

Cristiano Iurilli

## L'AUTONOMIA TESTAMENTARIA ED I RAPPORTI DI FORZA NELLA SUCCESIONE NECESSARIA. DALLA CAUTELA SOCINIANA AL LEGATO IN SOSTITUZIONE DI LEGITTIMA\*

SOMMARIO: 1. Autonomia privata, diritto sostanziale e processo: *ubi remedium ibi ius*. – 1.1 Il fine di “indirizzo” dell’atto di ultima volontà ed il conflitto tra poteri. – 2. La successione necessaria tra la volontà della legge e la volontà del disponente. La dicotomia interesse privato-interesse collettivo. – 2.1 La posizione giuridica del legittimario e le azioni poste a sua tutela. Legittima come *pars bonorum o pars hereditatis*? – 3. Il sistema delle eccezioni al principio dell’intangibilità della quota di legittima. – 3.1 La cautela sociniana quale forma indiretta di temperamento alla successione necessaria. La “non scelta” del legittimario. – 3.2 Il legato in sostituzione di legittima o “privativo di legittima”. La diseredazione indiretta o “atecnica”.

### 1. *Autonomia privata, diritto sostanziale e processo: ubi remedium ibi ius*

Nello studio dell’autonomia privata l’interprete può adottare differenti approcci, potendo *in primis* procedere in senso sostanziale, e cioè dall’analisi delle situazioni giuridiche soggettive, dal loro riconoscimento, dalle forme legali di loro attuazione ovvero dai poteri attribuiti ai singoli soggetti di diritto nell’autoregolamentazione dei propri interessi; per altro verso l’autonomia privata può essere esplorata nella sua versione eminentemente pubblicistica e processuale, attribuendo cioè rilevanza alle azioni processuali che il legislatore mette a

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

disposizione delle parti contrattuali per l'esercizio dei propri diritti eventualmente lesi, in conformità agli indirizzi giurisprudenziali i quali, proprio in tale ottica, possono semplificare ovvero appesantire l'esercizio di una determinata azione in relazione al diritto sostanziale che si voglia far valere.

Ma vi è una terza via attraverso la quale guardare al problema, mettendo in evidenza quella continua tensione tra diritto sostanziale, autonomia privata (come forma di suo esercizio) e regolamentazione pubblica del processo, mediante un percorso che porti l'interprete a ripensare – tempo per tempo – ad istituti civilistici classici, cristallizzati nella cultura giuridica del nostro Paese che tuttavia, inseriti in un particolare contesto storico, sociale e normativo, vanno ad assumere nuova linfa, appunto per quella tensione che non può non riconoscersi tra le forme di creazione di un vincolo giuridico *inter partes* e le forme, la disciplina e le procedure di composizione giudiziale (e non) delle controversie, in particolare in rapporto alla difficoltà di attuare, appunto processualmente (per tempi, costi e procedure), i diritti sostanziali che si vogliono far valere.

D'altronde, come è stato ben indicato nell'analisi di un tema classico che proprio si concentra su quel legame inscindibile tra il diritto sostanziale e la teoria generale del processo relativamente ai contenuti, alla *ratio* ed alla disponibilità dei c.d. accordi processuali<sup>1</sup>, il procedimento civile è stato configurato come “...*la proiezione dell'autonomia privata rispetto alla*

---

<sup>1</sup> Al fine di meglio comprendere l'esigenza di un'analisi del diritto sostanziale e, dunque, anche dell'autonomia privata, che non possa prescindere da una visione processuale del medesimo, è interessante la lettura dello scritto di R. CAPONI, *Autonomia privata e processo civile: gli accordi processuali*, in *Civil procedure review*, 2010, pp. 42-57, ove si richiama l'opera di Gerhard Wagner (WAGNER, *Prozeßverträge*, Tübingen, 1998), ricordandone il fine di “rivitalizzare l'autonomia privata nel processo civile compiendo una distinzione fondamentale tra due categorie di accordi processuali. La prima concerne gli accordi con cui le parti si impegnano a esercitare o, più frequentemente, a non esercitare i poteri processuali a loro spettanti (es., *pactum de non petendo*, *pactum de non exequendo*, accordo di rinunciare all'azione), la seconda riguardante gli atti di deroga consensuale a norme processuali (es., accordi di deroga della competenza, patti relativi all'onere della prova).

**CRISTIANO IURILLI, The testamentary autonomy and strength relationships in the necessary succession. From Socinian caution to the legate in legitimate replacement**

The purpose of the essay is to induce the interpreter to re-think traditional institutions of the law of succession which, however, included in a particular historical context and regulatory, are to take on new life, highlighting the continuing tension between private autonomy and procedural issues.

The analysis of the discipline about heirs at law, in relation to institutions such as the “cautela sociniana” and tied to replace legitimate, intended to highlight the function of “address” of the testament and the conflict between the testator powers and the heirs at law: the conflict which detects from a quantitative point of view but also qualitative and personal.

The aim was to give emphasis to a power, that the testator, which often is not limited to the possibility of having on the remaining part of a hereditary axis but also in addressing and limiting the next power of “choice” an heir to part of the category of heirs at law, even if that power is protected by legislation.

With this methodology we wanted to rebuild, in a new light, the system of exceptions to the principle of the inviolability of the rightful share, analyzing specifically classical institutions of succession. Parole chiave: diritto umano, letteratura, storia giuridica.

**Parole chiave:** autonomia testamentaria, cautela sociniana, legato in sostituzione di legittima, legittimario, diseredazione indiretta

Aldo Rocco Vitale

## ***JUS LUSI LATRUNCULORUM: OVVERO DELLA DIMENSIONE GIURIDICA NEL GIOCO DEGLI SCACCHI\****

SOMMARIO: 1. Apertura. – 2. Centro-partita. – 3. Finale.

### 1. *Apertura*

«Era un tempo il gioco dei Re: oggi è il re dei giochi»<sup>1</sup>. Con queste parole José Raul Capablanca, uno dei massimi scacchisti di sempre, ha riassunto, nel 1934, la storia degli scacchi.

Gli scacchi per molti versi possono essere considerati un vero e proprio rompicapo: non se ne conosce con certezza l'esatta origine; non si è ancora consapevoli dei motivi (culturali, politici o filosofici?) e delle modalità per cui si sono diffusi così universalmente in tempi, luoghi e civiltà differenti; non cessano ancor oggi di essere oggetto di studio da parte di matematici<sup>2</sup>, logici<sup>3</sup> e perfino pedagogisti<sup>4</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> J.R. CAPABLANCA, *Il primo libro degli scacchi*, Milano, 1998, p. 16.

<sup>2</sup> Si pensi alle implicazioni matematiche che per esempio riguardano il calcolo delle mosse disponibili per i due giocatori: «Alla seconda mossa, per ognuna delle 400 possibili posizioni ogni giocatore dispone di 27 risposte. Il calcolo non è più così semplice come per la prima mossa, ma tutto sommato è ancora alla portata della nostra comprensione: il numero totale delle posizioni sulla scacchiera dopo il secondo turno (due mosse per giocatore) ammonta, secondo gli specialisti di numeri, a 71.852. Dopo tre mosse ciascuno, i giocatori si trovano di fronte a nove milioni di possibili posizioni sulla scacchiera. Dopo quattro mosse sono più di 315 miliardi»: D. SHENK, *Il gioco immortale: storia degli scacchi*, Milano, 2008, p. 81.

<sup>3</sup> Esemplare è il cosiddetto “rompicapo delle otto regine”: l'enigma logico-matematico consiste nel trovare l'esatta combinazione di posizionamento di otto regine su una medesima scacchiera senza che nessuna sia minacciata dalle altre. Il celebre fisico e matematico del XVIII secolo Carl Friedrich Gauss riuscì a trovare ben 72 combinazioni possibili. Calcoli più recenti ne hanno trovate ben 92: cfr. <http://mathworld.wolfram.com/QueensProblem.html>.

<sup>4</sup> Cfr. R. TRINCHERO, *Gli scacchi un gioco per crescere. Sei anni di sperimentazione nella scuola primaria*, Milano, 2012.

A tutto ciò si dovrebbe aggiungere, a dir il vero, un ulteriore profilo misterico che riguarda gli scacchi, forse il più importante, di sicuro il meno indagato: la loro essenza, con particolare riguardo al loro profilo giuridico.

Ma perché proprio gli scacchi? È la prima domanda in senso logico a cui occorre preliminarmente fornire una risposta così da poter correttamente inquadrare, sotto il profilo metodologico, l'intera problematica che di qui in poi sarà sviluppata.

I motivi sono sostanzialmente quattro, e sebbene ciascuno possa senza dubbio essere approfondito, per gli inderogabili motivi di spazio, possono comunque essere riassunti nel modo seguente.

In primo luogo: gli scacchi, a differenza di altri giochi come la dama o le carte, presuppongono e sono “costruiti” con una strutturazione politica, addirittura gerarchica<sup>5</sup>, trattandosi di un esercito in miniatura, caratteristica assente nei giochi di squadra o in quelli più moderni.

In secondo luogo: la natura ambivalente, per un verso artistica e per altro verso matematica alla base degli scacchi, come già precisato, assente in molti altri giochi o comunque non così caratterizzante, assimila gli scacchi al diritto nell'atavica disputa per stabilire se di esso sia prevalente la natura artistica o piuttosto quella scientifica.

Le antiche ostilità dei legislatori per gli interpreti della legge, nota Capograssi, rendono evidente il problema singolare della scienza del diritto: «O il suo preteso oggetto non c'è nella sua autonomia e nella sua verità, ed essa resta senza oggetto, cioè senza se stessa; o l'oggetto c'è nella sua autonomia e nella sua vita ed essa resta esclusa dal suo oggetto perché eterogenea a questa vita. Nel primo caso se c'è l'oggetto non c'è nella sua autonomia, poiché la scienza se lo propone, significa che è la scienza che lo crea con i suoi schemi, essa che cre-

---

<sup>5</sup> «Le gran battaglie io canto, e l'alte imprese di due Re che per gioco armati fanno, figurando gli assalti, e le difese, e gli ordin che ne' campi usati vanno. Non per odio od invidia han l'armi prese: ma sol per laude, e desiderio ch'hanno di combatter fra lor con finte schiere, per mostrar lor virtù, lor gran sapere»: A. MOROSINI, *Il giuoco degli scacchi: poemetto (1822)*, Kessinger Publishing's Legacy Reprints, 2010, p. 3.

*Abstract*

**ALDO ROCCO VITALE, *Jus lusi latruncolorum*: the legal dimension in chess playing**

The article examines the legal perspective found in chess-game over the perspective strictly based on rules of the chess-game. Chess can be considered as a game, but also as war and as a process, i.e. how the legal phenomena founding and structuring the human existence. Chess can be considered the most typical example against the contemporary anti-juridical thought.

**Parole chiave:** scacchi, libertà, gioco, guerra, diritto, processo.

Maria Teresa Napoli

## **LIBERTAS ECCLESIAE E ASSENSO REGIO: INTERPRETAZIONI DELLA DECRETALE *QUOD SICUT* (X.1.6.28) DI INNOCENZO III\***

SOMMARIO: 1. Innocenzo III tra teologia e diritto. – 2. La decretale *Quod sicut* e i Plantageneti. – 3. Innocenzo III e gli ordinamenti particolari. – 4. Interpretazioni della decretale *Quod sicut*. – 5. Riflessioni preconciliari. – 6. Interpretazioni postconciliari: a) in Francia. – 7. Interpretazioni postconciliari: b) in Spagna.

### 1. *Innocenzo III tra teologia e diritto*

La *libertas Ecclesiae* dall'ingerenza dell'autorità secolare nel procedimento elettivo dei vescovi, cardine dell'agire politico di ogni pontefice da Gregorio VII in avanti, è un tema centrale nel magistero di Innocenzo III (8.1.1198-16.7.1216) e può rappresentare il canone ermeneutico per delineare il profilo della sua personalità e delle sue iniziative di governo: il costante impegno profuso nello stabilire relazioni con i sovrani di ogni parte d'Europa e nella lotta all'eresia sono infatti da ricondurre alla difesa di quel principio primo<sup>1</sup>.

---

\* Contributo sottoposto a valutazione.

<sup>1</sup> Strumento ineludibile per interpretare la figura di Innocenzo III è l'edizione della sua corrispondenza a cura di C. EGGER, O. HAGENEDER, A. HAIDACHER, W. MALECZEK, R. MURAUER, K. RUDOLF, A. SOMMERLECHNER, H. WEIGH, *Die Register Innocenz III*, Publicationen des Historischen Instituts beim Österreichischen Kulturinstitut in Rom, Graz-Wien-Köln, 1964-2015. L'edizione, relativa – attualmente – agli anni 1198-1211, è preceduta dalle raccolte (incomplete) di É. BALUZE, *Epistolarum Innocentii III romani Pontificis libri XI. Accedunt Gesta eiusdem Innocentii et prima collectio decretalium composita a RAINERIO monacho Pomposiano*, Parisii, F. Muguet, 1682; J.P. MIGNÉ, *Patrologiae Latinae cursus completus (= P. L.)*, Parisii, 1844-55, voll. CCXIV-CCXVII (Il vol. CCXVI conserva il *Registrum de negotiatione Imperii*); A. POTTHAST, *Regesta pontificum romanorum inde ab anno p. C. n. MCICVIII ad annum MCCCXIV*, I, Berolini, 1874, pp. 1-467. Altre lettere relative agli a. 1207-09 sono state pubblicate da L.V. DELISLE, *Lettres inédites d'Innocent III*, in *Bibliothèque de l'École des Chartes*, 34, 1873, pp. 397-419. Ulteriori

La formazione teologico-filosofica acquisita a Parigi con Pietro di Corbeil e gli studi giuridici compiuti a Bologna forse con Uguccio<sup>2</sup>, nella loro compenetrazione avevano impresso sulla sua riflessione ecclesiologica una dimensione pratica – in sintonia con l’insegnamento di Pietro Cantore – e sugli atti giuridici una forza eminentemente etica, quasi religiosa, sì da connotare l’intera sua esperienza pontificale. Così, la dottrina del *corpus mysticum* (la struttura gerarchica della Chiesa), fonte delle teorie sul primato romano e delle successive concezioni organicistiche, veniva elaborata da Lotario di Segni

---

a. 1207-09 sono state pubblicate da L.V. DELISLE, *Lettres inédites d’Innocent III*, in *Bibliothèque de l’École des Chartes*, 34, 1873, pp. 397-419. Ulteriori notizie in *Studien und Vorarbeiten zur Edition der Register Paps Innocent III*, dir. da L. SANTIFALLER, in *Mitteilungen des Instituts für österreichische Geschichtsforschung*, 1957, 65, pp. 237-368; H. FEIGL, *Die Registrierung der Privilegien unter Papst Innozenz III*, *ivi*, 1960, 68, pp. 114-127; O. HAGENEDER, *Quellenkritisches zu den Originalregistern Innozenz III*, *ibid.*, pp. 128-139; E. PÁSZTOR, *Studi e problemi relativi ai Registri di Innocenzo III*, Milano, 1962. Per l’ampia letteratura su Innocenzo III, rinvio alla voce di W. MALECZEK in *Enciclopedia dei Papi*, Roma, 2000, II, pp. 326-350 cui vanno aggiunti, almeno, i saggi nella *Révue historique de droit français et étranger* dedicata al Concilio Laterano IV, 2016.

<sup>2</sup> La notizia secondo cui a Bologna sia stato allievo di Uguccio è in IOHANNIS ANDREAE, *In quinque decretalium libros Novellae Commentaria*, I, Venetiis, apud Franciscum Franciscum Senensem, 1581, *Nov. ad v. referat*, X.1. 11.13, f. 158v: “Noluit Innocentius aperte reprobare opinionem Hugutionis magistris sui, quam tamen reprobabat in effectum”, ma è ritenuta poco documentabile da K. PENNINGTON, *The Legal Education of Pope Innocent III*, in *Bulletin of Medieval Canon Law* n. s., 1974, 4, pp. 70-77, ora in *Id.*, *Popes, Canonists and Texts (1150-1550)*, Princeton, 1993; *Id.*, *Innocent III and the Ius commune*, in *Grundlagen des Rechts: Festschrift für Peter Landau zum 65. Geburtstag*, a cura di R. HELMHOLZ, P. MIKAT, M. STOLLEIS, Paderborn, 2000, pp. 349-366. Le fonti coeve (*Gesta*, P. L. CCXIV, coll. 80-81; Matteo da Parigi, *ivi*, p. 18) celebrano la sua perizia giuridica in *utroque*, mentre le opinioni più recenti non appaiono univoche, cfr. K.W. NÖRR, *Kontroversen legistischer Glossatoren in Päpstlichen Decretalen*, in *Révue de droit canonique*, 1979, 29, pp. 74-89. Ricordo qui l’ufficialità impressa alla *Compilatio III* nell’inviarla a Bologna per farne oggetto d’insegnamento e di promozione dottrinale nonché l’inclusione nel *Liber Extra* di 596 sue decretali (su 1971), cui vanno aggiunti i settanta canoni del concilio Laterano IV. Sull’ispirazione teologica che ne anima i principi, cfr. C. EGGER, *Papst Innozenz III als Theologe. Beiträge zur Kenntnis seines Denkens im Rahmen der Frühscholastik*, in *Archivum Historiae Pontificiae*, 1992, 30, pp. 55-123.



***Libertas Ecclesiae* and king's assent: interpretations of Innocenzo's III decretal *Quod sicut* (X. 1.6.28)**

The principle of *libertas Ecclesiae* from the interference of secular authority in the election of bishops, consecrated in the Lateran Council IV, is reaffirmed in the decretal *Quod sicut*, sent by Pope Innocent III to the legate in Ireland in 1202 to settle the conflict with John Lackland, king of England and Ireland, on the meaning given to the king's assent in the election of Archbishop of Armagh. Inserted into the *Compilatio III* and then into the *Liber Extra*, the decretal is subject to controversial doctrinal interpretation. In fact, with the Great Schism, the decretalistic gives it ambiguous or more moderate interpretations; and after the Council of Constance, Pope Martin V in restoring the pontifical primacy concluded agreements with the secular authorities, recognizing the value of local customs. Thus the decretal of Pope Innocent III was the basis of the claims of the sovereigns, so that the death of a prelate would be communicated to them to exercise a control over fidelity to the kingdom of the successor.

**Parole chiave:** elezioni episcopali, libertà ecclesiastica, assenso regio, decretalistica dei sec. XIII-XV.

Gabriele Carapezza Figlia, Stefano Sajevo

## RESPONSABILITÀ CIVILE E TUTELA RAGIONEVOLE ED EFFETTIVA DEGLI INTERESSI\*

SOMMARIO: 1. Ragionevolezza e scelta del «giusto rimedio». – 2. Effettività della tutela e adeguatezza del rimedio. – 3. Controllo di ragionevolezza e generalizzazione della tutela risarcitoria. – 4. Natura dell'interesse leso e ragionevole qualificazione delle fattispecie ai confini tra contratto e torto. – 5. *Segue*. Responsabilità del medico. – 6. *Segue*. Responsabilità dello Stato-legislatore per inadempimento di direttive europee. – 7. *Segue*. Responsabilità da violazione dei doveri familiari.

### 1. Ragionevolezza e scelta del «giusto rimedio»

Una rilettura della responsabilità civile che, nel rispetto del principio di legalità, verifichi quali siano i principali profili di incidenza della ragionevolezza<sup>1</sup>, può iscriversi nella tendenza a impiegare il linguaggio dei rimedi sul terreno degli interessi giuridicamente rilevanti<sup>2</sup>, tradizionalmente consegnato alla dogmatica dei diritti soggettivi<sup>3</sup>.

\* Contributo sottoposto a valutazione. Il saggio rappresenta il frutto di una riflessione comune, ancorché siano da attribuire a Gabriele Carapezza Figlia i paragrafi 1, 2, 3; a Stefano Sajevo i paragrafi 4, 5 e 6 e a entrambi il paragrafo 7.

<sup>1</sup> Sottolinea la storicità del significato della ragionevolezza, che deve contestualizzarsi «in un dato momento storico e alla luce di un determinato ordinamento giuridico con i suoi valori-guida», G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 16 ss.

<sup>2</sup> Fondamentale riferimento di una prospettiva metodologica che rilegge il diritto civile nel prisma della tutela dei diritti, A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 1987 (ult. ed. 2003); ID., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 341 ss.; ID., *Rimedi e dintorni*, *ivi*, 2015, p. 703 ss. Nella dottrina italiana, la concettualizzazione dei rimedi è stata sviluppata, inoltre, da S. MAZZAMUTO (a cura di), *Processo e tecniche di attuazione dei diritti*, Napoli, 1989; ID., *La nozione di rimedio nel diritto continentale*, in *Eur. dir. priv.*, 2007, p. 585 ss.; ID. e A. PLAIA, *I rimedi nel diritto privato europeo*, Torino, 2012; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente. Situazioni soggettive e rimedi nelle dinamiche dell'impresa, del mercato, del lavoro e dell'attività amministrativa*, Milano, 2004, spec. p. 56 ss.; D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, in *Eur. dir. priv.*, 2005, p. 609 ss.; ID., *La sistematica rimediale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2011, p. 15 ss.; P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, in *Giusto proc. civ.*, 2011, p. 1 ss.; G. SMORTO, *Sul significato di «rimedi»*, in *Eur. dir. priv.*, 2014, p. 159 ss.; L. NIVARRA, *Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico*, *ivi*, 2015, p. 583 ss.

<sup>3</sup> Da ultimo, G. SMORTO, *op. ult. cit.*, p. 159 ss.

La scelta del «giusto rimedio» rappresenta una delle prospettive applicative maggiormente feconde della ragionevolezza<sup>4</sup>, intesa quale canone ermeneutico che orienta l'interprete nella selezione delle tecniche di tutela funzionalmente più adeguate a rispondere alle esigenze di protezione di una situazione soggettiva lesa<sup>5</sup>. Le mutevoli forme di rilevanza degli interessi giuridici richiedono, infatti, di calibrare il rimedio civile alle peculiarità del caso concreto, ispirandosi ai criteri di ragionevolezza sul piano qualitativo e di proporzionalità su quello quantitativo<sup>6</sup>.

L'adeguatezza del rimedio, nell'assicurare il «giusto equilibrio» tra gli interessi in conflitto<sup>7</sup>, condiziona la stessa legittimità della decisione giudiziale che, nel singolo contesto applicativo, è chiamata, sul versante dell'*an*, a individuare, tra i molteplici rimedi disponibili, quello più appropriato alle situa-

---

<sup>4</sup> Secondo N. LIPARI, *Dottrina e giurisprudenza quali fonti integrate del diritto*, in *Riv. trim.*, 2016, p. 1153 ss., ora in *Id.*, *Il diritto civile tra legge e giudizio*, Milano, 2017, p. 44, «il principio di ragionevolezza ha soppiantato ogni modo di argomentare in chiave di deduttività ed è diventato il metodo giuridico fondamentale».

<sup>5</sup> Per questa prospettiva ermeneutica, v. P. PERLINGIERI, *Il «giusto rimedio» nel diritto civile*, cit., p. 1 ss.; G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, p. 84 ss.; *Id.*, *Alla ricerca del «giusto rimedio» in tema di certificazione energetica. A margine di un libro di Karl Salomo Zachariae*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 664 ss.; *Id.*, *La convalida delle nullità di protezione e la sanatoria dei negozi giuridici*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 2010, spec. p. 85 ss.; *Id.*, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, cit., p. 86 ss.; S. POLIDORI, sub art. 1418, in G. PERLINGIERI (a cura di), *Codice civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza*, 3<sup>a</sup> ed., IV, 1, Napoli, 2010, spec. p. 1021; A. LEPORE, *Prescrizione e decadenza. Contributo alla teoria del «giusto rimedio»*, Napoli, 2012, spec. p. 167 ss.; G. CARAPEZZA FIGLIA, *Diritto all'immagine e «giusto rimedio» civile. Tre esperienze di civil law a confronto: Italia, Spagna e Francia*, in *Rass. dir. civ.*, 2013, p. 876 ss.; *Id.*, *Tutela dell'onore e libertà di espressione. Alla ricerca di un «giusto equilibrio» nel dialogo tra Corte europea dei diritti dell'uomo e giurisprudenza nazionale*, in *Dir. fam. pers.*, 2013, p. 1011 ss.

<sup>6</sup> Si rinvia a G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità*, cit., p. 114 ss.

<sup>7</sup> Sostiene che il rimedio è governato dalla logica comparativa del bilanciamento degli interessi, D. MESSINETTI, *Sapere complesso e tecniche giuridiche rimediali*, cit., p. 610.

**GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, STEFANO SAJEVA, Civil liability and reasonable and effective protection of legal interests**

The essay proposes a reinterpretation of civil liability, in the light of the principle of reasonableness, with particular reference to the choice of the best remedy capable of ensuring full and effective protection of rights and legal interests.

**Parole chiave:** responsabilità civile, ragionevolezza, interessi, effettività della tutela, rimedi.

Francesco Ricciardi Celsi

## LA CHIESA IN MOZAMBICO TRA PASSATO E PRESENTE. L'ACCORDO TRA LA SANTA SEDE E LA REPUBBLICA DI MOZAMBICO DEL 2011\*

SOMMARIO: 1. Cenni sulla presenza della Chiesa nell'Africa portoghese. – 2. Il Concordato con il Portogallo e l'Accordo missionario del 1940. – 3. La Chiesa in Mozambico: dall'*implantatio Ecclesiae* alla firma dell'Accordo del 2011. – 4. L'Accordo tra la Santa Sede e la Repubblica di Mozambico del 2011. – 4.1 *Pre-messa*. – 4.2 *L'attività concordataria in Africa e in particolare nei Paesi dell'Africa sub sahariana*. – 4.3 *L'Accordo con il Mozambico: contenuti*. – 5. Considerazioni conclusive.

### 1. *Cenni sulla presenza della Chiesa nell'Africa portoghese*

L'espansione della Chiesa cattolica nei territori coloniali portoghesi in Africa è fortemente caratterizzata dallo speciale rapporto nato dall'alleanza tra la Santa Sede e il Portogallo conosciuto con il nome di *patronato* o *padroado*<sup>1</sup>. Tale accor-

---

\* Il contributo – sottoposto a valutazione – è destinato alla pubblicazione degli studi svolti presso la Lumsa nell'ambito della ricerca su "L'attività internazionale della Santa Sede attraverso concordati e accordi con i Paesi non di tradizione cristiana".

<sup>1</sup> A partire dall'epoca dei primi viaggi esplorativi in Africa, il papato aveva riconosciuto diritti di sovranità su quelle terre al re del Portogallo. Con la bolla *Romanus Pontifex* promulgata da papa Nicolò V nel gennaio del 1454 veniva riconosciuta al Portogallo, oltre al possesso delle terre scoperte e dei mari adiacenti, anche il diritto esclusivo di commercio, pesca e navigazione, l'esenzione delle restrizioni imposte dalla legge canonica sul commercio con gli infedeli e infine il diritto di organizzare l'amministrazione ecclesiastica cristiana nei nuovi territori. Di qui la nascita di quel complesso di diritti e obblighi concessi dai pontefici alle corone di Portogallo e Spagna, conosciuto con il nome di *padroado* e di *patronato*, di cui la Chiesa si avvale per sviluppare l'opera missionaria nelle nuove terre appena scoperte, secondo le regole stabilite dalla linea di demarcazione immaginaria tracciata da Alessandro

do aveva di fatto e di diritto attribuito al sovrano portoghese un vero e proprio potere spirituale e una giurisdizione su tutte le attività missionarie esercitate nei territori di missione. Se di fatto il *padroado* si rivelò di grande utilità per l'evangelizzazione di questi territori, non di meno comportò una sostanziale limitazione per la Chiesa, la quale dovette necessariamente subire l'ingerenza della corona lusitana negli affari ecclesiastici.

Tale stato di cose comportò in queste realtà l'associazione tra i due poteri, quello politico e quello religioso, per cui – nonostante che i loro rapporti non fossero sempre idilliaci, ma spesso caratterizzati da tensioni e conflitti giurisdizionali<sup>2</sup> – la Chiesa cattolica fu spesso considerata vicina e schierata con il governo di Lisbona. Ciò si tradusse sostanzialmente in posizioni di vantaggio per la Chiesa cattolica e per le sua opera evangelizzatrice nei territori di missione, ma questo “legame” con il governo lusitano, come già abbiamo accennato sopra, si trasformò in un ostacolo, soprattutto nel corso del XX secolo allorché le colonie portoghesi iniziarono ad affrancarsi dal go-

---

VI nel 1493 (bolla *Inter Coetera*), successivamente modificata dai trattati di Tordesillas (1494), per assegnare ad ognuna delle due potenze un preciso ambito di competenza territoriale. Cfr. N. KOWALSKY, *Voce Padroado, Patronato*, in *Enciclopedia Cattolica*, IX, Città del Vaticano, 1952, pp. 528-533.

<sup>2</sup> Innumerevoli furono nel corso di quattro secoli le ingerenze del potere politico negli affari ecclesiastici e di conseguenza i conflitti di giurisdizione tra il Portogallo e la Santa Sede; tale dualismo giurisdizionale è durato fino alla seconda metà del XX secolo e avrà termine proprio con l'indipendenza del Mozambico nel 1975. Le problematiche connesse alla concessione dei patronati con le corone iberiche erano state avvertite sin dal XVII secolo quando la Sede Apostolica decise di istituire per l'evangelizzazione dei territori di missione la Congregazione *De Propaganda Fide* prevedendo l'erezione dei vicariati apostolici, dipendenti direttamente da Roma e quindi affrancati dagli obblighi di patronato. Sulle problematiche connesse all'istituto del Patronato cfr. G. DALLA TORRE, *L'istituto del Patronato e la Congregazione "De Propaganda Fide"*, in *Archivio Giuridico*, CCXXXIII, 2003, I, p. 3 ss.; ID. *Lezioni di Diritto Canonico*, IV ed., Torino, 2014, pp. 46-50; G. SORGE, *La polemica giuspatronale tra la S. Sede e la Monarchia portoghese nella seconda metà del secolo XVII*, in G. SORGE – M. DE GHANTUZ CUBBE – C.M. RADULET – A. VASCONCELOS DE SALDANHA, *S. Sede e Corona portoghese. Le controversie giuspatronali nei secoli XVII e XVIII*, Bologna, 1988, p. 15 ss.

**FRANCESCO RICCIARDI CELSI, The Church in Mozambique between past and present. The Agreement between the Holy See and the Mozambique Republic in 2011**

The Agreement with the Mozambique Republic in 2011 opens a new season for the Holy See's concordat policy, namely starting a series of Conventions with the Sub-Saharan countries, which follows a first phase of agreements begun between the end of the Eighties and the beginning of the new millennium. After devoting a large space to the historical events that characterized the life of the Church in Mozambique all over the 20th century, from the period of Portuguese colonialism to the Independence and the civil war ending with the 1992 peace, the author analyzes the contents of the Agreement on "the Principles and Legal Provisions for the Relationship between the Holy See and the Republic of Mozambique." The proposed analysis, among other things, shows that the 2011 Agreement is the result of a long and proven system of cooperation between the local Church and the public institutions aimed at building the essential structures of the country, such as schools, healthcare facilities, centers for the care of children and elderly people, who are typically found in that context, or even structures that are parallel to public ones but still constitute essential structures for the survival and development of the country.

**Parole chiave:** Santa Sede, Mozambico, colonie portoghesi, *implantatio Ecclesiae*, politica concordataria, concordati con Paesi dell'Africa sub sahariana, accordi con Paesi non prevalentemente cristiani, statuto giuridico della Chiesa in Mozambico, matrimonio canonico, collaborazione in ambito educativo e sanitario, regime fiscale.

Federica Fontana

## **A PROPOSITO DELLA CLINICA DEL DIRITTO SU “DIRITTO DEGLI APPALTI: DALLA *LOCATIO OPERIS* AL DIRITTO CONTEMPORANEO”...**

### **ALCUNI INSEGNAMENTI DI MAESTRI SUL METODO DIDATTICO DA FILIPPO SERAFINI A CARNELUTTI, A ORESTANO**

SOMMARIO: 1. Sull'importanza dell'istituzione delle cd. “Cliniche del diritto”. – 2. Il ruolo del Diritto romano nella formazione del giurista e la sua utilità pratica, con particolare riferimento al “Diritto amministrativo romano”. – 3. L'obiettivo formativo e la metodologia didattica della Clinica del diritto “Diritto degli appalti: dalla *locatio operis* al diritto contemporaneo”. – 4. Inaugurazione della Clinica del diritto (21 novembre 2016). – 5. Il Seminario di studi su “Regolazione e corruzione negli appalti pubblici” a mo' di chiusura della Clinica del diritto su “Diritto degli appalti: dalla *locatio operis* al diritto contemporaneo” (3 aprile 2017). – 6. Il pensiero di Riccardo Orestano in “«Postilla» alla ‘Postilla’”

#### *1. Sull'importanza dell'istituzione delle cd. “Cliniche del diritto”*

Il termine “clinica” è intrigante; come mai una clinica?<sup>1</sup> La risposta a tale quesito si può dedurre dalla lettura di un interessante articolo del 1935 (intitolato “*Clinica del diritto*” e pubblicato sulla *Rivista di diritto processuale*) di uno dei più grandi giuristi di tutti i tempi, Francesco Carnelutti, concernente la corretta metodologia di insegnamento da adottare

---

<sup>1</sup> Presso la Libera Università Maria Santissima Assunta (Lumsa) di Roma, nell'ambito delle attività didattiche delle cattedre di Diritto romano della prof. Maria Pia Baccari e di Diritto amministrativo della prof. Nicoletta Rangone, è stata istituita la Clinica del diritto su “Diritto degli appalti: dalla *locatio operis* al diritto contemporaneo”. Vedi il progetto della Clinica del diritto, predisposto dalla cattedra di Diritto romano del Dipartimento di Giurisprudenza, nell'a.a. 2016- 2017, in via sperimentale su “Diritto degli appalti: dalla *locatio operis* al diritto contemporaneo”, in *www.lumsa.it*.



nelle Facoltà di Giurisprudenza per la formazione di competenti e qualificati professionisti.

L'illustre giurista, partendo da una disamina del metodo di insegnamento in ambito medico, ricorda la voce "Scienze cliniche" presente nel X volume dell'*Enciclopedia Italiana* (autore: G. Viola), dove troviamo scritto: «Il medico pratico si istituisce in primo tempo con l'anatomia e l'istologia normale, passa poi alla fisiologia, indi all'anatomia patologica e alla patologia generale ... Finalmente giunge al contatto di quel reale, il cui possesso è la meta ultima della sua cultura, il coronamento dell'edificio: il malato, la clinica»<sup>2</sup>.

Carnelutti, interrogandosi sulla possibilità di fare un paragone tra le materie d'insegnamento della facoltà di medicina e quelle della facoltà di giurisprudenza, afferma: «Una verità è certa: che, a differenza del futuro medico, il futuro giurista, finché rimane nell'università, "al contatto di quel reale, il cui possesso è la meta ultima della cultura", non arriverà mai»<sup>3</sup>.

Giunto a questa triste quanto attuale conclusione, si domanda il giurista quale sia la soluzione da adottare per porre rimedio a questa "inferiorità" dell'insegnamento giuridico rispetto a quello medico<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> G. VIOLA, Voce *Scienze cliniche*, in *Enciclopedia Italiana*, 1931, vol. X, p. 607, citato da F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Rivista di diritto processuale*, I, 1935, p. 169.

<sup>3</sup> F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto* cit., p. 169.

<sup>4</sup> Rileva Francesco Carnelutti: «Bisognerebbe pur dubitarne, poter credere che solo i medici e non i giuristi abbiano da fare col reale o, meglio, col concreto. C'è bisogno di combattere questo errore? Tanto noi quanto loro operiamo sull'uomo; varia il punto di vista ché essi lo considerano in sé, come individuo e perciò come tutto, e noi in relazione con gli altri uomini, come cittadino e così come parte; ma la materia è sempre una: la divina umanità. Il giurista pratico, che ha almeno tre incarnazioni: legislatore, giudice e avvocato, taglia, come il medico, sulla carne viva; così anche quando, anziché di me o di te si tratta del mio o del tuo, poiché, a questo mondo, non v'è un coltello per separare l'essere dall'aver. Cosa si direbbe dunque di un dottore in medicina, al quale non abbiano mai fatto vedere un malato?»

Eppure noi continuiamo a vivere in questo assurdo, quanto alla giurisprudenza. Se non ci hanno provveduto da sé, i nostri discenti diventano dottori, senza mai aver veduto un caso vivo del diritto. Noi insegniamo a loro certamente qualcosa che somigli alla fisiologia o alla patologia; comincio ad essere meno certo che vi sia fra i nostri insegnamenti, uno che risponda al concetto