

bre. Concepto que siempre fue defendido por la Iglesia católica frente a Lutero, Calvino o el Jansenismo (págs. 211-217).

Gianni Long, a través de los diversos debates, comentarios de la prensa (*Quotidiano*, *Osservatore romano*), encuentros (*Settimana sociale di Firenze*) y movimientos asociacionistas católicos, nos ofrece una precisa visión de la compleja realidad de aquel período histórico.

Respecto a la Iglesia evangélica, el autor se ha limitado a examinar, entre los numerosísimos documentos de fuentes protestantes sobre la libertad religiosa (años 1946-47) enviados a la «Costituyente», por el Consejo federal de la Iglesia evangélica de Italia, los más significativos e ilustrativos de su ideología o postura (pág. 267).

Esta segunda parte finaliza con el capítulo undigésimo, donde se ponen de manifiesto las vicisitudes que vivió la Comunidad hebrea y su aspiración a obtener la plena igualdad de cultos en el ámbito constitucional.

La tercera y última parte, titulada «Libertad religiosa y opciones del proceso constituyente», engloba tres capítulos que tratan respectivamente de: el Derecho eclesiástico y los orígenes del proceso constituyente; distintas opciones de los constituyentes, y, consideraciones finales.

Esta obra, de obligada lectura para los amantes de la Historia y del Derecho eclesiástico del Estado, amenizada y enriquecida por la inclusión en letra pequeña de los principales textos contenidos en la prensa, discursos y programas de los partidos y personajes más relevantes de aquel momento, constituye, sin duda, otra importante aportación al campo de la normativa en materia de libertad religiosa y de relaciones Estado-Confesiones religiosas operantes en Italia, tras la entrada en vigor del «pluralismo confesional».

M.^a ANGELES FÉLIX BALLESTA

MARTÍNEZ TORRÓN, JAVIER, *Derecho angloamericano y Derecho canónico. Las raíces canónicas de la «common law»*, Editorial Civitas, S. A. (Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense), Madrid, 1991, 210 págs.

In questo decisivo studio, dal carattere assolutamente peculiare nel metodo e nei contenuti, l'Autore affronta il nodo delle influenze che il diritto canonico esercitò sul sistema giuridico sviluppatosi nelle isole britanniche come tradizione giuridica autonoma ed originale. Trattasi di un esercizio, se non inedito, certo profondamente innovativo. Martínez Torrón tocca questioni già in parte note alla canonistica (ad esempio, circa l'opera di Saint German, egli non ignora il preziosissimo contributo di L. de Luca, «Aequitas canonica ed equity inglese alla luce del pensiero di C. Saint Germain», in *Ephemerides Iuris Canonici*, I, 1947, 46-60) ma con un taglio ed un progetto complessivo capaci di rappresentare una vera e propria nuova pista di ricerca sulla quale già qualche autore si sta incamminando (per tutti segnaliamo B. Ferme, «The Canon Law Culture of Medieval England», in *Periodica*, 82, 1993, 27-54).

Nel volume appare poco a poco, diremmo per scoperta induttiva, come nel nascente diritto britannico i tribunali della *common law*, il tribunale della Cancelleria e i tribunali ecclesiastici si incrociarono in uno sviluppo unico cui il diritto canonico classico, col suo patrimonio di dottrina e giurisprudenza, contribuì grandemente. Dobbiamo allora rivedere certi stereotipi del nostro pensiero giuridico occidentale, se è vero che «... *la tradición jurídica angloamericana tiene más elementos comunes con el Derecho continental de lo que habitualmente se piensa*» (pág. 197).

L'autore individua il principale punto di contatto tra i due sistemi nella ampia comunicazione di materiale giuridico che fu possibile in seno ad alcune corti, i tribunali ecclesiastici (*Courts christian*) anzitutto, ma anche corti reali alternative ai tribunali di *common*

law e basate sull'*equity* (*Court of Chancery*) oppure sul diritto commerciale (*Court of Admiralty*).

Circa l'esperienza delle *Courts christian*, l'autore nota come, dopo il 1066 (battaglia di Hastings), esse entrarono immediatamente in contrasto con la strategia centralizzatrice del Conquistatore che inaugurò una monarchia, prima normanna e poi angioina, fortemente impegnata in una radicale riforma dell'amministrazione della giustizia. Tale riforma, a sviluppo compiuto, avrebbe presentato due grandi tribunali centrali di *common law*, la *Court of King's Bench* e la *Court of Common Pleas*, affiancati da un organo amministrativo di corte, la *Curia Regis* e da un complesso sistema di giustizia itinerante. Principale avversario della riforma era stato quel sistema feudal-consuetudinario preesistente di cui i tribunali ecclesiastici erano parte integrante. Per Martínez Torrón la strategia di Guglielmo I perseguì una netta supremazia regale sulla struttura ecclesiastica da ottenersi attraverso quel processo di separazione delle competenze dei tribunali ecclesiastici e civili che si sarebbe in seguito compiuto prima con le costituzioni di Clarendon di Enrico II e poi con l'*Act of Supremacy* di Enrico VIII che sostituì il re al papa come fondamento autoritativo dei tribunali ecclesiastici. L'incalzante sottrazione di competenze compresse gli spazi giurisdizionali ecclesiastici per cui il cittadino rispondeva all'autorità ecclesiastica solo se ad essa in qualche modo ricondotto dal proprio status personale: di chierico (si veda l'istituto del *benefit of clergy*), di coniuge (matrimonio, filiazione, ecc.), di testatore (essendo sempre la Chiesa potenziale beneficiaria), o di contraente sotto giuramento. Nel processo giocò un ruolo fondamentale il ricorso ai *writs*, «*formas de acción*» che «*consistían fundamentalmente en documentos que possibilitaban la actuación de los tribunales reales*» (pág. 32), ovvero «*órdenes emanadas de la Cancillería, y dirigidas a las autoridades locales (...) indicando que en un caso determinado se iniciara el correspondiente proceso ante la jurisdicción real*» (pág. 33). La competizione tra le due giurisdizioni si sostanziò insomma in una sequenza discontinua di *conflictos y cooperación*: la Corona collaborò incarcerando i sudditi colpiti da scomunica, e la Chiesa scomunicando chi violava le disposizioni della *Magna Carta*, ma il conflitto non fu mai estinto. Poteva darsi che i tribunali ecclesiastici non rispettassero il sistema dei *writs*, arrogandosi una giurisdizione esclusiva (come in materia di decime e di contratti con giuramento) oppure che i tribunali reali assorbissero competenze canoniche, ad esempio in materia di esecuzione testamentaria o di processi per stregoneria. Una celebre disputa circa il diritto applicato in questa fase dalle *Courts christian* coinvolse due autorevoli storici della *common law*, Stubbs, per il quale il diritto canonico applicato in Inghilterra fu assolutamente particolare (atipico) e Maitland, secondo cui il diritto applicato restò il diritto canonico romano. Martínez Torrón preferisce una posizione intermedia: proprio quelle variazioni locali (inglesi) che apparentemente alteravano il diritto canonico applicato nel continente erano la dimostrazione della penetrazione di un fondamentale attributo dello spirito dell'ordinamento canonico, l'apertura al diritto particolare; tali alterazioni infatti «*poseen una importancia relativa al tratarse de un ordinamiento —el canónico— tradicionalmente abierto hacia la creación de derecho particular, por vía legal o consuetudinaria*» (pág. 65).

Forse maggiore fu l'osmosi tra *common law* e diritto canonico in quell'altra sede d'amministrazione della giustizia che fu la Corte della Cancelleria (*Court of Chancery*). L'autore illustra con acuta sensibilità storica la ragion d'essere della Corte, risposta della monarchia alle lacune dei tribunali di *common law*, privi di elasticità ed eccessivamente legati alla tutela della proprietà terriera e dei privilegi aristocratici, di cui i giudici erano espressione. Nacque così una nuova giurisdizione di natura equitativa, la *Court of Chancery*, affermatasi definitivamente tra il XIV ed il XV secolo, la cui competizione con la *common law* si protrasse fino al secolo scorso, quando con i *Judicature Acts* (1873-75) fu disposta la fusione dei due rami.

Riprendendo le tesi di Blackstone, Martínez Torrón sottolinea quattro «contatti» fondamentali che mostrano come l'*equity* finì per rappresentare un canale privilegiato per l'espansione del diritto canonico.

1. «*Todo el ambiente de la Cancillería estaba impregnado de un aroma jurídico de clara proveniencia romano-canónica*» (pág. 80); la Chiesa infatti forniva il personale del nuovo tribunale che si distinse perciò come *court of conscience*: il cancelliere fu quasi sempre un arcivescovo e gli stessi ufficiali assessori furono sempre degli ecclesiastici fino al 1529, ovvero durante tutto il periodo della nascita e del consolidamento della Corte fino alla nomina di Thomas More.
2. I cancellieri e i loro assistenti erano esperti delle collezioni canoniche medioevali: le avevano studiate ad Oxford e, già a partire dal XII secolo, ne avevano discusso con accademici e studenti continentali nel corso di visite tutt'altro che rare. A tal proposito Martínez Torrón dimostra accuratamente che il testo canonico più recepito e più utilizzato, in particolare proprio nella definizione della nozione di *equity*, furono certamente le *regulae iuris* del *Liber Sextus*.
3. Abbiamo già sottolineato come anche l'autore, dopo altri illustri esempi, noti il ruolo fondamentale di Christopher Saint German. Ebbene proprio questo maestro rappresentò il traghettatore dalla nozione già evoluta di *aequitas canonica* a quella più nuova e dinamica della *equity* amministrata nella *Chancery* e in base alla quale il cancelliere rendeva giustizia.
4. Infine la trasmissione si realizzò anche attraverso le forme del procedimento, poiché la giurisdizione della *Chancery* molto si ispirò alla razionalità della procedura romano-canonica. Tra i numerosi istituti derivati dal diritto canonico, si notino l'utilizzo dei testimoni (oltre all'escussione per «articoli», la testimoniale, al fine di garantire la veridicità dei testi, giunse a prevedere la deposizione sotto giuramento, discostandosi sensibilmente dalla procedura della *common law*), e la recezione di un istituto tipico del processo canonico come la *denunciatio iudicialis privata*. Ma si considerino anche il modo e gli effetti della citazione; le conseguenze della non comparizione del convenuto; l'utilizzo del *subpoena* (*writ* tipico di risposta del cancelliere all'attore con cui si iniziava il procedimento); la *reconventio*; la *litiscontestatio*; l'intervento del terzo; le eccezioni.

La *Chancery* fu insomma luogo di ricezione creativa del diritto canonico classico, in cui operò attivamente una classe di cancellieri attenti tanto alle esigenze di giustizia del momento quanto alle migliori soluzioni giuridiche di cui la scienza del tempo disponeva: «*Con todos sus errores, el mérito de los cancelles británicos consistió en que supieron utilizar su conocimiento del Derecho canónico —un derecho “culto”, de procedencia universitaria— para dar una nueva forma a una jurisdicción ya existente (...). No fueron simples imitadores, sino verdaderamente creadores de una nueva rama del Derecho inglés, bebiendo de las fuentes que en aquel momento aparecían como de mayor calidad en el panorama jurídico occidental*» (pág. 92).

Per l'autore, la convergenza tra diritto canonico e *common law* è misurabile anche nella prospettiva delle materie in cui pesò maggiormente la storia della scienza del diritto canonico. Nel volume si analizzano in particolare il diritto matrimoniale, il diritto successorio e dei contratti, il diritto costituzionale, il diritto penale, il diritto della proprietà immobiliare ed alcuni istituti del diritto delle associazioni e di quello concorsuale.

Ci sembra meritare particolare attenzione quanto l'autore sottolinea in materia matrimoniale dove la distinzione delle giurisdizioni, voluta con ostinazione da Guglielmo I, non impedì al consolidantesi modello cristiano (matrimonio a doppia qualificazione, sacramentale e contrattuale) di imporsi come giurisdizione esclusiva. Martínez Torrón sottolinea come il patrimonio teologico e giuridico del diritto matrimoniale canonico, incontrandosi sul continente con la riforma protestante avrebbe differenziato ancor più l'esperienza continentale da quella britannica. La prima, sotto la spinta del regalismo, del razionalismo e del positivismo avrebbe visto il matrimonio progressivamente affrancarsi dalla giurisdizione esclusiva dei tribunali ecclesiastici. Invece in Inghilterra, salvo la parentesi di Cromwell, la riserva di giurisdizione sarebbe rimasta indiscussa fino al secolo scorso, quando il

Matrimonial Causes Act (1857) trasferì la competenza ad un nuovo tribunale civile, la *Court for Divorce and Matrimonial Causes*. Ciò che, ricorda l'autore, indusse Helmholz a concludere che durante otto secoli il diritto matrimoniale canonico fu il diritto matrimoniale inglese. Si noti inoltre che questa tradizione di esclusivo monopolio giurisdizionale fu tanto più notevole in quanto essa non si limitò alla relazione tra gli sposi, ma si estese fino ad occuparsi sempre più delle loro proprietà (eccezion fatta per quella terriera, intoccabile appannaggio della *common law*) nonché della legittimazione e della tutela dei figli. Ma l'attività dei tribunali ecclesiastici fu determinante anche in materie indirettamente connesse alla relazione nuziale e di gran peso sociale quali la costituzione d'una dote, la donazione del marito, la divisione dei beni in caso di nullità o separazione, la libertà di testare della sposa, i diritti della vedova, la legittimazione e la protezione economica dei figli extramatrimoniali. Fortissima fu anche la pressione sulla morale sessuale degli sposi, tanto da legittimare il sindacato penale dei tribunali ecclesiastici nei casi di rilevanza nel foro esterno (fornicazione, adulterio, incesto, bigamia).

Né lo scisma anglicano poté limitare tale giurisdizione; al contrario diritto canonico e giurisdizione ecclesiastica restarono intatti; e laddove si mutò indirizzo, lo si fece attribuendo le nuove competenze ad altri organi, come nel caso del divorzio, ammesso dai riformatori e di competenza prima del Parlamento e poi, dal 1857, della *Court for Divorce and Matrimonial Causes*. E può stupire che addirittura, il diritto canonico post-riforma applicato dai tribunali ecclesiastici inglesi continuò a subire l'influenza di quel diritto della chiesa cattolica romana che reagiva alla riforma protestante anch'esso mutando, come dimostra la recezione del decreto *Tametsi*, tradotto in legge dello stato nel 1753, dopo lunga applicazione giurisprudenziale.

Anticipando le conclusioni generali, Martínez Torrón pone il problema della lettura di certi istituti matrimoniali di chiara origine canonica nella *common law* contemporanea. Secondo Berman, l'attuale *common law marriage* angloamericana non è che un residuo del diritto matrimoniale canonico pretridentino; per Brundage, le legislazioni matrimoniali di alcuni stati degli U.S.A. (soprattutto in materia di divorzio-nullità, di violenza sessuale nel matrimonio, di repressione della prostituzione e della sodomia) risentono evidentemente d'un'origine canonistica. E Martínez Torrón si spinge fino ad un'osservazione cruciale per comprendere la sua lettura dei rapporti di forza tra le due tradizioni giuridiche: «*la jurisdicción canónica adoptó una actitud notablemente más avanzada que el Derecho inglés, anticipando soluciones que sólo mucho más tarde serían incorporadas por la "common law": piñense, por ejemplo, en la legitimación por subsiguiente matrimonio, en la libertad de testar de la mujer casada, o en el deber de sostener económicamente a los hijos extramatrimoniales*» (pág. 121).

Avviandosi alla conclusione Martínez Torrón consacra un capitolo cruciale all'influenza del diritto canonico sul diritto e sulla teoria costituzionale della *common law*. Prescindendo dal ben noto rifiuto di una costituzione formale, l'autore sottolinea come la concezione gregoriana della chiesa gerarchica sia alla base dell'idea moderna dello stato: nel percorso che conduce dalla *iurisdictio* romana alla tripartizione dei poteri, la sovranità del Pontefice, tutto l'ordinamento costituzionale canonico e la stessa dottrina su di esso recentemente sviluppatasi sarebbero tutt'altro che estranei. Così la massiccia presenza istituzionale di ecclesiastici condizionò le tecniche di governo e l'origine della *supremacy of law* fu appunto la stessa supremazia di un diritto divino. A questo proposito può essere utile fermarsi su quanto Bertolino annota, commentando la lettura qui recensita: «*E' principio chiesastico che il rendere giustizia è attributo della sovranità regale, cui il monarca si impegna, di fatto, con giuramento al momento della incoronazione; la supremacy of law è connessa all'idea medioevale della supremazia del diritto divino e l'idea stessa inglese del diritto, divino nella origine, supremo nella autorità, distributivo nella giustizia, è di derivazione medioevale*» (R. Bertolino in *Il diritto ecclesiastico*, 4, 1991, 752).

Di eguale pregnanza sono anche le residue riflessioni circa la penetrazione della sensibilità canonistica nel diritto penale (da Abelardo a S. Anselmo ai poenitentiales), nel diritto

della proprietà immobiliare (con gli istituti del *term of years*, singolare figura di usufrutto, e dell'*assize of novel disseisin*, rimedio processuale in favore dello spossessato), ma anche in materia di diritto delle associazioni e concorsuale dove Martínez Torrón intravede ascendenze canonistiche tanto nella fondazione giuridica delle corporazioni quanto negli istituti della bancarotta e del fallimento.

Come premesso, la qualità della lunga ricerca di Martínez Torrón risiede nel duplice interesse, di procedura e di risultati, del suo studio. Circa la procedura notiamo il coraggio e la competenza che hanno permesso all'autore di incrociare diverse discipline: «... *en este libro se entrecruzan los intereses de tres especialidades jurídicas. Por una parte, obviamente, el Derecho canónico. Pero también el Derecho comparado y la historia del Derecho (...)* Si tuviera que describir la perspectiva desde la que se ha escrito, diría que se trata del estudio de un tema histórico-jurídico referente al Derecho canónico, y realizado desde una óptica comparatista» (pág. 17).

Circa i risultati, la conclusione fondamentale di Martínez Torrón riguarda la possibilità che il diritto canonico odierno riscopra nella *common law* (nella capacità conservativa di un diritto giurisprudenziale) le ragioni del proprio secolare incontro-scontro con i poteri civili. La lettura dell'autore è particolarmente equilibrata: «*Es cierto que el deseo de modular la sociedad según el espíritu cristiano impulsó considerablemente la penetración del Derecho canónico en las estructuras jurídicas civiles de la Edad Media. Pero, junto a ello, sería ingenuo ignorar el afán de poder que movía la actuación de muchos eclesiásticos*» (pág. 199). Comunque l'ordinamento canonico, per quanto inquinato dalla debolezza di chi lo incarnò, non poté fare a meno di veicolare la propria profonda ambizione di coniugare diritto divino ed umano in una giustizia terrena visibile; fu questa vocazione che garantì, come nota ancora Bertolino (nella recensione citata, pág. 753), la «... *permanente operatività dei principi generali fondati sulla giustizia naturale e sull'equità canonica, che sarebbero meglio conservati in un diritto giurisprudenziale, quale quello anglo-americano, non compreso dal razionalismo delle codificazioni borghesi-illuministiche europee...*», così da perseguire «*l'ideale, che si è proposto in ogni tempo e su ogni territorio, della spiritualizzazione della società con cui sia entrato in contatto*». Secondo l'autore ciò avvenne ed avviene per opera di un principio, definito «osmosi degli ordinamenti giuridici», che si incarna attraverso uno strumento (lo studio teorico del diritto), un'occasione (la coesistenza di più ordinamenti) e una causa (variabili storiche: consuetudini, condizioni politico-costituzionali, ecc.). Donde un'implicita lezione per il legislatore della timida Europa crescente: il risultato dell'osmosi non è la cancellazione brutale delle identità ma il mutuo arricchimento dei sistemi che entrano in contatto. Questo riuscì ai *common lawyers*: la fondazione di un sistema nuovo ed originale frutto di «... *componentes heterogéneas: unos nativos y otros continentales*» (pág. 200), ovvero, secondo il motto di Holmes da cui l'autore trae ispirazione (*The life of law has not been logic, it has been experience*), prodotto non della logica ma della storia.

MARCO VENTURA

RUFFINI, FRANCESCO, *La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1992, Introduzione di Silvio Ferrari, 518 págs. (Es una reedición del *Corso di Diritto Ecclesiastico italiano. La libertà religiosa come diritto pubblico subiettivo*, Torino, 1924).

Analizar un libro jurídico de Francesco Ruffini es tarea ardua porque todas y cada una de sus publicaciones constituyen una parte inconclusa de un meditado y sólido proyecto de Derecho eclesiástico integrado por el Derecho canónico y por el Derecho eclesiástico del Estado, en el que historia y dogma van íntimamente ligados y en el que se exalta la li-