

EPHEMERIDES IURIS CANONICI

– Nuova Serie –

52 (2012) n. 1



MARCIANUM PRESS

Ephemerides Iuris Canonici

Nuova Serie

52 (2012) n. 1

| | |
|-------------------------------|---|
| <i>Direttore Scientifico</i> | Brian Edwin Ferme |
| <i>Direttore Responsabile</i> | Fabio Poles |
| <i>Segretario</i> | Giuliano Brugnotta |
| <i>Segretario aggiunto</i> | Benedict Ndubueze Ejeh |
| <i>Comitato di Redazione</i> | Giuliano Brugnotta Arturo Cattaneo Benedict Ndubueze Ejeh Brian Edwin Ferme Bruno Fabio Pighin |
| <i>Redazione</i> | <i>Marcianum Press Srl</i> Dorsoduro 1 – 30123 Venezia Tel. +39 041 29 60 608 e-mail: ephic@marcianum.it sito: www.marcianumpress.it |
| <i>Ufficio Abbonamenti</i> | Tel. +39 041 29 60 608 e-mail: promozionemp@marcianum.it |

La rivista è semestrale – condizioni per il 2012

| | |
|-----------------------------|----------|
| Abbonamento annuale Italia: | € 52,00 |
| Resto del mondo: | € 82,00 |
| Prezzo del fascicolo: | € 30,00 |
| Annata arretrata Italia: | € 80,00 |
| Annata arretrata estero: | € 120,00 |

Imprimatur: Venezia, 14 marzo 2012, + Beniamino Pizziol, amministratore apostolico

Per richiedere la pubblicazione di articoli spedire richiesta a: Redazione Ephemerides Iuris Canonici, Dorsoduro, 1 – 30123 Venezia, oppure via e-mail: ephic@marcianum.it

Per la riproduzione anche parziale degli scritti è necessaria l'autorizzazione esplicita della Direzione

Iscrizione al R.O.C. n. 1515 del 09.08.2005

ISSN 0013-9491

ISBN 978-88-6512-114-6

Indice

| | |
|--|-----|
| Editoriale | 5 |
| FRANCO TODESCAN <i>«Diritti pubblici subbiettivi» e problema della socialità in Georg Jellinek</i> | 7 |
| CAMILA HERRERA PARDO <i>Lo justo natural como parte del derecho vigente. Reflexiones a la luz del realismo jurídico clásico</i> | 29 |
| PIETRO AMENTA <i>La Congregazione del Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti: storia, competenze, attività</i> | 57 |
| CHIARA MINELLI <i>Eugenio Pacelli canonista. Il contributo alla prima codificazione della Chiesa latina</i> | 93 |
| JULIO GARCÍA MARTÍN, CMF <i>Ordinario e ordinario del luogo ai sensi del can. 134</i> | 109 |
| NATALE LODA <i>Dal ritus alla Chiesa sui iuris: Storia e problemi aperti (I parte)</i> | 173 |
| Nota bibliografica a tema | |
| MATTEO VISIOLI <i>L'insegnamento della «teologia del diritto» negli studi di diritto canonico</i> | 211 |

Recensioni

| | |
|---|-----|
| TULLIO CITRINI, <i>Presbiterio e presbiteri, I. La vivacità degli inizi (I-III secolo)</i> (Giuliano Brugnotta) | 235 |
| OTTAVIO DE BERTOLIS, <i>L'Ellisse giuridica: un percorso nella filosofia del diritto tra classico e moderno</i> (Simona Paolini, fmgb) | 239 |
| JORGE HORTA ESPINOZA, «Eccomi, manda me!». <i>Introduzione al Libro III del Codice di Diritto Canonico</i> (Giulio Vincoletto) ... | 244 |
| MANLIO MIELE, <i>Il primiceriato marciano al tramonto della Repubblica di Venezia. La visita pastorale di Paolo Foscari (1790/1796), I. Basilica ducale</i> (Fabio Tonizzi) | 247 |
| SONIA REGGI, <i>Atto positivo di volontà e simulazione. Dottrina e giurisprudenza</i> (Piero Pontello) | 253 |
| NORMAN TANNER, <i>New Short History of the Catholic Church</i> (Angelo Pagan) | 256 |
| Libri ricevuti | 265 |

Editoriale

La parte monografica è dedicata agli studi di filosofia del diritto che in questo numero propone da un lato una disamina dal taglio maggiormente storico e dall'altro una analisi teoretica, entrambe accomunate dal richiamo sempiterno del diritto naturale quale paradigma di verifica sia della legge positiva come della giustizia.

Nel primo contributo, il prof. Franco Todescan, docente all'Università di Padova, illustra la posizione di Jellinek circa il concetto moderno di "diritto soggettivo", dando conto della nascita e soprattutto dell'evoluzione non sempre piana di uno dei cardini del sapere giuridico contemporaneo. Nel secondo contributo, invece, Camilla Herrera-Pardo, docente dell'Universidad de la Sabana ponendosi sulla scia di Platone, Tommaso d'Aquino, Finnis e Hervada propone un ri-posizionamento attuale del realismo giuridico "classico" all'interno del dibattito odierno.

Prosegue, anche in questo numero, l'analisi relativa ai profili delle Congregazioni della Curia Romana, iniziata con il primo numero del 2010; questa volta è Mons. Pietro Amenta, docente della Pontificia Università Gregoriana e ufficiale del predetto Dicastero, a guidarci attraverso la storia, le competenze e l'attività della Congregazione del Culto Divino e della Disciplina dei Sacramenti. Dall'ampia trattazione storica, che esamina l'evoluzione delle competenze di questa Congregazione, l'articolo passa all'analisi attuale circa l'organizzazione interna e le competenze specifiche del dicastero, per concludersi con alcune considerazioni relative al futuro sviluppo del medesimo, anche alla luce del recente Motu proprio *Quaerit semper*, che ha in parte ridisegnato i compiti della Congregazione.

La Prof.ssa Chiara Minelli, dell'Università degli studi di Brescia, ci presenta una indagine storica sulla figura di Eugenio Pacelli, futuro papa Pio XII, e del suo contributo alla codificazione canonica del 1917. L'analisi storica circa i lavori preparatori del Codice piano-benedettino, sono oggi in larga parte misconosciuti, anche a motivo della successiva codificazione del 1983, il cui studio ha in parte soppiantato quelli relativi alla precedente codificazione. L'analisi storica della pri-

ma codificazione ecclesiale, appare però di sicuro interesse anche per i canonisti di oggi. L'Autrice si sofferma in particolare su di un manoscritto inedito del Pacelli dal titolo "Il futuro del Codice e le leggi attualmente vigenti", vertente sulla dibattuta questione della possibile abrogazione delle leggi anteriori al Codice del 1917.

Segue un consistente studio del Prof. Julio Garcia Martin, della Pontificia Università Lateranense, riguardante gli istituti canonistici dell'ordinario e dell'ordinario del luogo, alla luce del can. 134 del Codice vigente. Il contributo analizza, in forma assai dettagliata, le successive elaborazioni codicistiche relative ai canoni riguardanti tali istituti; dai lavori preparatori del primo Codice alla definitiva elaborazione legislativa del can. 134. Il lettore potrà apprezzare a pieno il significato terminologico e giuridico dell'istituto, ed avere quindi una chiara definizione dello stesso.

Il Prof. Natale Loda, docente di Diritto Canonico Orientale presso la Pontificia Università Lateranense, presenta uno studio, che verrà pubblicato in due parti successive, dal titolo: "Dal *ritus* alla Chiesa *sui iuris*: storia e problemi aperti"; viene in esso sviscerata una delle questioni fondamentali della Codificazione orientale, che caratterizza in modo determinante l'attuale Codice dei Canoni delle Chiese Orientali. Infatti i cann. 27 e 28 dell'attuale Codice rappresentano un momento decisivo per il superamento della problematica relativa alla individuazione delle Chiese *sui iuris* orientali. Dopo aver offerto una panoramica circa lo stato del diritto canonico orientale ed in particolare sulla nozione di *ritus*, l'Autore si sofferma sulla prima opera di riorganizzazione dello stesso posta in essere da Pio XII, illustrando i fondamentali passaggi che costituiscono la base per lo sviluppo della codificazione canonica orientale.

La nota bibliografica a tema, è questa volta dedicata alla Teologia del diritto canonico, ed è curata dal Prof. Matteo Visioli, della Pontificia Università Gregoriana. Vera novità nel curriculum degli studi canonistici, questa disciplina (prescritta nel 2002) ha dato vita ad un certo dibattito scientifico, ad oggi non risolto, tra gli studiosi provenienti da diverse sensibilità e tendenze canonistiche. Il Prof. Visioli, presenta anzitutto lo *status quaestionis*, analizzando la normativa che in tempi recenti ha provveduto ad organizzare gli studi all'interno delle Facoltà ecclesiastiche; si passa poi all'analisi dei contenuti della materia ed ai profili problematici che oggi la caratterizzano.

Il fascicolo si chiude con sei recensioni.

«Diritti pubblici subbiettivi» e problema della socialità in Georg Jellinek

Franco Todescan

Sommario

1. La «parabola» dell'idea moderna di diritto soggettivo. – 2. La Scuola del diritto naturale. – 3. La tesi di Jellinek. – 4. Il pensiero contemporaneo. – 5. La collocazione di Jellinek nel contesto del dibattito ottocentesco. – 6. Il problema della socialità e la sua connessione con l'idea di «diritto pubblico subbiettivo».

1. La «parabola» dell'idea moderna di diritto soggettivo

Il mio intervento si configura molto semplicemente come una riflessione su alcuni passi di una delle opere fondamentali del giurista tedesco, il *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, pubblicato nel 1892, da me utilizzato nella vecchia traduzione italiana del 1912¹. La linea

¹ G. JELLINEK, *Sistema dei diritti pubblici subbiettivi*, trad. it. G. Vitagliano, ed., Milano 1912. Per un primo inquadramento del pensiero di Jellinek, vedi S. MEZZADRA, «Dalla necessità all'ocasionalità del positivo. Figure della giuspubblicistica tedesca da Savigny a Jellinek», *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica* 27 (1997) 53-88 (al quale sono debitore per i preziosi suggerimenti bibliografici). Per i dati biografici, vedi K. KEMPTER, *Die Jellineks 1820-1955. Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum*, Düsseldorf 1998. Per la bibliografia degli scritti, vedi quella curata dal figlio W. JELLINEK, «Georg Jellineks Werke. Verzeichnis», *Archiv für öffentliches Recht* 27 (1911) 606 ss. Si tratta del testo aggiornato del mio intervento presentato al Terzo Convegno Internazionale di Villa Vigoni (Loven di Menaggio [CO], 1-3 dicembre 2005), organizzato da Vanda Fiorillo e Friedrich Vollhardt nell'ambito della Convenzione triennale 2003-2005 fra l'Università degli Studi di Napoli "Federico II" e l'Università degli Studi di Giessen "Justus-Liebig" per lo studio dei classici della filosofia politico-giuridica tedesca: *Il diritto naturale della socialità. Tradizioni antiche ed antropologia moderna nel XIX secolo*, e destinato agli *Atti*, attualmente in corso di stampa presso la casa editrice Duncker & Humblot di Berlino. Ringrazio sentitamente la prof.ssa Fiorillo per la cortese autorizzazione accordatami alla pubblicazione anticipata su questa Rivista.

portante di tale riflessione vorrebbe congiungere, in maniera incrociata, due temi: innanzitutto, il luogo in cui idealmente si colloca la teoria di Jellinek in quella che amerei chiamare la «parabola» dell'idea moderna di diritto naturale soggettivo e, in secondo luogo, la connessione di tale collocazione con il problema della socialità, quale si può vedere in filigrana nell'opera del giurista tedesco.

Ho parlato di «parabola» dell'idea moderna di diritto naturale: già in questa affermazione è contenuta implicitamente la mia condivisione con la tesi, largamente diffusa, che una delle caratteristiche peculiari del pensiero attuale è data, per un verso, dal passaggio da una concezione «classica» del *diritto naturale oggettivo* a una concezione «moderna» dei *diritti naturali soggettivi* e, per altro verso, dal contrastato permanere di questi ultimi nella cultura giuridica e politica dell'età contemporanea². La differenza tra il singolare e il plurale, in particolare, non è frutto di una scelta arbitraria: parlare di un diritto naturale *oggettivo*, come faceva il pensiero classico-medioevale, significava fondamentalmente intendere il diritto naturale quasi come una «cosa» comune a tutti (San Tommaso, nella *Summa theologiae*, parlava del diritto come di «*ipsa res justa*»³). Nel pensiero moderno il diritto naturale non scompare, anzi al limite è esaltato: la maggiore scuola giuridica del Sei-Settecento è la *Scuola del diritto naturale laico*, la quale determina la prepotente affermazione dei diritti naturali *soggettivi*, di ispirazione individualistica, che sfocerà nelle prime Dichiarazioni universali⁴.

2. La Scuola del diritto naturale

Un passo di Hobbes è sintomatico per capire il capovolgimento avvenuto. Nel *Leviathan*, il filosofo inglese afferma:

² Vedi per tutti G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto, II: L'età moderna*, edizione aggiornata a cura di C. Faralli, Bari 2001, 85 ss.

³ *Summa theologiae*, II-II, q. 57, a. 1, ad 1: «Ita etiam hoc nomen jus primo impositum est ad significandum ipsam rem justam»; cf. O. DE BERTOLIS – F. TODESCAN, ed., *Tommaso d'Aquino*, Padova 2003, 21 ss.

⁴ Per uno sguardo d'insieme sulle moderne dottrine giusnaturalistiche, vedi N. BOBBIO, «Il giusnaturalismo moderno», in A. ANDREATTA – A. E. BALDINI, ed., *Il pensiero politico dell'età moderna*, Torino 1999, 169-196.

Il diritto di natura, che gli scrittori chiamano comunemente *Jus Naturale*, è la libertà che ciascuno ha di usare il proprio potere a suo arbitrio per la conservazione della sua natura, cioè della sua vita e conseguentemente di fare qualsiasi cosa che, secondo il suo giudizio e la sua ragione, egli concepisca come il mezzo più idoneo a questo fine⁵.

L'espressione *jus naturale* è la stessa usata, ad es., da S. Tommaso nella *Summa theologiae*, ma il significato è capovolto rispetto all'Aquinate, perché questo diritto di natura, questo *jus naturale* è inteso come la libertà che ogni uomo ha di usare un potere come vuole, e questo potere va adoperato per la preservazione della propria natura, intesa come la propria vita. Nella definizione hobbesiana troviamo allora due elementi compositivi: il primo, che il diritto è inteso essenzialmente come un atto di libertà che l'individuo esercita nei confronti della realtà circostante. Ancora una volta è quindi l'individuo il punto a partire dal quale si spiega il mondo del diritto. In secondo luogo, questo diritto viene usato sì per tutelare la propria natura, ma la natura non viene più intesa in senso metafisico (la «natura hominis» come essenza dell'uomo), ma in senso puramente fisicistico come la propria vita, la vita biologica⁶.

Come questo capovolgimento si è affermato e consolidato? Direi che si è affermato proprio nel solco dei parametri fondamentali della cultura moderna. Si tratta di una cultura la quale ha spostato, attraverso l'Umanesimo e il Rinascimento, il proprio baricentro, sicché alla cultura «teocentrica» medioevale si è sostituita progressivamente una cultura «antropocentrica»⁷: non più Dio al centro della realtà,

⁵ *Leviatano*, cap. XIV (ed. it. A. Pacchi, ed., Roma-Bari 1997, 105); sullo *jus naturale* in Hobbes, vedi H. WARRENDER, *Il pensiero politico di Hobbes. La teoria dell'obbligazione*, trad. it., Roma-Bari 1974. Ricordiamo qui comunque anche la suggestiva tesi di M. VILLEY, *La formazione del pensiero giuridico moderno*, trad. it., Milano 1985, 207-224, sulla genesi tardo-medioevale del diritto soggettivo nel pensiero di Guglielmo di Ockham. Ripropongo qui alcune considerazioni del mio saggio: *Significati culturali della nozione di «diritto soggettivo» nello sviluppo del pensiero etico-giuridico moderno* (1977), ora in *Etiamsi daremus. Studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova 2003, 201-213.

⁶ Cf. H. WARRENDER, *Il pensiero politico di Hobbes*, 255 ss.; vedi pure D. D. RAPHAEL, «Obligations and Rights in Hobbes», *Philosophy* (1962) 345 ss.

⁷ Secondo la nota intuizione di J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, trad. it., Roma 1980, 71 ss.; cui si aggiungano le osservazioni di J. B. METZ, *Antropocentrismo cristiano. Studio sulla mentalità di Tommaso d'Aquino*, trad. it., Torino 1969.