



diritto & religioni

Semestrale
Anno III - n. 2-2008
luglio-dicembre

ISSN 1970-5301

6



**LUIGI
PELLEGRINI
EDITORE**

Diritto e Religioni
Semestrale
Anno II - n. 2-2008
Gruppo Periodici Pellegrini

Direttore responsabile
Walter Pellegrini

Direttore
Mario Tedeschi

Segretaria di redazione
Maria d'Arienzo

Comitato scientifico

F. Aznar Gil, A. Autiero, R. Balbi, G. Barberini, A. Bettetini, F. Bolognini, P. A. Bonnet, P. Colella, O. Condorelli, G. Dammacco, P. Di Marzio, F. Falchi, S. Ferlito, M. C. Folliero, G. Fubini, M. Jasonni, G. J. Kaczyński, G. Leziroli, S. Lariccia, G. Lo Castro, M. F. Maternini, C. Mirabelli, M. Minicuci, L. Musselli, R. Navarro Valls, P. Pellegrino, F. Petroncelli Hübler, S. Prisco, A. M. Punzi Nicolò, M. Ricca, A. Talamanca, P. Valdrini, M. Ventura, F. Zanchini di Castiglionchio

Struttura della rivista:

Parte I

SEZIONI

Antropologia culturale
Diritto canonico
Diritti confessionali
Diritto ecclesiastico
Sociologia delle religioni e teologia
Storia delle istituzioni religiose

DIRETTORI SCIENTIFICI

M. Minicuci, A. Pandolfi
A. Bettetini, G. Lo Castro,
G. Fubini, A. Vincenzo
S. Ferlito, L. Musselli,
A. Autiero, G. J. Kaczyński,
R. Balbi, O. Condorelli

Parte II

SETTORI

Giurisprudenza e legislazione amministrativa
Giurisprudenza e legislazione canonica
Giurisprudenza e legislazione civile
Giurisprudenza e legislazione costituzionale
Giurisprudenza e legislazione internazionale
Giurisprudenza e legislazione penale
Giurisprudenza e legislazione tributaria
Diritto ecclesiastico e professioni legali

RESPONSABILI

G. Bianco
P. Stefanì
A. Fuccillo
F. De Gregorio
G. Carobene
G. Schiano
A. Guarino
F. De Gregorio, A. Fuccillo

Parte III

SETTORI

Lettere, recensioni, schede,
segnalazioni bibliografiche

RESPONSABILI

P. Lo Iacono, A. Vincenzo

La dimensione della fede (“sensus fidei”) è presupposto alla partecipazione di tutto il popolo di Dio alla vita della Chiesa, per cui è unitamente dimensione meta-giuridica che esprime insieme democraticità e centralità della dimensione popolare nella vita della Chiesa.

In definitiva, dal bilanciamento tra salvezza dell’anima e bene comune scaturisce l’urgente richiesta di giustizia dell’uomo, con riferimento ai diritti fondamentali della persona umana. L’uomo è dunque sempre in rapporto di relazionalità rispetto al Dio creatore e la sua libertà si esplica costantemente nel dover essere alla ricerca del suo Dio e nel conformarsi alla figura di Gesù, nella sua duplice natura.

Resta pertanto fermo il riferimento costante ed immutabile alla Chiesa fondata da Cristo, che sceglie i suoi Apostoli e che trova autoconsapevolezza di essere “Ecclesia” (assemblea e popolo di Dio nella storia) nella discesa dello Spirito. Il nucleo costitutivo e costituzionale dell’ordinamento ecclesiale è e rimane il diritto divino.

Luigi Notaro

Mario Ferrante, *L’apporto del diritto canonico nella disciplina delle pie volontà fiduciarie testamentarie del diritto inglese*, Giuffrè, Milano, 2008, pp. 217.

L’opera in rivista riporta una densa analisi interdisciplinare (storica, comparatistica, canonistica, processualistica, privatistica italiana ed inglese) che prende avvio dalla presenza del diritto canonico nel diritto inglese, una tematica dai profili e contenuti molto trattati negli studi anglosassoni e dagli esiti non sempre univoci, e su cui rileva in lingua spagnola il saggio del 1991 del Martínez-Torron (*Derecho angloamericano y derecho canonico. Las raíces canonicas de la «common law»*). Da tesi più generali relativi all’‘apporto’ (si impiegano però indifferentemente termini come ‘influenza’, ‘influsso’, ‘innesto’) dello *ius canonicum* sul sistema inglese (a p. 102 si dice ‘recezione indiretta ma pervasiva – a livello culturale – del diritto canonico nelle istituzioni giuridiche inglesi’), essa si sofferma sugli effetti che appaiono desumibili in tale ultimo sistema quanto alla relazione fra causa canonistica e *consideration* e sulla individuazione consequenziale di un terreno teorico unitario che potrebbe volgere alla composizione, ‘almeno in parte’, in prospettiva di un diritto europeo unificato dei contratti (p. 89), della ‘asserita incompatibilità tra la causa dei paesi di *civil law* e la *consideration* delle aree di *common law*, atteso che la causa canonica pare configurabile come il comune denominatore di entrambe’ (p. 71). In deduzione, l’opera focalizza infine taluni eterogenei profili storici riferibili al *trust* e propone una soluzione al problema del riconoscimento nel diritto italiano delle fondazioni fiduciarie di culto di matrice canonistica, mercè una disamina dei ‘limiti e delle modalità entro cui il *trust* e in particolar modo il *charitable trust* sia stato accolto nel nostro ordinamento in seguito al recepimento in Italia della Convenzione dell’Aja del 1985’ (p. 196). Per massima parte l’opera è strutturata su un’indagine storica atta a fornire le fisionomie della succitata relazione generale e a radicare in essa i momenti giustificativi delle argomentazioni sviluppate, anche relative ad istituti e problemi giuridici contemporanei; colpisce l’ampiezza dei temi trattati, tale da spaziare orizzontalmente lungo i diversi settori giuridici investiti dall’analisi, e la capacità di sintetizzare talune vicende storiche relative ad essi. In quanto lavoro che impiega la giustificazione storica in maniera assorbente quanto alle tesi sostenute (emblematica la con-

cezione che sembra emergere a p. 117: ‘...l’influenza esercitata dal diritto canonico sulla nascita del *trust* può essere adeguatamente spiegata solo in chiave storica, cioè mediante l’analisi delle esigenze pratiche e delle motivazioni sociali che diedero vita a tal rimedio equitativo’) pare d’uopo muovere dalle indicazioni di metodo generale scaturenti dalla relazione storia/diritto così come prefiguratasi. Quanto ad alcuni elementi di perplessità – dei quali si spera di rendere in pari tempo l’interesse all’approfondimento che essi suscitano – in un campo problematico dai confini tali che qui è dato appena lambire, si cercherà di limitare il rilievo a quelli direttamente emersi dal contesto dell’opera, adeguandone a questa sede i rinvii bibliografici e facendo riferimento esclusivo per quanto possibile alle medesime fonti della stessa. Sembra identificabile un problema metodologico che, per grandi linee, può essere dedotto dal pluralismo in senso ampio (quella *great complexity* cui sembra alludere Watson, *The Making of Civil Law*, p. 181 ss. con annessi *nine factors* cui si riducono le *conditions relevant for legal change*) che nella storia d’Inghilterra, in ogni periodo, ha un terreno elettivo per eccellenza (Lord Radcliffe, *The Law and its Compass*; R. Pound, *The Development of Constitutional Guarantees of Liberty*), quantomeno lungo due indicatori che direttamente se ne diramano. Ovvero: a fronte dello studio dell’evoluzione in campo politico, legislativo e giurisdizionale, colpisce come il radicamento delle tesi esposte nelle decisioni delle Corti – ove possibile in base alle fonti a disposizione – sia appena accennato (ad es. p. 71, n. 210; p. 80, n. 242) nonostante tra le premesse iniziali se ne indichi l’incidenza sistematica (p. 9, n. 21) e se ne ridabisca il ruolo primario tra le fonti del diritto (p. 128, n. 76). Si intende richiamare la mancanza di rapporto con un livello di corroborazione quali *statement* giurisdizionali e correlate *ratio decidendi* intese nella loro accezione più ampia (A. W. B. Simpson, *The Ratio Decidendi of a Case and the Doctrine of Binding Precedent*, in Guest, *Oxford Essays in Jurisprudence*, p. 161) sebbene enucleabili nelle forme proprie delle epoche in questione (sugli *Year Books* ad es. si veda Mattei, *Il modello di Common Law*, p. 44). Un campo di analisi naturalmente impervio, in specie – per noti motivi – se da attuarsi nelle fasi antecedenti Henry VIII Tudor, e peraltro non sempre di facile o possibile disponibilità sul piano documentale, ma che, per motivi che pare pletorico ricordare, risulta cruciale sotto il profilo esegetico nello studio sul sistema normativo inglese più che in altri (*e plurimis* cfr. il classico Bigiavi, *Appunti sul diritto giudiziario*). Un livello epistemologico concernente gradi, qualità e forme di implementazione, di correlata *law finding*, ovvero un’analisi verso la *Beweis* (Strauss, *Philosophie und Gesetz. Beiträge zum Verständnis Maimunis und seiner Vorläufer*) che focalizzi, se possibile, la delimitazione ed evoluzione delle diverse posizioni giuridiche soggettive, delle loro connotazioni, costituenti parte essenziale dei diversi istituti esaminati. Aspetti giuridici che si sviluppano, costantemente, entro una *framework already established* dove demarcare un *determinante* e ricostruirne in termini univoci a *posteriori* l’antecedente “culturale”, isolandone le presunte, univoche, proprietà formanti nella “nuova” *grown rule* non è opera semplice sebbene – ed a maggior ragione – sollecitata, pur entro i gradi possibili, ove si maturino prospettive teoretiche connesse ad istituti e problematiche positivi contemporanei, dei quali si asserisce essere riconducibili al diritto canonico come ‘linfa vitale’ dell’ordinamento giuridico inglese (p. 9). Alcuni cenni esemplificativi iniziali. Ricorda Schramm, *A History of the English Coronation*, p. 179, sull’evo anglosassone: ‘The king derived new law from the revelation of an existing law, in which all new laws were already latent but not formulated’. In termini problematici, *mutatis mutandis*, da questo esempio sulla tradizione del *law finding* inglese possiamo inferire nel piano metodologico dell’ana-

lisi il ricorso allo *Statute of Westminster II* ed alla “*in consimili casu*” su cui l’opera si sofferma (p. 38 ss.) come parte di una tradizione consolidata, o si può accedere a gradi di una demarcazione giuridica (che non siano solo politici, storici, od istituzionali) come tracce di una certa originalità, ipoteticamente radicata nel *merito* delle regole applicative dell’*aequitas* (p. 40) che precedono le *Provisions of Oxford* e succedono allo *Statute* (p. 45)? Tramite riferimento ad opportuni *cases*, ad esempio, aumenterebbe la possibilità di scrutinare i contenuti dell’asserzione in base alla quale il clero rappresentasse l’unico ceto sociale a sapere leggere e scrivere, ovvero la qualità di tale carattere nelle regole giuridiche da esso prodotte. Posta inoltre la descrizione in punto di fatto della struttura della *Ecclesiastical Jurisdiction*, comprensiva di relativo *legal trial* quanto alla formazioni dei giudici (p. 57) e da un confronto con fonti autorevoli (Helmholz, *Canonist and Standards of Impartiality for Papal Judges Delegate*, in *Canon Law and the Law of England*, p. 25 ss.), si può desumere che per i *delegated case* era tutt’altro che la formazione giuridica il criterio identificativo del *judge*, dunque non sarebbe privo di interesse valutare le fisionomie delle *ratio* adottate in queste sedi. Appare altresì quanto potrebbe recuperarsi con adeguata corroborazione sull’argomento e quanto, invece, dovrebbe sacrificarsi, dei caratteri che connotano la ‘piena e completa elaborazione concettuale’ del diritto canonico sulla fiducia (p. 105 ss.) se fosse delineabile un adeguato *plafond* giustificativo, mutuato dalla eventuale originalità delle soluzioni, rispetto a quanto riferito dal Calasso (*Il negozio giuridico*, 1967, 2° ed., ristampa, 261 ss., cit. nell’opera a p. 107, n. 14) nella parte seguente il primo frammento di citazione presente nell’opera in rivista ma pretermesso, p. 263 (ma cfr. la *Lezione Sedicesima* nella sua interezza): ‘In fondo, nulla di diverso dal movente che aveva indotto il pretore romano al suo intervento in favore dei *pacta*: diverso invece è l’*iter* che queste ragioni morali sono obbligate a percorrere inserendosi nell’ordinamento canonico, e i risultati che vi raggiungono’); così come quanto all’*officium iudicis* (p. 111 nell’opera in rivista) ‘che era un ulteriore conferma del principio civilistico’, così Calasso, p. 267. Altro indicatore di metodo: la scelta di ordine cronologico (p. 98) che – eccettuati taluni spunti – arresta lo studio dell’evoluzione del campo d’analisi attorno al 1534, *Supremacy Act* di Henry VIII Tudor, ma – pare – privando la tesi storico-giuridica (che ambisce a fornire una giustificazione diacronica) di un – per tanti versi – ideale terreno corroborativo quale può essere la connotazione del sistema successivo alla Riforma, ad iniziare proprio dal fondamentale XVII secolo (qui si rinvia all’autorevolezza del prof. Tedeschi, *La libertà religiosa nel pensiero di John Locke*). Mentre tale opzione (p. 68) pare compatibile con un’analisi che intenda limitarsi ad aspetti *idiographic* dei rapporti fra *canon law* e sistema inglese prima del periodo Tudor, non altrettanto sembra potersi sostenere laddove su un certo ‘apporto’ (‘influenza’, ‘in-flusso’, ‘innesto’) si intendano radicare profili giustificativi, *nomothetic*, di istituti presenti nel diritto contemporaneo, per la parte, e per la qualità e per la proprietà regolativa che possano risultare invariati all’evoluzione del sistema politico e giurisdizionale successivo al menzionato evento storico (ma nel particolare dell’opera si può pensare al *Charitable Uses Act* di Elisabeth I del 1601, cfr. Richter, in *Itinera Fiduciae*, p. 446) proprio ai fini di ‘condurre ad una più completa comprensione del loro significato attuale’ (p. xiv) e proprio laddove il problema sia individuato nella sua importanza anche nell’ambito del repertorio esegetico a disposizione (Helmholz, *The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction from 597 to the 1640s*, per la *Oxford History of the Laws of England*, p. 239 ss.). Se si intendono questi rilievi per quel che intendono essere, ovvero l’apertura di un terreno problematico che muove dai pre-

ziosi risultati dell'opera, in quanto grazie ad essi suscitati, pare più agevole enfatizzare alcuni fra gli svariati spunti di lettura scaturenti dalla ricca ricerca in commento. Quanto i profili relativi alla *implementation* possano fornire angoli visuali peculiari verso l'evidenziazione della complessità del fenomeno e – verosimilmente – fornire più precisi confini alle 'significative influenze' (p. 21) che grazie all'opera in rivista possono ora essere scrutinate anche in lingua italiana, sembra desumibile, per accedere ad un primo, mero esempio, da un argomento relativo all'*Anglo-saxon period* racchiuso da autorevole dottrina in sintetico pensiero conseguente ad un'analisi in tema di regole applicabili al matrimonio ed al divorzio: 'Conversion of the Anglo-Saxons came first; fuller implementation of the church's law second' (Helmholz, *The Canon Law and Ecclesiastical Jurisdiction*, p. 45). Si pensi – quanto a più stretta attinenza al campo privatistico prescelto nell'indagine – al diritto successorio relativo al medesimo periodo, laddove l'autore statunitense (p. 53, ma dettagliatamente da p. 51 ss.) può asserire: 'Much succession law was in any event a part of Anglo-Saxon England's Germanic inheritance and therefore, at least when considered according to established norms of German scholarship, belonging to a different strand of legal history than the canon law and the testament'. Alla luce dei dati casistici così sintetizzati sembra quindi rilevabile l'importanza della maggiore sensibilità rispetto all'approccio *de quo* ove li si valuti in connessione alla tesi dell'opera '...i sovrani normanni, a cominciare da Guglielmo I, innovarono solo marginalmente il sistema giuridico anglosassone, alla cui formazione avevano contribuito i significativi apporti dei giuristi ecclesiastici, rispettando l'insieme delle norme sia di origine reale che consuetudinaria, dando così continuità alla tradizione giuridica inglese' (p. 21). Un 'sistema giuridico' evidentemente connotato da una complessità che ci appare difficilmente afferrabile ove le regole assumibili a dati dell'implementazione, posta la relativa importanza, vengano pretermesse dal piano dell'analisi. Analogamente quanto alla trattazione relativa alla *Action of Assumpsit*, alla *Fidei laesio* ed alla *Consideration*. Come emerge alla lettura, tale 'influenza', molto discussa in dottrina costituisce uno dei temi cruciali dell'opera e delle sue tesi. Ma – sembra evidenziarsi il problema – a quali canoni euristici poterne affidare le connotazioni concrete? Si legge: 'L'azione di *assumpsit* acquista un particolare rilievo ai fini della presente ricerca perché essa rappresenta una chiara prova dell'influenza dei principi canonistici sul *common law*. Si tratta, infatti, della parziale trasposizione di un principio già da tempo applicato nelle *Ecclesiastical courts* che, sia pure in via mediata (cioè *ratione peccati*), tutelavano coloro che avevano patito un danno dalla mancata o inesatta esecuzione di una prestazione promessa in forma orale, il cui inadempimento era considerato un peccato. [...] Si trattò solo di una parziale trasposizione, sia a causa del ricordato effetto negativo sulla tutela delle obbligazioni informali prodotto dallo *Statute of Gloucester*, sia perché le Corti regie, come detto, potevano agire esclusivamente *in rem* e non, come facevano le *Church Courts, in personam*' (pp. 81-82, le enfasi sui concetti, anche nelle citazioni a seguire, sono aggiunte). Diversamente però cfr. *retro* (p. 68, n. 202) citando uno studio casistico serrato sebbene limitato ai non molti *Record* a disposizione di Helmholz (*Assumpsit and Fidei laesio*, L. Q. R., 91, 1975, p. 414, ma ora in *Canon Law and the Law of England*, a p. 271) si può leggere: 'No one would argue that the royal courts took *fidei laesio* whole from the *Church courts* and called it *assumpsit*. It is nonetheless clear that there are real similarities. The consideration, the express promise, and the breach of the promise all set down in *similar fashion*'. L' 'influenza' di cui si parla nell'opera è risaputa; interesserebbe conoscere se percorsi diversi od ulteriori reperti storiografici possono condurla al di

là delle *real similarities*. Nel dettaglio, pur con le dovute cautele, sembra inoltre individuabile un dubbio esegetico non secondario quanto a tale campo d'analisi. Il Martinez-Torrón (p. 142), cui su tale tema l'opera pare dovere molto, a proposito di *Assumpsit* e *Consideration* discute di 'paralelismo entre el derecho canonico y esas dos instituciones del derecho contractual inglés'. Inoltre, richiamando la risalente tesi del Barbour (1914, cui il testé citato scritto di Helmholtz riserva peraltro nette confutazioni), la dottrina spagnola ne fissa le assunzioni storiche e le conclusioni (pp. 144-145): '[...] cuando se comprueban las patentes analogias entre *assumpsit* y *fidei laesio*, y entre *consideration* y *causa*, todo parece indicar que los common lawyers tomaron, no sólo la jurisdicción, sino también la teoría del contrato que aplicaban los cancilleres. *Tal afirmación [...] no puede demostrarse con precisión matemática, pero la evidencia parece sugerir una recepción indirecta del derecho canónico a través de la Court of Chancery*'. Continuando, in questo importante passaggio, si parla della *principal barrera* che grava, anche ad avviso del Barbour medesimo, su tale *planteamiento atractivo*: 'la falta de documentación completa, hasta el siglo XVI, sobre la actividad de la Cancillería. Lo cual provoca, a su vez, un doble obstáculo: la incertidumbre acerca del preciso alcance de la equitable jurisdiction sobre contratos, y la dificultad de identificar con exactitud los motivos sobre los que el canceller adoptaba sus decisiones'. L'autore spagnolo prosegue (p. 146) richiamando Simpson (*A History of the Common Law of Contract. The Rise of the Action of Assumpsit*) quanto alla *fuerza de inspiración* della *consideration* nel contratto inglese, il quale, sviluppando temi ripresi anche nell'opera in rivista (p. 69 ss., specie p. 70 dove si premette che 'L'approfondimento degli influssi del diritto canonico su tale settore del diritto inglese si spiega per l'utilità dello studio della *consideration* ai fini della presente ricerca sulle origini canonistiche del *trust*'), così viene sintetizzato nel suo pensiero: '[...] pretende hallarla en la llamada *equitable doctrine of consideration* aplicada en el derecho sobre *uses*: una doctrina que, a pesar de su calificativo, había sido desarrollada por los *common lawyers* desde el siglo XV, en relación con la constitución de *uses* sobre la propiedad real. En síntesis, esa doctrina había sido elaborada para precisar qué factores podían integrar una «consideración suficientemente buena» como para permitir la protección de un *use*. Su adaptación al ámbito contractual no sería sino una lógica consecuencia de la necesidad de precisar las promesas que habían de estimarse como exigibles judicialmente mediante la acción de *assumpsit*'. In conclusione (pp. 146-147) quanto alla tesi del Simpson sulle origini della *consideration* e l'influenza del St. German chiude l'autore spagnolo: '...el poderoso impacto de *Doctor and Student* pueda haber contribuido a impulsar la extensión de la *doctrine of consideration* al marco del derecho contractual [nella traduzione inglese, Berlin, 1998, p. 133, 'to foster the extension of the doctrine of consideration into the framework of contractual law']. Pero, en cualquier caso, esa doctrina hunde sus raíces primordialmente en la propia *common law*, y no en el ordenamiento canónico'. L'analisi dunque, nella relativa corroborazione esegetica, pare rendersi quantomeno problematica. Ovvero: l'opera in rivista richiama più volte lo scritto di Martinez-Torrón (sul tema dell' 'influenza' qui considerata a p. 69, n. 207); dalla competenza giurisdizionale in *Equity* della *Court of Chancery* (pp. 70-71) essa deriva assunzioni cruciali, ovvero: la *consideration* senza controprestazione connessa agli *uses* rende l'istituto irrilevante in *common law* ed attrae alla predetta giurisdizione la relativa materia 'attesa la loro natura d'impegni morali (*moral obligations*)'; premessa tecnica è una *doctrine of equitable consideration* ('nozione culturalmente derivata dal diritto canonico', enfasi aggiunta) di maggior ampiezza, da non confondersi con assenza di qualsivoglia con-

sideration (poste le massime evocate a p. 70) che poteva estendersi anche alle *moral obligation* in quanto intesa in senso non meramente economico, diversa cioè dalla *valuable consideration*; segue il suggerimento sulla matrice canonistica della *consideration* ed i riflessi auspicati sulla disputa *causa/consideration*; in nota 212 e 213 si richiama a suffragio della tesi l'opera del Simpson precitata. Analogamente, seppur con breve riferimento a scritto diverso a data 1965, l'illustre Helmholz (*Assumpsit and Fidei Laesio*, p. 274, n. 50) in tema di *doctrine of consideration* accenna a Simpson (*The Equitable Doctrine of Consideration and the Law of Uses*) il quale 'treats the development of the doctrine in Chancery prior to the rise of assumpsit and suggests a connection between the two'. Martinez-Torrón tuttavia (p. 146), attribuisce al Simpson ed al lavoro richiamato nell'opera in rivista la tesi che vuole la genesi in *common law* della *equitable doctrine of consideration* ('contrary to what its epithet might suggest' nella traduzione inglese) applicabile agli *uses*. A pp. 145-146 richiamandone il contenuto così lo sintetizza: 'Respecto a la tesis de Barbour, subraya la insoslayable falta de evidencia documental que permita llevar su argumentación más allá del plano meramente hipotético. Ni es posible establecer de modo irrefutable el origen de las doctrinas contractuales de los cancilleres del medioevo, ni es posible tampoco, en consecuencia, atribuir a la doctrina de la consideración una procedencia definitivamente canónica', aggiungendo in n. 88, richiamando una pagina dello stesso autore (376), 'Más aún – añade Simpson –, cuando no parecía existir una clara doctrina canónica sobre la causa contractual, sino más bien un conjunto de diferentes opiniones al respecto'. Sembra emergere quanto il livello di corroborazione in discussione avrebbe potuto aiutare a chiarire i termini del problema, anche ove latenti nella cornice esegetica di riferimento, ai fini delle implicazioni teoretiche che se ne vogliono trarre, e giustificare le ragioni del *discrimen* fra la tesi dell'opera e la conclusione diversa dell'autore spagnolo (p. 149): 'Si el *assumpsit* y la *consideration* se deben a la influencia canónica, o proceden del interior de la *common law*, posiblemente permanezca como uno más de los secretos gelosamente custodiados por la historia. Es probable que ninguno de los extremos sea absolutamente cierto: como en la mayoría de las instituciones jurídicas, los elementos nativos se amalgaman con quello otros que provienen de un derecho más elaborado con el que han tenido contacto'. Ché, specie se citato per altro scritto nell'opera in rivista e se richiamato nelle fonti a disposizione, ove permanga la vigenza inconfutata o quantomeno non adeguatamente sottoposta a critica delle tesi del Simpson, il citato *Equitable Doctrine of Consideration and the Law of Uses* (in *Univ. Toronto L. Jour.*, 16, N. 1, 1965, pp. 1-36. Specie – incidentalmente – p. 2 ss.: 'It is a striking fact that in all the reported discussions and decisions which deal with the doctrine in its evolving years it is the common lawyers who are concerned to formulate rules and principles about consideration and indeed about the law of uses generally; it must always be remember that the common law courts possessed an extensive jurisdiction over uses long before the passing of the Statute of Uses in 1536'; p. 15 ss.; p. 33 ss., specie sul *case Sharrington v. Strotton*; nonché sulla 'broad similarity in legal analysis' quanto alla relazione *equitable doctrine of consideration* ed *action of assumpsit* a p. 35 ss.) non parrebbe essere consentita, salvo disponibilità di *cases* diversi di quelli dedotti dall'autore, il grado di nettezza riscontrabile nelle asserzioni dell'opera (p. 70 ss.). Un settore dell'analisi focalizzabile dagli indicatori metodici suggeriti può esaminarsi quanto alla trattazione del *trust* offerta nell'opera (si veda sul tema Cheshire, *Il concetto del "Trust" secondo la Common Law inglese*, tr. di Grassetti, a p. 15 ss.), laddove si richiama (p. 127 ss., e nota 76) l'intervallo intercorrente fra esito degli *uses* su cui si ripercuote

l'abolizione da parte dello *Statute of Uses* del 1535 di Henry VIII e la c.d. 'rinascita' in via di interpretazione giurisprudenziale del 1634 sotto denominazione di *trusts*. Muovendo dallo stesso rilievo della dottrina oxoniense (p. 19): 'In prosieguo di tempo il *trust* assume molte caratteristiche di *jus in rem*'. In sede di lettura, si possono solo indicare sommariamente alcuni capisaldi che il campo problematico generale e particolare pare suggerire nei mutamenti del sistema normativo inglese del '600. La *demarcazione fra jus in rem e jus in personam* e le conclusioni che essa giustifica nel corso dell'opera. Al di là del tradizionale radicamento giurisdizionale e dell'eventuale impiego descrittivo, posti i noti eventi politici del XVII secolo ed i loro effetti, fra i quali il graduale ma costante affievolimento teorico del diaframma concettuale individuo/proprietà, sembra asseribile che essa non sia una categoria euristica (peraltro spesso assunta in una forma quasi didascalica) impiegabile indifferentemente anche in questo periodo. Che cioè possa registrarsi un diverso piano ermeneutico generale a seguito, per esempio, di *Davenant v. Hurdis* (1599), *Darcy v. Allein* (1603) c.d. *Case of Monopolies*, e della *Petition of Grievances* (1610). Meri rinvii in dottrina su tale settore possono qui farsi a Hill, *Intellectual Origins of the English Revolution*; Tawney, *Religion and the Rise of Capitalism*; Little, *Religion, Order and Law*; mentre per i profili analitici – anche di retrospettiva – sulla distinzione *equitable/legal rights, e plurimis*, all'opera di Hohfeld quantomeno per la profonda discussione teorica suscitata. Inoltre, sembra asseribile senza eccessi di temerarietà che possano incidere sulla demarcazione *de qua* l'opera di Sir Matthew Hale e, in particolar modo, di Sir Edward Coke (quest'ultima così ampia, profonda, attuale e complessa che qui può solo essere menzionata genericamente), i principî giuridici che ne ispirano l'attività giurisdizionale e teorica, fra essi *in primis* il recupero dell'*Isonomia*, nonché i relativi esiti su tutti i versanti. Che altresì rilevano sull'evoluzione qualitativa della giurisdizione in *Equity* i profili assunti prima e dopo i Cancellierati dell'Ellesmere, del Bacon o di Lord Nottingham. Nell'opera si scrive (p. 137 ss.): '...è possibile affermare che proprio nei concetti canonistici di *aequitas* e di *utilitas Ecclesiae* sono individuabili i diretti progenitori dell'odierno *trust* che, come si è visto, è "sorto nel XVII secolo in derivazione dei c.d. *uses* e ne ricalca la struttura". Per cui, verosimilmente, i Cancellieri ecclesiastici, ideatori e tutori dello *use of lands*, altro non fecero se non avvalersi delle tradizioni culturali e giuridiche del diritto canonico adeguate alla realtà locale britannica'. Atteso il 'verosimilmente', permane anche in questo settore dell'opera l'interrogativo generale concernente quale tipo di continuità nomologica si intenda sostenere senza rinvio ad un *plafond* nel *case law* più che mai necessitato. L'importanza e l'estrema attualità dello studio in rivista sembrano altrimenti attenuare la loro persuasività e ciò specie ove sul tema sia disponibile in bibliografia Jones, *Trusts in England after the Statute of Uses: A View from the 16th Century*, in *Itinera Fiduciaie*, p. 173 ss., e la possibilità, quantomeno in termini indicativi, di meglio focalizzare il supposto iato che dal 1535 si sarebbe protratto fino al 1634 ed alle radicali innovazioni di quel tempo, ai fini di seguire i connotati delle applicazioni di *uses* che non ricadevano nel campo dello *Statute* grazie alla 'nature of the property in question'.

Le questioni di diritto contemporaneo vengono affrontate a seguito di *excursus* storico relativo alla fondazione fiduciaria di culto nell'ambito delle relazioni concordatarie tra Stato italiano e Chiesa Cattolica e di richiami alla legislazione più recente in materia di enti, su cui si segnala la nota abrogazione degli artt. 17, 600 e 786 c.c. Ne emerge un chiaro quadro problematico. La fondazione non autonoma è eretta in persona giuridica dall'autorità ecclesiastica fondente ed è costituita da una massa

di beni destinati ai fini sanciti nel canone 114, §2. La fondazione non autonoma, fulcro di questa parte dell'analisi, non ha personalità giuridica e si compone di 'beni temporali, comunque affidati ad una persona giuridica pubblica, con l'onere, *diuturnum tempus* da determinarsi dal diritto particolare, della celebrazione di Messe, di altre specifiche funzioni ecclesiastiche o, delle finalità di cui al can. 114 § 2, in ragione dei redditi annui'. Si è di fronte quindi a vere e proprie fondazioni fiduciarie (pp. 174-175) dai tratti caratteristici: masse di beni trasferite ad un ente ecclesiastico pubblico; negozio giuridico di trasferimento non prefissato per legge; la massa dei beni mantiene una sua individualità rispetto al patrimonio dell'ente pubblico destinatario. Tuttavia, si ribadisce nell'opera, v'è incompatibilità tra le disposizioni civilistiche in tema e le fondazioni non autonome e le fondazioni fiduciarie in generale, *in primis* il codice non prende in considerazione l'ipotesi della fondazione di fatto quali le due menzionate (p. 179). La questione giuridica è posta a 180, ovvero: se l'autonomia privata contempra la possibilità di 'staccare' una massa di beni da un patrimonio senza la necessità di attribuirli in dotazione ad un ente ma ad un altro soggetto, imprimerle altresì un vincolo reale e perpetuo di destinazione ad uno scopo tale che essa risulti separata dal patrimonio personale del fiduciario che la amministra. L'ipotesi – pure suggerita – della percorribilità di una soluzione mercé art. 32 c.c. viene esclusa: di fatto il tipo di obblighi (o l'onere del caso *de quo*) scaturenti da un siffatto atto hanno carattere peculiare ad una determinata organizzazione, quando non oggettivamente infungibili, quindi tipicamente rientranti nella tipologia che, *ex* 676, comma 2 c.c., risultano esclusi dall'accrescimento. Ulteriore vuoto di tutela è relativo all'assenza del divieto di vendita dei beni, e la mancata separazione, inoltre, non garantisce dall'eventuale azione dei creditori dell'ente fiduciario né nello svolgimento ordinario dell'amministrazione né nell'ipotesi di evoluzione patologica della stessa. Ulteriori divieti sistematici vengono individuati, e si discrimina la situazione che qui interessa da una comune disposizione modale, priva di vincolo reale sui beni. Cosa ne è nel nostro sistema della disposizione *mortis causa* avente tale contenuto? Si richiama (p. 184) l'istituto della conversione in 'disposizione modale tipica', istituto che però, per le caratteristiche già esaminate, è altra cosa dalla fondazione fiduciaria: nessuna garanzia di segregazione, esposizione al principio di cui al 2740 ed inoltre (p. 185) inattuabilità del vincolo causa principio di cui al 1379 (che per refuso si rende nell'opera con 1579, mentre, in nota 57, altro refuso attribuisce l'opera *Vincoli di destinazione e patrimoni separati* a Bianca C.M. mentre è di Bianca M., Mirzia). Per una soluzione dovrebbero accogliersi nel nostro ordinamento i *charitable trusts for religious purposes*. Quanto alla tesi finale dell'opera, proprio muovendo da *Neville Estates v Madden*, [1962] Ch 832, nell'opera cit. a p. 195, n. 80, relativo ai *gifts to unincorporated associations*, che risultano come 'gift to members jointly, the name of association being considered simply as shorthand for a full list of its members', pare che la *ratio*, viatico per giungere a ciò che a seguito delle precitate abrogazioni è ammesso anche in Italia, non influenzi i problemi connessi all'istanza di segregazione e, in specie, di destinazione. L'*English Private Law* a cura del compianto prof. Birks così ne sintetizzava un aspetto: 'The property is located in the members jointly, and the purposes are rendered obligatory because the property is caught by the contract which binds the members together – that is, by the rules of the society'. Sancisce il *Justice Cross* (849) che trattasi di 'gift to the existing members not as joint tenants, but subject to their respective contractual rights and liabilities towards one another as members of the association. In such a case a member cannot sever his share. It will accrue to the other members on his death or resignation, even

though such members include persons who became members after the gift took effect'. Accertato che il *charitable purpose* in giudizio sembra dunque intervenire sul problema dell'ammissibilità della *tenure* presso le suddette *associations*, che peraltro ontologicamente non incontra in sé ostacoli nel *trust*, esso traccia di riflesso quello che appare come un problema degno di investigazione più generale e in pari tempo più approfondita: la *perpetuitas*, quantomeno tendenziale (p. 177), connessa alla eventuale disposizione, che, *a fortiori* se per atto *mortis causa* ed analogamente al regime giuridico inglese, pone un problema oltre che sullo scopo quanto ad un regime di controllo della corrispondenza di esso (che riflette la 'pia volontà') alla destinazione effettivamente attuata (su tematiche analoghe, *aliunde*, si affermò esistere un "principio di effettività", se si vuole di *intent-implementing*) con aspetti cronologici che sembrano rimandare fuori dalla cerchia normalmente depositaria della relativa legittimazione attiva. In relazione a quanto accennato nell'opera a p. 180, n. 47, pare essere rilevante il richiamo normativo al 1322, comma 2, operato dal 2645 *ter*, e la sua connessione al requisito formale dell'atto che sembra, *prima facie*, radicare competenze di controllo sulla meritevolezza già in capo ai soggetti di cui al 2699; ciò in quanto sembra veramente difficile che, stante art. 4 l. 364/89, la sottoposizione a tale tipo di controllo, mediato in generale dal 1322 e dal 1324, se atto unilaterale *inter vivos*, non necessiti un richiamo ai valori costituzionali (pensando agli artt. 2 e al 3) d'uopo nel tentativo di neutralizzare gerarchicamente l'operatività del 2740, una norma che – per inciso – attrae categorie riferibili tanto al 1218 che al 2043. Si rammenti quanto peraltro reperito nell'opera, che la relazione *charity/religious purpose* è di *genus a species*, il secondo non conduce ad automatica ammissibilità in base al primo, che un *religious purpose* sia anche *charitable* in sede di meritevolezza è da verificarsi caso per caso. La necessità opponibilità della posizione di separazione e segregazione del patrimonio sembra implicare che, generandosi in sede autonoma le obbligazioni *propter rem* legate al nostro istituto, art. 6, 364/89 (ipotizzando note obiezioni che ad esse estendono il principio del *numerus clausus*), il problema dell'individuazione dell'elemento funzionale dell'atto che, a monte, trasferisce i diritti vada risolto per forza nel collegamento con il negozio che, a valle ed a sua volta, le obbligazioni *de quibus* genera. Per cui v'è da concordare con il pensiero che sostiene che 'lo scopo rappresenta l'interesse del disponente da soddisfare. L'effetto tipico della segregazione non può realizzarsi per uno scopo non meritevole di tutela'. Contrariamente alla mole di produzione dottrinale la prassi giurisprudenziale sul 1322 in tema di autonomia contrattuale è, notoriamente, limitata, ma le implicazioni giuridiche ed economiche di questo campo applicativo, il terreno ermeneutico che può scaturirne unitamente al 1379 ed al 2740, possono rivitalizzarne il dibattito giurisprudenziale: le argomentazioni dell'opera in tema di ordine pubblico e 1344 (p. 196 ss.) potrebbero non bastare, né altrettanto può bastare esaurire – mai peraltro pacificamente – la portata del 1322 nell'orbita della liceità; può temersi altresì che neanche possano bastare ricorsi analogici alle ipostasi individuate nella giurisprudenza inglese (p. 195). Aderendo molto cautamente a tesi autorevoli, in attesa di applicazioni concrete, i parametri d'adozione potrebbero muovere dal 699. Spunti di riflessione sui temi correnti relativamente a questi argomenti, laddove nessun rilievo viene fornito nell'opera ai problemi connessi al 1322 ed ai profili assiologici evocati, cfr. incidentalmente Trib. Trieste, 19 settembre 2007, decr. – Ufficio del giudice tavolare. Fra le istanze (p. 180) la *perpetuitas* sembra porre il problema cruciale. Il carattere *de quo* fa fuoriuscire l'istituto dal campo del 2645 *ter* posti i limiti temporali qui fissati, sebbene i notevoli spunti teorici (fin dall'inizio discussi in dottrina) per molti

versi influenti direttamente nella disciplina dei *trusts*, sembrerebbero meritevoli di un'attenzione che, per motivi francamente incomprensibili, nell'opera non si registra (per tutti Lupoi, *Gli "atti di destinazione" nel nuovo art. 2645-ter cod. civ. quale frammento di trust*, in *Trusts e attività fiduciarie*, 2006, p. 169). L'elemento soggettivo altresì rende impraticabile il ricorso al 2447 *bis* (analogamente alla legge francese 2007-211, di possibili percorsi relativi alla fondazione non autonoma *de qua* in parallelo al BGB (§§ 80 ss.) non si fa cenno nell'opera, sul tema da ultimo cfr. Beul, in *Trust e attività fiduciarie*, 2008, p. 518 ss., in specie p. 520 ss.). Il secondo elemento, la posizione legittimata, in perpetuo, al controllo, dovrebbe ricalcare la figura dell'*Attorney General* che nelle *Charities* è elemento coesenziale (Pettit, *Equity and the Law of Trusts*, 8th ed., p. 24): per chiudere con mere, si spera utili, provocazioni scientifiche: evocazione in *consimili casu* dell'autorità governativa di cui alle fondazioni del codice civile? Se persino in un'opera con un tema siffatto si è potuta adottare una metafora copernicana-newtoniana (pp. 101-102) sia consentito a chi ha avuto l'onore di recensirla, quanto a queste sollecitazioni, di invitare alla sua lettura e di chiudere con un *Hypotheses Non Fingo*.

Salvatore Tolone

Curzio Maltese, *La questua. Quanto costa la Chiesa agli italiani*, con *Le ragioni di un'inchiesta* di Ezio Mauro e con la collaborazione di Carlo Ponterilli e Maurizio Turco, Feltrinelli, Milano, 2008, pp. 173

Questo libro di CURZIO MALTESE, *La questua. Quanto costa la Chiesa agli italiani*, con *Le ragioni di un'inchiesta* di Ezio Mauro e con la collaborazione di Carlo Ponterilli e Maurizio Turco, Feltrinelli, Milano, 2008, pp. 173, nel quale l'A. raccoglie – corredandoli di una prefazione e di una conclusione – una serie di articoli editi su “la Repubblica”, unitamente ad alcune tabelle, non è solo un libro di conoscenza, ma di ‘scienza’ che merita, da parte dei cultori di diritto ecclesiastico, una grande attenzione per ciò che dice, ma soprattutto per come lo dice. Alcune di queste notizie più che conoscerle si intuivano – da lavori sparsi – ma mai fino ad ora era stata data un prova talmente esaustiva per cui non è possibile che la ricerca passi sotto silenzio anche in ambito universitario solo perchè frutto di un'indagine giornalistica. È bene, infatti, che alcune cose siano dette con tutta chiarezza e che non ci si trincerino dietro atteggiamenti prudenti per non dispiacere la Chiesa, che si risolvono, alla fin fine, in vere forme di connivenza. Ciò giustifica solo in parte perché un'indagine come questa sia stata fatta da un brillante giornalista e non da un addetto ai lavori che avrebbe pure potuto e dovuto compierla.

Nella sua breve premessa Ezio Mauro, direttore di “la Repubblica”, sottolinea “la difficoltà del cattolicesimo a farsi ‘parte’, ... ad accettare il principio secondo cui in democrazia tutte le verità sono parziali”, rivendicando i principi della *potestas indirecta in temporalibus* anche se il rapporto non si pone tra fede e democrazia ma tra Chiesa e democrazia.

In altra sede ho evidenziato quali debbano essere i limiti di questo intervento, con riferimento ad un libro di mons. Rino Fisichella che è stato presentato a Napoli e di cui v'è traccia in questo numero della Rivista.

Che il papa ed i vescovi intervengano nella vita pubblica italiana è del tutto