larghissimo corso, non fosse che per il tramite della formazione universitaria superiore, compiuta su quei testi e comune all'intera Europa continentale.

3. L'influenza del diritto canonico sui diritti secolari si esercitò per il tramite di diversi canali, in varie forme, in distinti settori dell'ordinamento giuridico. Ci limiteremo a prospettare, per semplici cenni, alcuni esempi di particolare rilievo.

La Chiesa poté fornire allo stato modelli di organizzazione del potere finalizzati al conseguimento del controllo sul territorio. Ciò avvenne in particolare con l'istituto dell'*appello*, che aveva consentito al papato (specie nei secoli XII e XIII) una centralizzazione rigorosa delle decisioni. Fu in effetti l'appello a determinare, tra la seconda metà del XII secolo e la prima metà del XIII, l'enorme afflusso di decisioni alla Curia romana del quale Bernardo di Chiaravalle ebbe occasione di esprimere un paterno rimprovero al suo allievo divenuto papa, Eugenio III<sup>(10)</sup>. Tra l'altro, l'appello canonico, a differenza dell'appello disciplinato dalle fonti romanistiche, poteva venire esperito anche avverso provvedimenti interlocutori, ed anche (spessissimo) « omisso medio », prima ancora che il vescovo o il giudice ordinario ecclesiastico avessero iniziato l'esame della causa<sup>(11)</sup>. Dell'appello romano-canonico Stati come la Francia dei secoli XIV e XV<sup>(12)</sup> — ma anche gli stati italiani del rinascimento, la Castiglia, i Paesi Bassi, la Germania dei principati territoriali e dell'impero, ed altri stati ancora<sup>(13)</sup> — imitarono molte regole di procedura, pur con numerose variazioni locali e temporali.

(10) BERNARDO DI CHIARAVALLE, *De consideratione* (1153), (1149-1152), (in PL 182, cc. 727-808).

(11) Rinvio su ciò ad A. PADOA-SCHIOPPA, *I limiti dell'appello nelle decretali di Alessandro III*, in *Proceedings of the Eighth International Congress of Medieval Canon Law*, ed. by S. Chodorow, Città del Vaticano 1992, pp. 387-406.

(12) J.R. STRAYER, *On Medieval Origins of the Modern State*, Princeton N.J. 1973, ha giustamente sottolineato l'importanza determinante dell'istituto dell'appello come strumento di centralizzazione da parte della monarchia francese, in ciò differenziatasi dalla monarchia inglese che aveva da tempo privilegiato, allo stesso fine, la via delle Corti di common law, aperte ai sudditi per determinate categorie di cause e con particolari procedure.

(13) Si rinvia, al riguardo, ai saggi contenuti nel volume *Legislation and Justice, Legal Instruments of Power*, ed. A. Padoa-Schioppa and W. Blockmans, Oxford University Press, in corso di stampa (nella serie « The Origins of the Modern State in Europe, XIII-XVIII Centuries »).

Sul terreno delle regole processuali, il ruolo del diritto canonico è stato particolarmente incisivo. Se la condanna dei procedimenti ordalici avvenuta nel Sinodo Lateranense del 1215 ha tra l'altro provocato riflessi negli ordinamenti secolari di Francia e d'Inghilterra <sup>(14)</sup>, non meno significativi sono stati gli effetti esterni alla Chiesa del *procedimento inquisitorio*: prima gli statuti dei comuni italiani del tardo Duecento e del Trecento, quindi anche le riforme di alcuni ordinamenti monarchici introdussero con crescente estensione il principio dell'iniziativa pubblica e giudiziale nell'accertamento dei crimini e nella raccolta delle prove penali, lasciando gradualmente sullo sfondo la procedura accusatoria che era stata tipica della prima età comunale. Se è vero che nei testi giuridici giustinianei si rinvengono già non pochi elementi della procedura « per inquisitionem », e se è altrettanto vero che altri elementi di tal segno furono introdotti in talune fasi della storia giuridica altomedievale, è indubbio che l'*inquisitio* canonistica elaborata a partire dal Duecento costituì un punto di riferimento per gli ordinamenti secolari, che la condussero ad esiti ulteriori: basti por mente all'*Ordonnance criminelle* di Luigi XIV del 1670 <sup>(15)</sup>. Anche la procedura canonistica della *denuntiatio*, studiata tra gli altri da Piero Bellini <sup>(16)</sup>, ha esercitato un'influenza sugli ordinamenti secolari.

Analoghe conclusioni possono trarsi riguardo al tema cruciale delle *prove* ed a quello delle presunzioni, che gli *ordines iudiciorum* canonistici (insieme con quelli civilistici) elaborarono secondo una logica costruita sul meccanismo delle regole predefinite di ammissione e di valutazione della prova, profondamente differente rispetto a quello del processo romano <sup>(17)</sup>. Quanto alla tutela giurisdizionale del possesso, è appena il caso di rammentare l'importanza dell'apporto canonistico alla elaborazione della dottrina dell'*actio spoli*, ricostruita magistralmente or è circa un secolo da uno dei maestri della scienza

<sup>(14)</sup> Per la Francia, si considerino le ordinanze di Luigi IX, coeve all'istituzione del Parlamento di Parigi e abolitive delle ordalie; per il regno d'Inghilterra, i progressi della giuria civile e penale, svincolata da pratiche ordaliche.

<sup>(15)</sup> J.-M. CARBASSE, *Introduction historique au droit pénal*, Paris 1990, pp. 146-154.

<sup>(16)</sup> P. BELLINI, « *Denunciatio evangelica* » e « *denunciatio iudicialis privata* », un capitolo di storia disciplinare della Chiesa, Milano 1936.

<sup>(17)</sup> A. GIULIANI, *Il concetto di prova*, Milano 1961; quest'opera pone in rilievo, tra l'altro, il recupero di moduli della logica ermagorea da parte della dottrina giuridica del secolo XII.

del diritto ecclesiastico e canonico in Italia, Francesco Ruffini<sup>(18)</sup>; anche su questo terreno, elementi di origine romanistica si sono combinati con spunti teorici e con contributi normativi canonistici, non senza influssi di istituti risalenti alla prassi altomedievale<sup>(19)</sup>. In Inghilterra come in Francia ed altrove, gli strumenti introdotti a tutela del possesso tra il XII e il XIV secolo furono foggiate anche sulla base delle regole già elaborate dal diritto canonico.

4. Dalla nozione di *officium* — che si rinviene nell'ambito del diritto canonico sin dal secolo XI, come ricerche recenti hanno dimostrato<sup>(20)</sup> — la dottrina canonistica dell'età classica giunse a distinguere la « funzione » dalla « persona » e a sviluppare con lucidità, su questo presupposto, una serie di corollari giuridici<sup>(21)</sup>. Gli stati moderni ne trassero elementi importanti per l'elaborazione della dottrina sull'ufficio e sull'ufficiale: cariche fungibili, gerarchicamente dipendenti dal potere centrale e disponibili, a determinate condizioni, secondo la volontà del sovrano. Un altro degli istituti più tipici dei moderni stati si aggancia pertanto a nozioni nate nell'ambito del diritto della Chiesa.

Le regole e le dottrine elaborate dai canonisti sulle procedure di decisione presso gli organi collegiali — in particolare, le regole sul *principio maggioritario* — esercitarono anch'esse la loro influenza sugli organi collegiali dei poteri secolari. Si tratta di uno dei casi più cospicui in cui l'elaborazione di regole canonistiche ha avuto riflessi relevantissimi sugli ordinamenti secolari. Le ricerche di Edoardo Ruffini<sup>(22)</sup> hanno mostrato con chiarezza le vie seguite dalla dottrina del diritto canonico nell'elaborazione della teoria della *maior et sanior pars*. Sono pagine tra le più significative scritte dalla storiografia ca-

(18) F. RUFFINI, *L'actio spolii, studio storico-giuridico*, Torino 1989.

(19) Si fa riferimento all'istituto dell'*investitura salva querela*, creazione del Tribunale del Palatium pavese dei secoli X e XI, su cui G. MENGOLZI, *Ricerche sulla Scuola di Pavia*, Pavia 1924.

(20) P. LANDAU, *Officium und libertas christiana*, München 1991 ('Bayerische Akademie der Wissenschaften, Phil.-hist. Kl., Jh. 1991, Heft 3).

(21) Si veda U. WOLTER, *The « Officium » in Medieval Ecclesiastical Law as Prototype of Modern Administration* nel volume *Legislation and Justice* cit. (sopra, nota 13).

(22) E. RUFFINI, *La ragione dei più*, Bologna 1977; il volume riproduce i principali scritti dedicati dall'autore alla storia del principio maggioritario, risalenti agli anni 1925-1927; tra essi uno è dedicato al principio maggioritario nella storia del diritto canonico.

nonistica italiana; anche perché esse mostrano con ricchezza di dati e di fonti utilizzate, quanto sia stato costante e fitto l'intreccio tra diritto statutario e diritto canonico, tra dottrina dei canonisti e teorie civilistiche sul fronte dei sistemi di deliberazione collettiva messi a punto con tanta dovizia di soluzioni nell'Italia dei comuni.

Negli stessi anni, Cesare Magni dava alle stampe un'indagine sulle elezioni episcopali<sup>(23)</sup> che affrontava, partendo dall'alto medioevo, temi connessi: le regole e le prassi relative all'elezione all'episcopato — come d'altronde quelle per l'elezione del pontefice, modificate in seguito alla riforma fondamentale del 1059<sup>(24)</sup> — furono in effetti un banco di prova determinante per la teoria delle deliberazioni collettive, come lo furono le elezioni monastiche alla carica abbaziale, studiate da Paolo Grossi<sup>(25)</sup>, al quale si deve anche una ricerca sulla storia del principio dell'*unanimitas*<sup>(26)</sup>, strettamente intrecciata con quella del principio maggioritario.

I caratteri e i limiti della partecipazione alle decisioni collettive furono, come è noto, discussi in profondità dai giuristi medievali utilizzando (tra l'altro) l'adagio « quod omnes tangit debet ab omnibus approbari »; tratto da un testo romanistico in tema di tutela, l'adagio venne ampiamente considerato anche dai canonisti, come la storiografia ha messo in luce<sup>(27)</sup>.

Un istituto di capitale importanza in quasi tutti i campi del diritto pubblico, privato e processuale fu, come è noto, il giuramento<sup>(28)</sup>: un istituto che comporta l'innesto diretto della fede religiosa nei negozi umani e che, pertanto, costituisce un segno rivelatore dei rapporti tra religione e diritto. Esso venne ampiamente disciplinato anche dalle fonti canonistiche<sup>(29)</sup>, ma viene qui rammentato non

(23) C. MAGNI, *Ricerche sopra le elezioni episcopali in Italia durante l'alto medioevo*, Roma 1928-30, 2 voll.

(24) Su cui D. JASPERS, *Das Papstwahldekret von 1059: Überlieferung und Textgestalt*, Sigmaringen 1986.

(25) P. GROSSI, *Le abbazie benedettine nell'alto medioevo italiano, struttura giuridica, amministrazione e giurisdizione*, Firenze 1957.

(26) P. GROSSI, *Unanimitas*, in « Annali di storia del diritto », 1958.

(27) G. POST, *Studies in Medieval Legal Thought, Public Law and the State, 1100-1322*, Princeton N.J., 1964; A. GOURON, « Aux origines de la maxime Quod omnes tangit », in *Histoire du droit social, Mélanges Jean Imbert*, Paris 1989, pp. 277-86.

(28) *Le serment*, éd. par R. Verdier, Paris 1991, 2 voll.

(29) J. GAUDEMET, *Le serment dans le droit canonique médiéval*, in *Le serment* (nota 28), II, pp. 63-75.

tanto per gli influssi ripetutamente esercitati dalla normativa della Chiesa in tema di giuramento sui diritti secolari, quanto per il ruolo rivestito dal giuramento stesso nelle obbligazioni politiche — sia dal versante dell'autorità sia dal versante dei sudditi — a partire dal mondo antico sino alle soglie del presente: come una monografia recente dovuta a Paolo Prodi ha bene illustrato<sup>(30)</sup>. Altri profili per i quali il diritto pubblico europeo si è ispirato al modello canonistico sono richiamati in pagine recenti di Piero Bellini<sup>(31)</sup>.

5. Un altro fronte sul quale il pensiero canonistico ebbe influenza grande sulle moderne dottrine giuridiche è quello di taluni istituti e principi in senso lato appartenenti al terreno del diritto privato<sup>(32)</sup>. Ci limiteremo anche qui a pochi esempi di particolare rilevanza.

La nozione moderna di persona giuridica è frutto di un lavoro di scavo al quale la dottrina canonistica diede un apporto determinante. Nell'opera di colui che fu forse — insieme con Enrico da Susa e negli stessi anni della metà del Duecento — il massimo tra i canonisti dell'età classica, cioè Sinibaldo dei Fieschi (poi papa Innocenzo IV), è dato rinvenire la prima formulazione della persona giuridica come « persona ficta ». Dopo le pagine di Otto Gierke e dopo il saggio di Francesco Ruffini<sup>(33)</sup>, la storiografia ha posto in luce altri aspetti della storia di questa idea, ma il ruolo del pensiero canonistico non è stato smentito. Così come esso è stato rilevante in tema di buona fede, oggetto di un altro studio di rilievo dovuto ancora a Ruffini<sup>(34)</sup>.

Altrettanto rilevanti sono gli apporti del pensiero dei decretisti e dei decretalisti sul tema della rappresentanza negoziale. Ricerche pub-

<sup>(30)</sup> P. PRODI, *Il sacramento del potere, Il giuramento politico nella storia costituzionale dell'Occidente*, Bologna 1992.

<sup>(31)</sup> P. BELLINI, *Influenze del diritto canonico sul diritto pubblico europeo*, in *Diritto canonico e comparazione*, Torino 1992, pp. 35-88.

<sup>(32)</sup> Si vedano su ciò le considerazioni di K.W. NÖRR, *Il contributo del diritto canonico al diritto privato europeo*, in *Diritto canonico e comparazione*, Torino 1992, pp. 13-33.

<sup>(33)</sup> F. RUFFINI, *La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi e in F. C. di Savigny*, in *Studi giuridici dedicati e offerti a Francesco Schupfer*, Torino 1898, II, pp. 313-393.

<sup>(34)</sup> F. RUFFINI, *La buona fede in materia di prescrizione, storia della teoria canonistica*, Torino 1892; si veda, da ultimo, G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in « *Digesto Italiano IV, Diritto privato* », 2 (1988), pp. 133-154.

blicate in anni non lontani <sup>(35)</sup> hanno consentito di vedere come in almeno due fasi — nei primi anni del Duecento e fra Tre e Quattrocento — si possano rinvenire spunti significativi di anticipazione della moderna nozione di rappresentanza diretta, che i giuristi romani avevano solo parzialmente e indirettamente sviluppato.

È noto il principio in virtù del quale i « nuda pacta » nel diritto romano non generavano obbligazione, ma solo eccezioni. Alle origini della moderna vincolatività dei patti sta, una volta di più, la dottrina canonistica intermedia che elaborò — sulla base del postulato morale per il quale occorre il rispetto dell'impegno preso — le regole e gli strumenti atti a rendere giuridicamente obbligante ed esigibile l'impegno assunto anche in virtù di una semplice promessa. Un'ampia indagine di Piero Bellini <sup>(36)</sup> ha analizzato taluni profili di questa tematica nella storia del diritto canonico.

È appena il caso di rammentare quali fondamentali contributi siano venuti dal diritto canonico alla teoria e alla disciplina del matrimonio, che sino al moderno giurisdizionalismo restò appannaggio della Chiesa e del suo diritto: sono apporti ben riconoscibili quanto alle caratteristiche del consenso dei nubendi, quanto ai vizi della volontà, quanto alla dottrina sugli impedimenti, quanto alla forma. Fu un campo ove teologia e diritto si intrecciarono in più occasioni, anche perché di origine scritturistica era il caposaldo dell'indissolubilità, estraneo al diritto romano. Tra i contributi di taglio storico della dottrina ecclesiastica italiana si possono ricordare, tra gli altri, quelli di Pietro Vaccari per il medioevo e quelli di Carlo Arturo Jemolo per l'età moderna <sup>(37)</sup>.

6. Un aspetto della storia della Chiesa d'occidente assume, in considerazione dei suoi effetti, un'importanza particolare. Si tratta della distinzione tra l'autorità civile e l'autorità religiosa, tra Stato e Chiesa. Le fasi di parziale commistione tra le due sfere sono state

---

<sup>(35)</sup> U. MÜLLER, *Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrages zugunsten Dritter*, Stuttgart 1969; A. PADOA-SCHIOPPA, *Sul principio della rappresentanza diretta nel diritto canonico classico*, in « Proceedings of the Fourth International Congress of Medieval Canon Law », Città del Vaticano 1976, pp. 107-131.

<sup>(36)</sup> P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico*, Milano 1964.

<sup>(37)</sup> P. VACCARI, *Scritti di storia del diritto privato*, Padova 1956; A.C. JEMOLO, *Il matrimonio nel diritto canonico dal Concilio di Trento al Codice del 1917*, Milano 1941, nuova ed. Bologna 1993.

numerose e intense già in età tardo-antica e poi di nuovo nel periodo carolingio e feudale<sup>(38)</sup>. Ma la reazione radicale avvenuta nel secolo XI con la riforma « gregoriana » pose le basi per un'affermazione di autonomia della Chiesa, diretta allo scopo di affrancarla dai vincoli del mondo feudale; così come, alla fine del mondo antico, l'atteggiamento del vescovo Ambrogio di fronte all'imperatore Teodosio aveva segnato una linea di distinzione della Chiesa dal potere temporale, quale invano si cercherebbe nell'impero bizantino.

La rivendicazione di autonomia, coronata dal successo per opera di papi e vescovi e monaci di straordinaria energia, comportò non soltanto il rafforzamento della *libertas ecclesiae* e della sua organizzazione, ma anche la contrapposta rivendicazione dell'autonomia della sfera temporale: questa trovò una precoce teorizzazione già nei « libelli de lite » di parte imperiale del secolo XI, e più tardi condurrà alle riforme antiecclesiali di Filippo il Bello, alla politica viscontea e soprattutto a quella veneziana di contenimento del potere ecclesiastico, alle controversie giurisdizionalistiche del secondo Cinquecento nei paesi rimasti cattolici, alle tesi di Pietro Giannone e di Paolo Sarpi, al giurisdizionalismo settecentesco.

Fasi e tesi diversissime e lontane tra loro, ma tutte ispirate dal proposito di tenere distinti Stato e Chiesa. Siamo di fronte ad una specificità dell'occidente europeo rispetto ad altre civiltà — dalla cinese all'islamica, dall'ebraica alla stessa civiltà bizantina — che trova le sue radici non solo nel precetto evangelico « date a Cesare... », di straordinaria importanza a questo fine, ma in momenti cruciali della stessa storia della Chiesa.

Una sezione tra le più significative della storiografia giuridica italiana è stata appunto rivolta allo studio dei rapporti tra Stato e Chiesa dal medioevo all'età moderna. È questo un filone di studi che indirettamente si riallaccia alla cultura del giurisdizionalismo seicentesco e settecentesco; si riallaccia cioè ad un filone culturale rivolto a sottolineare — anche con le armi della storia — i diritti e le prerogative dello stato nei confronti della chiesa. Nella parte maggiore degli autori e delle opere, peraltro, la motivazione prevalente è di natura storica e giuridica, anche se venature ideologiche

---

<sup>(38)</sup> Su ciò è tuttora fondamentale G. TELLENBACH, *Libertas, Kirche und Weltordnungen im Zeitalter des Investiturstreits*, Stuttgart 1936.

sono non di rado avvertibili. Basti menzionare i nomi e le opere di Francesco Scaduto <sup>(39)</sup>, di Arrigo Solmi, di Silvio Pivano, e più recentemente, per l'età contemporanea, di Arturo Carlo Jemolo, autore di opere ormai divenute classiche <sup>(40)</sup>.

7. Su un piano ancora più generale, non è possibile non fare almeno un accenno al ruolo svolto, anche sul terreno proprio del diritto, da talune concezioni di fondo della concezione cristiana dell'uomo e della società.

Ci riferiamo, in particolare, alla rilevanza dell'elemento soggettivo per l'accertamento e la sanzione della responsabilità penale: un tema al quale avevano fornito spunti anticipatori già i libri penitenziali dell'alto medioevo e poi le *Summae confessorum*; mentre fu la dottrina canonistica classica — studiata da Stephan Kuttner e da altri (tra i quali, per un aspetto specifico, Vito Piergiovanni) <sup>(41)</sup> — ad elaborare organicamente tali spunti in teorie sulla colpa, certo influenzate da elementi tratti dalla dottrina sul peccato, sull'intenzionalità, sulla penitenza.

Ancora più fondamentale è la nozione di « persona »: una nozione che da radici religiose — « non vi sono più né schiavi né liberi... » — sviluppa frutti di estrema rilevanza sul terreno del diritto, sia pure attraverso un cammino accidentato che attraversa i secoli. La pari dignità di ogni uomo, indipendentemente dallo status sociale di appartenenza, è esplicitata in più passi neotestamentari e va contro assetti e regimi di tutt'altro segno. In parte, tali frutti sono maturati per influenza diretta della Chiesa, peraltro a sua volta non certo immune da stratificazioni sociali e da compromissioni con la mentalità « del secolo » (o piuttosto dei secoli). In parte, la conseguenze di ordine giuridico coerenti con le premesse accennate furono tratte

---

<sup>(39)</sup> Una delle figure centrali della scienza ecclesiasticistica italiana, autore tra l'altro di alcune monografie storiche, tra le quali *Stato e Chiesa nelle due Sicilie dai Normanni ai giorni nostri*, Palermo 1887; *Stato e Chiesa sotto Leopoldo I di Toscana*, Firenze 1885.

<sup>(40)</sup> A.C. JEMOLO, *Chiesa e Stato in Italia dalla unificazione a Giovanni XXIII*, Torino 1974: per l'età più antica, importanti sono i volumi di Jemolo su *Stato e Chiesa negli scrittori politici del Sei e Settecento* e sul *Giansenismo in Italia*; un tema, quest'ultimo, trattato anche da Francesco Ruffini.

<sup>(41)</sup> S. KUTTNER, *Kanonistische Schuldehre von Gratian bis auf die Dekretalen Gregors IX*, Città del Vaticano 1935; V. PIERGIOVANNI, *La punibilità degli innocenti nel diritto canonico dell'età classica*, Milano 1971, 2 voll.

in età moderna, attraverso il processo che la storiografia ha denominato di « secolarizzazione »<sup>(42)</sup>: un processo di grande portata, anche se ancora mal noto, che ha condotto alla promozione — sul piano delle idee e sul piano delle realizzazioni — di una gran parte delle riforme civili e politiche moderne. Non va dimenticato il legame, che la storiografia ha messo in chiara luce, tra le posizioni della Seconda scolastica spagnola<sup>(43)</sup> e le tesi del giusnaturalismo « laico », a cominciare dall'opera capitale di Ugo Grozio, che tanto deve (per riconoscimento dello stesso autore) alla Scuola di Salamanca: la presa di distanza rispetto al diritto positivo in nome del diritto naturale, e il tentativo di identificare i precetti di quest'ultimo nei più diversi settori dell'ordinamento pubblico e privato trovano qui una delle loro fonti primarie.

Dai *Bills of rights* all'eguaglianza civile, dall'affermazione dei diritti dell'uomo all'estensione dei diritti politici, dal suffragio universale ai diritti riconosciuti ai lavoratori, dalla protezione delle fasce deboli allo « stato sociale »: sono fasi e realtà senza dubbio estremamente differenziate, nelle quali peraltro è riconoscibile — e talora anche documentabile — una matrice religiosa. Una matrice che non di rado condusse ad iniziative prese in contrasto con le posizioni assunte dalle chiese coeve. Ma a questo riguardo siamo ai margini della problematica del diritto canonico e della sua influenza sui diritti secolari.

8. Su un ultimo aspetto vorremmo richiamare l'attenzione, concernente non più l'influenza esercitata dal diritto canonico su singoli istituti o principî dei diritti secolari bensì il ruolo che la teologia e il diritto della Chiesa svolsero nella formazione di una specifica scienza del diritto nell'occidente europeo.

Ci riferiamo a due elementi di particolare rilievo. Il primo consiste nella formulazione dei criteri che debbono presiedere all'opera di interpretazione di fonti normative tra loro almeno apparentemente contrastanti. Le premesse di Ivo di Chartres al *Decretum*<sup>(44)</sup> — ma anche, negli stessi anni della fine dell'XI secolo, taluni scritti di

(42) *Cristianesimo, secolarizzazione e diritto moderno*, a cura di L. Lombardi Vallauri e G. Dilcher, Milano 1981 (« Per la storia del pensiero giuridico moderno », 11-12).

(43) *La Seconda Scolastica nella formazione del diritto moderno*, a cura di P. Grossi, Milano 1973.

(44) IVO DI CHARTRES, *Decretum*, prologo « de consonantia canonum » (in Migne, *Patrologia Latina*, vol. 161, cc. 47-60).

Bernoldo da Costanza e di Algeri di Liegi — enunciano una serie di principî atti a consentire all'interprete e al giudice ecclesiastico il superamento del contrasto tra i canoni: si distingue tra norme di diritto divino e norme di diritto umano, tra legge e privilegio, tra precetto e consiglio, tra giustizia e misericordia, tra norma locale e norma universale e così via. Mezzo secolo più tardi, Graziano applicherà questi criteri nella composizione della sua *Concordia discordantium canonum*, che segna l'inizio della grande stagione del diritto canonico classico.

Nel frattempo era nata la scuola di Bologna, e con essa la nuova scienza giuridica dei glossatori civilisti. Forse il risultato più originale — e in pari tempo più duraturo — della Glossa consiste nella messa a punto di una tecnica sapiente di analisi delle norme scritte, allo scopo di mostrarne da un lato la non contraddittorietà (attraverso il metodo della *distinctio*), d'altro lato l'adeguatezza a risolvere ogni possibile caso ipotetico o concreto (attraverso la risoluzione delle *quaestiones*). Sono due obbiettivi e due metodi di importanza centrale per la scienza giuridica moderna, che si fonda sul primato della legge scritta, concepita a sua volta quale fonte tendenzialmente esclusiva del diritto. Se è innegabile che la prima organica applicazione di tali tecniche al mondo del diritto sia avvenuta per opera dei glossatori civilisti, non si può non osservare d'altro canto che precisamente le medesime tecniche erano state collaudate da secoli nell'interpretazione e nell'applicazione di un'altra legge scritta: la legge divina consegnata nei testi della Scrittura.

Non è azzardato ritenere che proprio il modello dell'interpretazione scritturistica — la Scrittura non poteva contraddirsi, in ragione della fonte dalla quale proveniva: precisamente come esente a priori da contraddizioni i glossatori considerarono il *Corpus iuris civilis* — abbia costituito il punto di riferimento dei glossatori<sup>(45)</sup>: un modello che, proprio già della tradizione ebraica e rabbinica, e quindi ampiamente sviluppato dalla patristica cristiana<sup>(46)</sup>, era tendenzialmente estraneo alla tradizione religiosa (ma anche alla tradizione giuridica) sia dei Greci che dei Romani.

(45) Su ciò rinvio alle considerazioni da me svolte in occasione del nono Congresso Internazionale di Storia del diritto canonico medievale, München 1992, in corso di stampa negli Atti del convegno con il titolo *Il diritto canonico come scienza nella prospettiva storica, alcune riflessioni*.

(46) Fondamentale al riguardo H. DE LUBAC, *Exégèse médiévale, Les quatre sens de l'Écriture*, Paris 1959, trad. it. *Esegesi medievale*, parte I, vol. I, Milano 1986.

Dalla scuola dei civilisti bolognesi la nuova tecnica giuridica passerà dopo pochi anni, da Graziano in poi, anche nella scuola dei decretisti e dei decretalisti. Ciò non deve indurre a sottovalutare l'importanza del doppio legame ora richiamato: il legame con la tecnica dell'interpretazione scritturistica da un lato, il legame con la prima formulazione programmatica di canonisti come Ivo di Chartres dall'altro. Entrambi i legami, attraverso il fitto interscambio tra teologia e diritto che caratterizza una fase non breve della storia del diritto (e dello stato), medievale e moderno <sup>(47)</sup>, rinviano alla tradizione della cultura teologica.

---

(47) Ci limitiamo a citare B. TIERNEY, *Religion, Law and the Growth of Constitutional Thought, 1150-1650*, Cambridge 1982; e *Théologie et droit dans la science politique de l'Etat moderne*, Rome 1991 ('Bibliothèque de l'Ecole Française de Rome', 147).