

Giuseppe Dalla Torre

IL DIRITTO CANONICO E I FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO

1. *Una identità presente ma formalmente negata*

Ai tempi dell'elaborazione del Trattato istitutivo di una Costituzione europea, tra il 2001 ed il 2004, molto ampio fu il dibattito a proposito della menzione, nel testo che si andava ad elaborare, delle radici cristiane dell'Europa.

L'obiettivo di quanti invitavano a riflettere sulla opportunità di tale richiamo, primo fra tutti Giovanni Paolo II che molto si spese in tal senso¹, non era certo la antistorica e quindi irrealistica restaurazione di un principio confessionistico nell'istituzione europea, neppure nelle forme ammodernate vagheggiate nel dopoguerra sotto l'influenza del pensiero di Jacques Maritain in tema di "nuova cristianità"². L'obiettivo era quello, ben più concreto ed attuale, di contribuire a porre salde basi valoriali ad una identità sovranazionale che, dopo la caduta dei muri, si era venuta progressivamente allargando e la cui solidità postulava la ricerca di ragioni solide dello stare insieme. La percezione era che i grandi ideali che avevano mosso tre statisti cattolici – Robert Schuman, Konrad Adenauer e Alcide De Gasperi – a progettare e promuovere l'Unione Europea, si erano venuti progressivamente affievolendo, lasciando spazio ad una mera esperienza utilitaristica, basa-

¹ Molti riferimenti, al riguardo, nei numerosi saggi di illustri studiosi pubblicati, sotto la voce "Europa", in *Giovanni Paolo II. Le vie della giustizia. Itinerari per il terzo millennio*, Omaggio dei Giuristi a Sua Santità nel XXV anno di pontificato a cura di A. Loiodice e M. Vari, Roma-Città del Vaticano 2003, p. 733 ss.

² Il riferimento è, ovviamente, a J. MARITAIN, *Umanesimo integrale*, trad. it., Roma, 1946. Per una verifica critica alla luce degli avvenimenti italiani del secondob dopoguerra cfr. P. SCOPPOLA, *La «nuova cristianità» perduta*, 3ª ed. con Prefazione di G. Dalla Torre, Roma, 2008.

ta sul mercato e la moneta unica. Ed in questo modo la costruzione della casa comune diveniva precaria, come in ogni relazione di tipo utilitaristico: in effetti economia e moneta possono unire, ma possono divenire anche fattori di contrapposizione e divisione, come ampiamente dimostrato dalle vicissitudini degli ultimi tempi.

L'istanza per la menzione delle radici cristiane dell'Europa non venne recepita soprattutto per l'opposizione della Francia, da sempre fiera di una concezione della laicità – la *laïcité de combat* –, nata col giacobinismo della grande Rivoluzione e radicalizzata nell'esperienza della Terza Repubblica³. Una concezione di laicità ritenuta l'unica possibile e vera, che in realtà è laicismo e per la quale la Francia non di rado si sente investita di un dovere di proselitismo all'estero. Poi, come noto, il *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, firmato a Roma il 29 ottobre 2004, venne abbandonato per mancata ratifica di vari paesi firmatari, tra cui proprio la Francia a seguito del *referendum* del maggio 2005.

Al di là di ogni altra considerazione, l'intera vicenda dell'opposizione al richiamo alle radici cristiane dell'Europa non può non sorprendere, posto che in definitiva il richiamo in questione non sarebbe stato altro che il fare memoria di un dato storico innegabile; posto che tali radici erano, e comunque sono, vive e vegete nel patrimonio (anche) giuridico degli Stati europei e dell'Unione.

2. *Ruolo storico del diritto canonico nel forgiare i diritti moderni*

È ben conosciuto come nella lunga stagione dell'età medievale, nella quale il cristianesimo venne a forgiare l'identità degli europei, la loro mentalità, la loro cultura, il diritto della Chiesa ebbe un ruolo determinante nella formazione e

³ Si veda per tutti J. BAUBÉROT, *Histoire de la laïcité française*, Paris, 2000.

Abstract

GIUSEPPE DALLA TORRE, Canon law and the foundations of European law

Recalled the events that led to exclude the invocation of the Christian roots in the draft of the European Constitution and noted the historical role played by the canon law in shaping modern-state rights, the essay focuses in identifying traces of canonical principles into European Order. In particular, it focuses on the principles of healthy secularism, solidarity and subsidiarity. In conclusion we observe that, thanks to the mediation of canon law, Christian values are still entered to innervate the constituent bases of European law.

Parole chiave: diritto canonico, fondamenti del diritto europeo, laicità, solidarietà, sussidiarietà

Fabio Macioce

LA FAMIGLIA: UNA QUESTIONE PRIVATA?

1. *Il dibattito suscitato dalla Cardozo Law Review*

Nel 2006, la prestigiosa rivista *Cardozo Law Review* pubblicò un numero monografico dedicato ad un simposio sulla famiglia¹, dedicato in particolare alle conseguenze giuridiche dei molteplici cambiamenti sociali e culturali che hanno avuto ad oggetto le relazioni personali e il rapporto fra i sessi e le generazioni.

Questo simposio moveva dalla constatazione che lo statuto giuridico e il significato culturale della famiglia erano profondamente mutati, negli ultimi decenni, in gran parte del mondo occidentale. Questi cambiamenti avevano avuto ad oggetto il rapporto fra i sessi, le condizioni per l'accesso al coniugio e per lo scioglimento del vincolo coniugale, il rapporto tra le generazioni, il nesso tra sessualità e riproduzione, le forme e le pratiche adottive, la possibilità di affiancare, se non analogare completamente, molteplici tipologie di rapporti affettivi, ed altro ancora. In altri termini, sebbene l'istituzione matrimoniale avesse mantenuto la sua centralità all'interno degli ordinamenti, e sebbene avesse conservato la sua fondamentale rilevanza pubblica, essa aveva profondamente mutato la sua struttura, ed era stata investita da un'ondata di interventi di riforma (legislativi e giurisprudenziali) che non pareva essersi del tutto esaurita.

Sulla base di questa constatazione, il simposio pubblicato sulla *Cardozo Law Review* non si era concentrato su uno

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. *Cardozo Law Review*, *Symposium on Abolishing Civil Marriage*, 27 (3), 2006.

specifico aspetto del diritto di famiglia, né su una specifica tra le molte questioni ancora oggetto del dibattito pubblico (come ad esempio il matrimonio tra persone dello stesso sesso, o il matrimonio poligamico, o altro ancora), ma aveva posto al centro della discussione il problema dello statuto della famiglia *qua talis*. Ci si è chiesti, insomma, quale rilievo giuridico dovesse o potesse ancora avere la famiglia, in un mondo pluralistico e multi religioso, se cioè vi fosse ancora spazio – e quale – per una disciplina uniforme, pubblica e condivisa del legame coniugale e familiare.

La risposta, affidata ai due studiosi Daniel Crane e Ed Zelinsky, è stata per molti versi sorprendente. Entrambi, partendo da una prospettiva religiosa, e comunque genericamente *pro-marriage*, hanno sviluppato argomenti molto robusti in favore di una totale deregolamentazione e privatizzazione del legame coniugale. In sintesi, a parere di entrambi il matrimonio avrebbe dovuto essere lasciato alla libera contrattazione tra i partner, e alla disciplina delle singole comunità religiose, venendo al contempo privato di ogni rilievo pubblico, al fine di preservarne la natura e il significato in una società profondamente pluralistica e multi religiosa.

Al di là della plausibilità di tale proposta, io credo che gli argomenti proposti meritino di essere considerati; non tanto per aderire ad essi o contestarli, quanto perché rappresentano una sorta di cartina di tornasole per riflettere sullo status della famiglia, e dunque sugli eventuali limiti agli interventi normativi in materia familiare. In altre parole, userò gli argomenti di Crane e Zelinsky, così come quelli dei loro oppositori, non tanto per entrare nel dibattito in merito alla fattibilità di una ipotetica privatizzazione della famiglia, quanto per chiedermi, da filosofo, quale sia il senso di una legislazioneattuale in materia familiare, e se tale senso possa ancora essere plausibile nel mondo di oggi e per la cultura contemporanea. In questa prospettiva, nella prima parte mi concentrerò brevemente sul dibattito ospitato dalla *Cardozo Law Review*, ripercorrendone i punti principali; nella seconda parte, utilizzerò alcuni argomenti proposti da Crane e Zelinsky per valutare quale possa essere, ancora oggi, il rilievo pubblico del

Abstract

FABIO MACIOCE, The family: a private matter?

The article analyzes a well known debate about the hypothesis of a possible deregulation in family matters. That proposal, although outdated and unworkable, is however interesting because it highlights the trend towards the privatization of family life and its structures.

Starting from the analysis of the arguments proposed during this debate, the article discusses whether and to what extent the legal system should regulate the family life, what are the possible reasons of such regulatory intervention, and what are, in pluralistic democracies, the values and the criteria that should guide such a regulation.

Parole chiave: famiglia, privatizzazione, pluralismo, neutralità, pratiche sociali

Francesco Longobucco

RAPPORTI DI DURATA E DIVISIBILITÀ DEL REGOLAMENTO CONTRATTUALE: SPUNTI PER UNA RICONCETTUALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. Il quadro teorico-dogmatico di partenza – 2. Verso una riconsiderazione dei rapporti di durata: dall'astratta *causa temporis obligationis* alla *divisibilità funzionale* del regolamento – 3. (*Segue*). Applicazioni della scindibilità funzionale delle prestazioni. Teoria delle vicende dei rapporti di durata – 4. (*Segue*). Il rapporto di durata quale *categoria applicativa* e prodotto dell'interpretazione del caso concreto – 5. Funzione concreta di durata e variabilità delle strutture negoziali – 6. Rapporti di durata atipici, giudizio di liceità e *meritevolezza dinamica* – 7. Rilievi conclusivi

1. Il quadro teorico-dogmatico di partenza

La moderna società impone sempre più spesso l'adozione di contatti preordinati al soddisfacimento di bisogni durevoli o ricorrenti. Rapporti di durata oggi si realizzano in ambito sia sociale sia economico in virtù dei meccanismi sempre più complessi che caratterizzano il sistema delle relazioni intercorrenti tra individui, organizzazioni, imprese.

Il dato dell'ampia diffusione di rapporti diacronici impatta inevitabilmente con il nostro ordinamento giuridico: malgrado ciò, una tale consapevolezza non trova esteso riscontro nella civilistica contemporanea. Quest'ultima ha finito infatti per trattare marginalmente il tema dei rapporti giuridici di durata e per relegarne finora l'analisi entro gli spazi esigui dedicati per lo più allo studio del diritto delle obbligazioni.

Il punto di partenza è rappresentato dal paradigma delle c.dd. *obbligazioni a esecuzione continuata o periodica*, il cui fondamento normativo si ritrova nel codice civile e nella più recente legislazione speciale (per esempio, ma non soltanto, in

quella sui contratti tra consumatori e professionisti e sui contratti tra imprese).

Una certa rilevanza va poi attribuita alla comparazione: sotto tale aspetto, brevi riferimenti vanno fatti al *contrat à exécution successive* nel nuovo codice civile del Québec del 1994; ai *contrats successifs* nella dottrina francese; ai *contratos duraderos* e alla *obligacion duradera* nella letteratura spagnola; all'esperienza statunitense, con tutta una varietà terminologica, dai *continuing contracts*, ai *severable* o *divisible contracts* (in contrapposizione agli *entire contracts*), agli *installment contracts* o *output e requirements contracts*; alla teoria dei *relational contracts* (contratti relazionali) nel contesto dei c.dd. contratti incompleti (ovvero che si completano nel loro contenuto in base alle condizioni di un dato mercato anche sopravvenute rispetto all'originaria stipulazione).

Ma la riflessione sulle obbligazioni di durata ha origini antiche e risale alla speculazione dei giuristi tedeschi peraltro estesa al periodo della "modernizzazione"¹. La teorizzazione d'oltralpe ha rappresentato un modello importante per la civilistica italiana, la quale ha finito per riproporla – con par-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ L'accentuata tendenza dell'esperienza tedesca alle classificazioni identifica i *Dauerschuldverhältnisse* o *Langfristige Verträge* come una delle classi (la principale) dei *Dauerrechtsverhältnisse*: per maggiori riferimenti sul punto v. O. VON GIERKE, *Dauernde Schuldverhältnisse*, in *Jher. Jahrb.*, vol. 64 (1914), p. 407 ss. Riproduce la medesima classificazione D. WOSTNEY, *Die rechtliche Bedeutung des wichtigen Grundes für den Bestand von Dauerrechtsverhältnissen*, Diss. Frankfurt, 1936, p. 7 ss.; G. BEITZKE, *Nichtigkeit, Auflösung und Umgestaltung von Dauerrechtsverhältnissen*, Schloss Bleckede an der Elbe, 1948, p. 4. V., già, B. WINDSCHEID, *Die Vorsetzung*, in *AcP*, 78 (1892), p. 161 (che però venne preceduto da uno studio intitolato *Die Lehre des römischen Rechts von der Vorsetzung*, Düsseldorf, 1850, di cui riferisce F. MACARIO, *Vertragsanpassung und Neuverhandlungspflicht in italienischen und deutschen Recht. Eine Rechtsvergleichende Darstellung im Lichte des europäischen Vertragsrecht*, Testo della relazione tenuta a Catania il 6 ottobre 2006, p. 69). Nell'elaborazione della categoria, peraltro, la letteratura tedesca mostra, rispetto a quella italiana, un margine di manovra più ampio sul piano esegetico, poiché in Germania i rapporti di durata non hanno avuto riscontro normativo e dunque, per un tempo lunghissimo, il campo di analisi è stato occupato soltanto da dottrina e giurisprudenza.

Abstract

FRANCESCO LONGOBUCCO, Long-term contracts and functional divisibility (*divisibilità funzionale*): a new reconceptualization

The essay analyzes the role that time plays in the single specific transaction, in order to revisit the classic category of long-term contracts (*contratti di durata*). In this perspective, considering the plural variety of interests involved, the author tries to reexamine the traditional structuralist concept of durable obligations (*obbligazioni di durata*) related to a continuing and repeated performance, aiming vice versa to associate long-term contracts mainly to the functional divisibility (*divisibilità funzionale*) of the whole contract itself, to the concrete cause (*causa di durata*) realized by negotiation through the time, to a dynamic consideration (*meritevolezza dinamica*) of the interests that parties would achieve through the duration. So the main idea of the proposed analysis is that only a careful investigation of the contractual interests of the parties – aside from any abstract and typological approach (*tipo contrattuale*) – can offer a convincing way of solving problems about the still discussed nature (*atomistica* or *unitaria*) of long-term contracts.

Parole chiave: contratto di durata, divisibilità funzionale del rapporto, causa concreta di durata, *meritevolezza dinamica* degli interessi, durata come categoria applicativa

María de las Mercedes García Quintas

LA INSTITUCIÓN DE LA *PRAECEPTIO* Y SU REFLEJO EN LAS FUENTES

SOMMARIO: 1. Introducción. El adjetivo *praecipuus* – 2. Menciones en fuentes jurídicas – 3. Referencia a Papiniano – 4. *Praeceptio* en las acciones divisorias – 5. *Praeceptio* como orden hacia un individuo para beneficiar a un tercero – 6. Causas de la *praeceptio*. Conclusiones

1. *Introducción. El adjetivo praecipuus*

Praecipuus contiene en su campo semántico un significado que califica al sujeto como escogido o segregado de entre un todo¹. Lewis y Short² señalan que es aquello que es tomado previo a otras cosas. En sentido jurídico – matiza –, indica “lo que se toma de antemano”; en especial en lo que concierne a herencia³.

De nuevo, las fuentes literarias auxilian, dando latidos de vida, al acercamiento doctrinal. Y, de nuevo, tal y como va advirtiéndose, el Derecho no es algo de doctos; sobre todo en Roma. Por ello, no es raro encontrar muestras de los significados jurídicos de las palabras en fuentes literarias, en una línea que parte sobre todo de Varrón, pero que parece consti-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ *Thesaurus Linguae Latinae* (Lipsiae, In aedibus B.G. Teubneri, 1900) v. *Praecipuus*.

² *A Latin Dictionary, Founded on Andrews' edition of Freund's Latin Dictionary Revised, Enlarged, and in Great Part Rewritten by Charlton T. Lewis, PH.D. and Charles Short, LL.D. Professor of Latin in Columbia College* (Oxford, 1879), v. *Praecipuus*, 1414.

³ *Praecipua dos* (D. 33, 4, 2 fin), *peculium*, (D. 40, 5, 23); Ter. *Ad.* 2, 3, 5; Plaut. *Rud.* 1, 3, 6. Si funciona como sustantivo, según C.T LEWIS y C. SHORT, *A latin dictionary... cit.* v. *Praecipuus*, 1414, especifica aquello que es recibido de una herencia previo a la distribución general de las propiedades: *sesterium quingenties cum praecipuum inter legatarios habuisset*, Suet. *Galb.* 5.

tutiva de lo romano. Señalaré, en el particular que ahora nos ocupa, tres casos.

En primer lugar, en su obra *Adelphoe*, Terencio narra un acto heroico de un hermano hacia otro: Esquino, al conocer que su hermano Ctesifonte está enamorado de una cortesana, arrebatada a ésta del lenón que la retiene y huye con ella ayudado por su esclavo Parmenón, cuyos puños deciden la causa a favor de su amo. Más tarde, arrepentido y en aras de la justicia, Esquino abona el precio de la muchacha al leno para entregársela pacíficamente a su hermano. Ctesifonte, tras conocer los hechos, elogia la generosidad y el talento de Esquino, y proclama con alegría que se considera muy afortunado, porque ostenta algo por encima de sus semejantes, esto es, un hermano con más virtudes que cualquier otro hombre:

unam hanc rem me habere praeter alios praecipuam arbitror, fratrem homini nemini esse primarum artium magis principem⁴.

En segundo lugar, sulta de interés un texto Cicerón. La cita, aunque no se refiere al ámbito hereditario, es oportuna para nuestros propósitos, ya que alude a algo que él tiene por encima de los demás: la capacidad de sufrimiento por los males de la república. Concretamente, comenta que los estudios literarios que él cultiva desde la infancia le han ido procurando una sensibilidad que le permite gozar con más intensidad de los placeres que le dan sus servicios a la República. Por lo tanto – sigue Cicerón – si sobrevienen calamidades, su delicadeza le llevaría a mayores sufrimientos que los que padecerían sus compañeros. Él, sin embargo, clama por la consonancia en la profundidad de la angustia para, con esta disposición, servir mejor a los legítimos intereses del pueblo:

Is enim fueram, cui cum liceret aut maiores ex otio fructus capere quam ceteris propter variam suavitatem studiorum, in quibus a pueritia vixeram, aut si quid accideret acerbius universis, non praecipuam, sed parem cum ceteris fortunae conditionem subire⁵.

⁴ Ter. *Ad.* 258.

⁵ Cic. *Rep.* 1, 4, 7

Abstract

MARÍA DE LAS MERCEDES GARCÍA QUINTAS, The Institution of the Praeceptio and its Reflection on the Sources

With the institution of the Prelegatum, the law helps two of the most noble and natural institutions, which are the family and heritage, together with the desire to perpetuate them. “Prelegatum” is a legacy whose beneficiary is an heir, and is derived from “praelegatum”, participle of “praelego”, translated as leave in advance. In the Prelegatum is implicit in the idea of choice, an advantage given to an heir regard for others, giving him a good or right to be separated, preventively, the estate.

Within the acts of last will, Prelegatum has certain characteristics that provide it with an interest that goes beyond the proper historical background of Roman law, or the purity of hereditary technique, which undoubtedly involved the prelegatum. Decide the fate that will have a heritage that has been cultivated and worked for a lifetime is so noble as a natural desire, and not a few both legal texts and literary sources testify the familiarity with which the Romans took seriously the task of transmitting the heritage that has been carved in life. However, in the Prelegatum there is a tension between will and form. In fact, in the analysis of the texts that I introduce in this paper not infrequently collisions between these two aspects are detected.

Parole chiave: diritto romano, successioni, prelegato, praeceptio, fonti letterarie, fonti giuridiche