

Gabriele Carapezza Figlia

L'INTERESSE DEL CREDITORE NELL'ERMENEUTICA DI EMILIO BETTI*

SOMMARIO: 1. L'interesse del creditore tra ermeneutica e sistematica giuridica. – 2. Critica bettiana alle concezioni psicologiche e soggettive di interesse e adozione di una nozione normativa. – 3. Problematica corrispondenza tra 'interesse' «nell'ordine teorico» e 'interesse' «nell'ordine pratico». – 4. «Oggettività ideale dei valori» quale tipicità sociale dell'interesse giuridicamente protetto. – 5. Il lascito bettiano: ascrizione del criterio di valutazione dell'apprezzabilità degli interessi al piano esterno della conformità all'assiologia dell'ordinamento.

1. *L'interesse del creditore tra ermeneutica e sistematica giuridica*

Nel 1978, si pubblica un Quaderno fiorentino dedicato a *Emilio Betti e la scienza giuridica del Novecento*, primo esperimento di storicizzazione, compiuto da quella Rivista, di una realtà culturale quale la *jurisprudencia* italiana nel periodo compreso tra le due guerre.

Nella *Pagina introduttiva* che apre il Quaderno, Paolo Grossi si interroga: «Ma perché Betti? Perché scegliere lui e cominciare da lui?»¹. Secondo il Maestro fiorentino, l'esemplarità della testimonianza bettiana è riassumibile in alcuni tratti: il «valore provocatorio e sollecitante» della sua riflessione²; l'insofferenza «alle chiusure e ai consueti incasellamenti tipici

* Il saggio, sottoposto a valutazione, riproduce, con l'aggiunta delle note, la relazione al Convegno "L'attualità del pensiero di Emilio Betti a cinquant'anni dalla scomparsa", svoltosi presso l'Università degli Studi di Camerino nei giorni 5-8 settembre 2018.

¹ P. GROSSI, *Pagina introduttiva*, in *Quad. fiorentini*, 1978, 7, p. 2.

² P. GROSSI, *o.l.c.*, il quale aggiunge che Betti, dalla riflessione del suo tempo, «si stacca per scelte culturali nitidissime e per una costante, vigorosa ed anche virulenta carica morale».

dell'accademia di ieri e di oggi»³; la «curiosità intellettuale [...] verso altre sponde culturali»⁴. Ma soprattutto l'opera di Betti può essere considerata punto di osservazione privilegiato di un'intera stagione del pensiero giuridico italiano⁵, perché «il suo discorso è, prima di tutto, metodologico, e il problema del metodo sotteso ad ogni sua pagina»⁶.

L'eclettismo bettiano⁷, che si alimenta di riferimenti culturali spesso contrastanti, è un tentativo di ricercare salde «fondazioni speculative»⁸ alle soluzioni giuridiche. Il sincretismo teso a conciliare impostazioni filosofiche antagoniste – che tante polemiche ha suscitato⁹ – esprime, in modo aperto e consapevole, l'aspirazione a immergere il discorso giuridico in un più ampio contesto storico-sociale¹⁰. La riflessione sul problema ermeneutico si orienta alla costruzione di una 'teoria generale dell'interpretazione', concepita quale «metodologia delle scienze dello spirito»¹¹, nella quale collocare l'interpretazione in funzione normativa.

Se, dunque, il rilievo principale del contributo di Betti appare quello di avere impostato, in modo pionieristico per la cultura italiana del tempo, il problema giuridico come un problema di metodologia¹², è in questa chiave che sembra opportuno affrontare il tema dell'interesse del creditore, analizzan-

³ P. GROSSI, *o.c.*, p. 3, secondo il quale «si trattava di un'ansia di verifica e, in fondo, d'una testimonianza di umiltà».

⁴ «Particolarmente, le sue incursioni nel territorio dei filosofi»: P. GROSSI, *o.l.u.c.* Si veda L. MENGONI, *La polemica di Betti con Gadamer*, in *Quad. fiorentini*, 1978, 7, p. 125 ss.

⁵ Sulla «fortuna» dell'opera bettiana si rinvia a G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, in *Quad. fiorentini*, 1978, 7, p. 165 ss.

⁶ P. GROSSI, *o.c.*, p. 2.

⁷ Ma v. E. BETTI, *Teoria generale dell'interpretazione*, I, Milano, 1955, p. IX.

⁸ P. GROSSI, *o.c.*, p. 3.

⁹ *Ex multis*, T. GRIFFERO, *Interpretare. La teoria di Emilio Betti e il suo contesto*, Torino, 1988.

¹⁰ Sul punto, N. IRTI, *Itinerari del negozio giuridico* (1978), ora in *Id.*, *Destini dell'oggettività. Studi sul negozio giuridico*, Milano, 2011, p. 54.

¹¹ Cfr. F. BIANCO, *Oggettività dell'interpretazione e dimensioni del comprendere. Un'analisi critica dell'ermeneutica di Emilio Betti*, in *Quad. fiorentini*, 1978, 7, p. 13; G. CRIFÒ, *Emilio Betti. Note per una ricerca*, cit., p. 169.

¹² Un approfondimento in F. BIANCO, *o.c.*, p. 13 ss.

Abstract

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, L'interesse del creditore nell'ermeneutica di Emilio Betti

Il saggio analizza la nozione di 'interesse del creditore' nella teoria delle obbligazioni di Emilio Betti e l'influenza esercitata sulla dottrina e giurisprudenza italiane.

Parole chiave: ermeneutica, obbligazioni, interesse del creditore.

GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA, Interest of the creditor in the Emilio Betti's hermeneutics

The essay analyzes the notion of 'interest of the creditor' in the Emilio Betti's theory of obligations and the influence exercised over the Italian legal doctrine and jurisprudence.

Key words: hermeneutics, obligations, interest of the creditor.

Carlotta Latini

UNA LEGISLAZIONE *PER SPOT*. DALLE IDEE DI RIFORMA DEL 1944-45 AL PROGETTO GROSSO DI CODICE PENALE*

SOMMARIO: 1. Le origini. – 2. Tutti anelano ad un regime di libertà. – 3. L'‘infezione’ fascista e la ‘disinfestazione’ provvisoria. – 4. Prima la Costituzione, poi i codici. – 5. L'Assemblea costituente e il rapporto col diritto penale attraverso alcuni esempi. – 6. La codificazione truccata. – 7. Una continuità poco rassicurante. – 8. Verso un diritto penale ‘post-moderno’: il progetto Grosso, le ragioni della decodificazione e il ritorno al codice.

1. Le origini

Il dibattito sulla riforma del codice penale in termini di formazione di un nuovo codice si è aperto subito dopo la caduta del regime fascista. Non si è tuttavia pervenuti alla formazione di un codice nuovo come è invece accaduto per il codice di procedura penale. Non che siano mancati gli interventi sul vecchio codice, ma ad un primo sguardo d'insieme sembrerebbe che in Italia non si sia perso il gusto della conservazione e della scelta per l'affiancamento al codice della legislazione complementare (copiosa e sovrabbondante). Questo risultato è ancora più difficile da comprendere se si tiene conto che per anni si è tentato di formulare un nuovo codice penale, fino ad una sorta di resa rispetto agli interventi riformativi d'occasione. La domanda che ci si può legittimamente porre è come sia possibile a distanza di quasi Novanta anni e con una Guerra mondiale (e civile) in mezzo, nonché una Costituzione repubblicana, restare ‘fedeli’ al modello penale, o quanto meno alla sua idea, elaborata da giuristi in un'epoca autoritaria ed illiberale.

* Contributo sottoposto a valutazione.

Il codice penale cosiddetto Rocco, prodotto dell'interpretazione della cultura giuridica penale di stampo fascista, fu creato da un'apposita commissione e porta il nome del guardasigilli Alfredo Rocco, ma reca l'impronta forte del fratello Arturo, noto penalista. A partire dalla prolusione sassarese che, nel 1910, segnava quella 'svolta' nel segno del tecnicismo che avrebbe caratterizzato il nuovo codice penale, la penalistica italiana prendeva una strada che non era più quella segnata dalla cultura giuridica liberale impersonata, ad esempio, da Luigi Lucchini e dalla cosiddetta Scuola classica, ma un percorso distante anche da quella positiva di Enrico Ferri. La critica di Arturo Rocco nella nota prolusione del 1910, infatti era mossa sia alla Scuola classica che aveva preteso di creare un diritto penale assoluto, immutabile e universale, sia alla Scuola positiva che se da un lato aveva giustamente denunciato questo stato di cose della scienza penale, dall'altro aveva perso di vista l'obiettivo concentrandosi sui mezzi e finendo per 'affogare' la scienza penale nelle acque dell'antropologia e della sociologia¹. L'abbandono del metodo proprio della Scuola storica del diritto, il rifiuto di ogni dogmatica, l'assenza di un sistema, a differenza di quanto era stato fatto nelle scienze privatistiche rappresentavano il principale problema. Spesso si è confusa l'affermazione del tecnicismo² di Arturo Rocco con

¹ A. Rocco, *Il problema e il metodo della scienza del diritto penale*, prelezione al corso di diritto e procedura penale letta nella R. Università di Sassari il 15 gennaio 1910, in *Rivista penale*, 1910, I, p. 3; M. SBRICCOLI, *La penalistica civile, Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia unita*, in *Storia del diritto penale e della giustizia. Scritti editi e inediti (1972-2007)*, to. I, Milano, 2009, p. 583 ss.; L. GARLATI, *Arturo Rocco inconsapevole antesignano del fascismo nell'Italia liberale*, in *I giuristi e il fascino del regime (1918-1925)*, a cura di I. BIROCCHI, L. LOSCHIAVO, Roma, 2013, p. 196; L. GARLATI, M.N. MILETTI, *Arturo Rocco*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani*, a cura di I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, vol. II, Bologna, 2013, pp. 1704-1708.

² M. SBRICCOLI, *Il penale dei codici e la dialettica dei diritti*, in *Storia del diritto penale e della giustizia*, to. I, cit., p. 583, ha parlato di una 'lezione' tecnico-giuridica che ha avuto molta diffusione: cfr. B. PETROCELLI, *Per un indirizzo italiano nella scienza del diritto penale, Prolusione napoletana del 13 gennaio 1941*, in *Rivista italiana di diritto penale*, 1941, poi in *Saggi di diritto penale*, vol. I, Padova, 1952, p. 66, p. 359, «Ma io credo che una riaffermazione del valore della legge come fonte del diritto e della vera funzione del

CARLOTTA LATINI, Una legislazione *per spot*. Dalle idee di riforma del 1944-45 al progetto Grosso di codice penale

L'articolo si occupa del tema della codificazione penale all'indomani della caduta del fascismo e dopo la nascita della Repubblica, affrontando la questione della mancata riforma del codice penale 'Rocco', gli adeguamenti di tale codice penale fascista alla Costituzione repubblicana, i tentativi di realizzare un nuovo codice, per la parte generale, fino al progetto Grosso.

Parole chiave: codice penale, riforma, Italia repubblicana, codice Rocco, decodificazione.

CARLOTTA LATINI, Legislation *per spot*. From the ideas of reform of 1944-45 to the Grosso project of penal code

The article deals with the issue of penal codification in the aftermath of the fall of fascism and after the birth of the Italian Republic, addressing the issue of the failure to reform the penal code 'Rocco', the adaptations of this fascist penal code to the Republican Constitution, the attempts to create a new code, for the general part, up to the Grosso project.

Key words: penal code, reform, Italian Republic, Rocco code, decodification.

Laura Palazzani

LIMITE TERAPEUTICO E ACCANIMENTO CLINICO SUI MINORI: PROFILI BIOETICI E BIOGIURIDICI*

SOMMARIO: 1. Le cure dei minori tra responsabilità tecnico-scientifica e limite etico: teorie a confronto. – 1.1. La teoria libertaria: l'autodeterminazione come limite soggettivo. – 1.2. La teoria utilitarista: QALY come limite sociale. – 1.3. La dignità della vita umana al centro: l'inappropriatezza clinica come limite oggettivo. – 2. Profili biogiuridici. – 2.1. La legge 219/2017. – 2.2. Le fonti internazionali. – 2.3. La biogiuridica come orizzonte per la bioetica. – 3. Nuovi problemi emergenti: impatto delle ICT sulle decisioni di cura.

1. Le cure dei minori tra possibilità tecno-scientifica e limite etico: teorie a confronto

Nel contesto del rapido sviluppo delle conoscenze scientifiche e applicazioni tecnologiche in ambito biomedico, molte sono le possibilità di intervento sulla vita e molti gli interrogativi etici sui limiti di liceità e legittimità. Tali interrogativi sono sempre più difficili, nella teoria e nella prassi, a causa della crescente complessità della medicina e del pluralismo etico che caratterizza la società in cui viviamo.

Emerge l'esigenza di definire la linea di confine – spesso non nitida, ma sfumata – tra 'dovere terapeutico', ossia dovere di iniziare o continuare cure/trattamenti di sostegno vitale (quali ventilazione, idratazione e nutrizione artificiali) e 'accanimento clinico', o ostinazione irragionevole delle cure, quale ambito di giustificazione del non inizio o sospensione di trattamenti di sostegno vitale. È un tema complesso in bioetica in generale, ancora più delicato nel contesto dei minori, data la particolare vulnerabilità dei soggetti non in grado di esprimersi, oppure in grado di esprimersi ma non con la stessa con-

* Contributo sottoposto a valutazione.

sapevolezza di un adulto in grado di intendere e di volere, la triangolarità del rapporto che si costituisce tra piccoli pazienti/genitori e medici e operatori sanitari, le implicazioni etiche e giuridiche¹.

Nel contesto della discussione pluralista attuale, vi sono alcuni orientamenti di pensiero estremi che negano la determinazione dei limiti dei trattamenti, svuotando dunque di senso la stessa categoria di ‘accanimento clinico’.

Da un lato il tecno-scientismo, in una prospettiva tecnofila bio-ottimistica, non ammette confini all’avanzamento della scienza e della tecnologia ritenendo che ‘tutto ciò che è possibile è anche sempre lecito’ e doveroso. Il tecno-scientismo radicale è al fondamento del c.d. ‘imperativo tecnologico’ che spinge inevitabilmente il medico sempre a ‘fare’ e dunque giustifica ogni trattamento e sperimentazione, in nome dell’avanzamento delle conoscenze, anche se può costare il ‘sacrificio’ in termini di vita e sofferenza, di alcuni.

Dall’altro lato il vitalismo, sulla base del principio della difesa della vita ‘ad ogni costo’, sempre e comunque, a qualsiasi condizione, non giustifica mai limiti all’uso della tecnologia asserendo che ‘è lecito, anzi doveroso, tutto ciò che è possibile’. Il vitalismo ammette incondizionatamente ogni trattamento ‘oltre’ ogni limite, in funzione del ‘dovere assoluto di vivere’. È sempre e comunque doveroso fare tutto ciò che è possibile, quale che sia la volontà soggettiva e quale che sia la condizione del malato, in una sorta di ritorno al paternalismo medico in senso forte (il c.d. ‘*hard paternalism*’). L’opzione è sempre e solo per la continuazione e il prolungamento della vita ritenendo che la sospensione dei trattamenti non sia mai giustificata (anzi considerandola una forma di eutanasia).

Ha senso parlare di ‘limite’ e ‘accanimento’ solo in una prospettiva che prenda le distanze dal tecno-scientismo e dal vitalismo e riconosca la identificabilità di uno spazio tra la giu-

¹ Sul tema generale della bioetica con riferimento ai minori cfr. *L’interesse del minore tra bioetica e diritto*, a cura di L. PALAZZANI, Roma, 2010; M.L. DI PIETRO, M. FAGGIONI, *Bioetica e infanzia. Dalla teoria alla prassi*, Bologna, 2014; M. LO GIUDICE, S. LEONE, *Bioetica in pediatria*, Milano, 2012. Sul tema cfr. COMITATO NAZIONALE PER LA BIOETICA, *Bioetica con l’infanzia*, 1994.

LAURA PALAZZANI, Limite terapeutico e accanimento clinico sui minori: profili bioetici e biogiuridici

L'articolo analizza la giustificazione etica dei limiti alle cure sui minori mettendo a confronto teorie diverse nel contesto della discussione pluralista, evidenziandone gli argomenti: la teoria libertaria e il principio dell'autodeterminazione come limite soggettivo, la teoria utilitarista e il criterio della qualità della vita come limite sociale e la teoria personalista che pone al centro la dignità intrinseca della vita umana e l'inappropriatezza clinica come limite oggettivo. L'Autore analizza anche i profili biogiuridici con riferimento alla legge 219/2017 e alle fonti internazionali.

Parole chiave: accanimento clinico, minori, dignità, autodeterminazione, qualità della vita.

LAURA PALAZZANI, Therapeutic limit and clinical obstinacy on minors: bioethical and biolegal aspects

The article deals with the ethical justification of the therapeutic limits on minors, analysing different theories in the context of the pluralistic discussion and underlining their arguments: the libertarian theory and the principle of self-determination as subjective limit, the utilitarian theory and the quality of life as social limit and the personalist theory which recognises at the center the intrinsic dignity of life and the inappropriate treatment as objective limit. The Author deepens the biolegal aspects with reference to the Italian Law 219/2017 and to the international sources.

Key words: clinical obstinacy, minors, dignity, self-determination, quality of life.

Giovanni Rossi

BARTOLOMEO CIPOLLA, GIURISTA 'ESEMPLARE' DEL MATURO DIRITTO COMUNE*

SOMMARIO: 1. Le radici veronesi. – 2. Cipolla professore patavino. – 3. L'importanza della dimensione fattuale: i trattati sulle servitù prediali. – 4. I rapporti con Venezia, tra diritto e potere. – 5. La pragmatizzazione della scienza giuridica: le 'cautele'. – 6. Al cuore del lavoro del giurista: l'interpretazione della legge. – 7. L'alleanza di scienza e prassi: i *consilia* criminalistici. – 8. Per concludere.

1. *Le radici veronesi*

Attraverso la rievocazione della figura di Bartolomeo Cipolla¹ è possibile gettare uno sguardo sull'attività professionale dell'uomo di leggi del Quattrocento e mettere a fuoco alcuni aspetti tipici del mondo del diritto a Venezia e nella Terraferma veneta tra la fine del Medioevo e l'avvio dell'età moderna, al punto di intersezione tra *ius commune* (vigente nei territori sottomessi alla città marciana ed insegnato a giovani provenienti da tutta Europa presso l'università di Padova) e diritto patrio veneziano (l'unico riconosciuto valido ed applicato dalle magistrature della Serenissima²).

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ L'occasione prossima della riconsiderazione delle linee portanti della biografia umana e scientifica di Bartolomeo Cipolla nel presente scritto è stata fornita da una conferenza sul Cipolla 'veronese illustre' da noi tenuta nella bella cornice della sede della Società letteraria di Verona il 14 marzo 2019.

² Proprio l'esemplarità dell'esperienza di Cipolla come esperto giurista di diritto comune, coniugata con la tipicità della sua attività nella cornice dello Stato veneziano e del suo peculiarissimo diritto, c'indusse a promuovere ed organizzare, esattamente quindici anni fa, un convegno interdisciplinare allo scopo di mettere a fuoco la figura di Bartolomeo, disegnando a tutto tondo i caratteri peculiari della sua ricca e variegata opera, gli interessi scientifici e professionali, i molti e diversificati piani della sua attività di giurista; dalle relazioni tenute a quel convegno, svoltosi nell'autunno del 2004, è scaturito poi un ricco volume di 'atti', punto di svolta per lo studio del Nostro: *Bartolomeo Cipolla: un giurista veronese del Quattrocento tra cattedra, foro e luoghi*

Poiché ripercorrere nel dettaglio l'attività del giurista veronese e approfondire il contenuto delle sue numerose opere sarebbe in questa sede impossibile, ci concentreremo su alcuni aspetti caratterizzanti della sua figura, utili anche per allargare l'orizzonte della nostra rivisitazione e mettere in evidenza temi e problemi tipici della vita del diritto alla fine del Medioevo, alla vigilia di grandi cambiamenti nella vita della società europea e in quella del diritto, inserendo opportunamente il personaggio qui rievocato – come certamente merita – non soltanto nel contesto cittadino da cui prende le mosse, ma anche in un quadro ben più ampio di quello prettamente municipale, addirittura di respiro europeo³.

Chi è Bartolomeo Cipolla⁴? Egli appartiene ad una famiglia del patriziato veronese, anche se non rientra propriamente nei ranghi della nobiltà cittadina; tuttavia Bartolomeo otterrà di essere nobilitato per i suoi meriti scientifici e professionali, quale professore universitario e giurista di grande fama, apprezzato per i suoi servizi anche da Venezia: sarà infatti nominato conte palatino dall'imperatore Federico III, in segno di speciale distinzione, durante il viaggio dell'Asburgo in Italia, in occasione della lunga sosta a Venezia nel 1469, nomina confermata con il rilascio del diploma di nobilitazione due anni dopo a Ratisbona, durante la Dieta alla quale Cipolla partecipa appunto come rappresentante di Venezia.

del potere. Atti del Convegno internazionale di studi (Verona, 14-16 ottobre 2004), a cura di G. ROSSI, Padova, 2009.

³ Ancora valide, crediamo, le notazioni della *Prefazione* al volume sopra citato, pp. VII-IX.

⁴ Per informazioni sintetiche sulla vita e l'opera del Cipolla si vedano: O. RUFFINO, voce *Cipolla, Bartolomeo*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, vol. XXV, Roma, 1981, pp. 709-713; A. BELLONI, *Professori giuristi a Padova nel secolo XV. Profili bio-bibliografici e cattedre*, Frankfurt am Main, 1986, pp. 153-161. Ulteriori e più recenti indicazioni bio-bibliografiche in M. CONETTI, *Bartholomaeus Caepolla*, in *Compendium Auctorum Latinorum Medii Aevi (500-1500) = CALMA*, vol. I.6, Firenze, 2003, pp. 705-708; G. MURANO, *Bartolomeo Cipolla*, in *Autographa I.1: Giuristi, giudici e notai (sec. XII-XVI med.)*, a cura di G. MURANO, Bologna, 2012, pp. 244-248; G. ROSSI, *Bartolomeo Cipolla*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna, 2013, pp. 547-549.

GIOVANNI ROSSI, Bartolomeo Cipolla, giurista 'esemplare' del maturo diritto comune

Il XV secolo sancisce la consacrazione definitiva del giurista quale tecnico capace di affrontare e risolvere i problemi posti dall'evoluzione delle istituzioni tra tardo Medioevo e protomodernità: consigliere del principe nelle questioni più spinose sul piano politico, giurisdizionale, amministrativo, risolutore di controversie complesse e supporto insostituibile del giudice attraverso lo strumento del *consilium sapientis iudiciale* ovvero del *consilium* di parte, *pro veritate*. Manipolatore provetto delle norme, il giureconsulto sa giocare su più piani e mettere in connessione ordinamenti diversi, creando un vero e proprio sistema normativo, composito ma in qualche modo coerente. In questa realtà al professore universitario, che mantiene l'aggancio saldo con la prassi ma non rinuncia alla dimensione teorica del fenomeno giuridico, spetta un posto da protagonista e Bartolomeo Cipolla incarna egregiamente tale modello. Professore patavino, avvocato concistoriale, uomo di dottrina che apprezza la dimensione pratica del diritto, fornisce validissimi strumenti per comprendere la realtà fattuale e modificarla mediante le norme giuridiche, all'occorrenza rilette e aggiornate con intelligente perizia. Il presente saggio si propone, attraverso la riconsiderazione delle sue principali opere, di ricostruire la fisionomia intellettuale di un giureconsulto di altissimo livello ma anche 'esemplare' del modo d'intendere il mestiere del *doctor legum* nel maturo diritto comune, alle soglie della modernità giuridica, per riflettere sul suo ruolo e la sua funzione.

Parole chiave: Bartolomeo Cipolla, *ius commune*, servitù prediali, *consilium*, diritto veneziano.

GIOVANNI ROSSI, Bartolomeo Cipolla, a 'model' jurist of the late *ius commune*

In the 15th century, the jurist was definitively recognized as a specialist who was able to face and solve the problems posed by the evolution of institutions between the Late Middle Ages and the early modern period: a counselor to the prince on the thorniest political, juridical and administrative issues, a solver of complex disputes and an irreplaceable aid to judges through the instruments of the *consilium sapientis iudiciale* and the *consilium pro veritate*. As an expert handler of laws, the jurist knew how to move on multiple levels and was capable of connecting different sets of rules, thus creating a composite but somehow coherent legal system. In these circumstances, a leading role belonged to the university professor, who firmly kept his grip on the practice but never forgot the theoretical dimension of the legal phenomenon: a model which was perfectly embodied by Bartolomeo Cipolla, professor from Padua, *advocatus consistorialis* and legal doctrine expert, who appreciated the practical dimension of law and was capable of providing valid instruments in order to understand the factual reality and to change it through the legal rules, that he reread and reinterpreted with acute expertise. Through the observation of his main works, the essay aims to recreate the intellectual physiognomy of a high level jurist who was also an indicative 'model' of the way of perceiving the profession of the *doctor legum* in the late *ius commune*, at the dawn of juridical modernity, in order to reflect on his role and function.

Key words: Bartolomeo Cipolla, *ius commune*, predial servitude, *consilium*, Venetian law.

Daniele Velo Dalbrenta

IMMAGINI DI UNA METAMORFOSI: ALBORI DELLA CONCEZIONE PENALE MODERNA IN *UTOPIA* DI THOMAS MORE*

Nella storia contano anche i fatti non avvenuti.

Le tracce di molti delitti conducono al futuro.

L'arte dev'essere comprensibile? Sì, ma solo per i destinatari.

S.J. Lec¹

SOMMARIO: 1. Un mondo al rovescio (o forse no). – 2. Indagine su un narratore (non) al di sopra di ogni sospetto. – 3. Per una nuova (ir)razionalità penale. – 4. Prove di radicalità.

1. *Un mondo al rovescio (o forse no)*

Occuparsi oggi di Thomas More (1478-1535), autore sovente travisato, quando non trascurato, potrebbe risultare tutt'altro che anacronistico per il giurista²: difatti, l'opera cui precipuamente si lega il suo nome, *Utopia*³, uscita proprio a ridos-

* Il presente contributo, sottoposto a valutazione, è il risultato dell'attività di ricerca svolta nell'ambito del Progetto di Eccellenza 2018-2022 del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Verona (*Diritto, Cambiamenti e Tecnologie* - Laboratorio Ius-Fi).

¹ S.J. LEC, *Mysli nieuczestane wszystkie* (1972), trad. it., *Pensieri spettinati*, Milano, 1992², pp. 74-76.

² Cfr. ad es. M.Q. LUPINETTI, *Le concezioni penalistiche di Tommaso Moro*, in *Scuola Positiva*, 4, 1970, pp. 541-549.

³ Titolo progressivamente abbreviatosi dall'originale latino *Libellus Vere Aureus, nec minus salutaris quam festivus, de optimo reip. statu deque noua Insula Vtopia auctore clarissimo viro Thoma Moro inclytæ ciutatis Londinensis ciue & vicecomiti* (1516; la prima traduzione inglese, a cura di Ralph Robinson, è del 1551). Per quel che riguarda l'edizione italiana, si prende qui a riferimento: *L'Utopia o la migliore forma di repubblica*, a cura di M. ISNAR-

so della Riforma luterana, e dunque in un momento decisivo della storia occidentale, propone con nitore il problema cruciale del rapporto tra diritto e potere politico nel contesto di una società ormai secolarizzata⁴.

Testimone di un tempo che conobbe impressionanti rivolgimenti pressoché in ogni campo, Thomas More assommò in sé le figure del giurista e dell'erudito, del laico e del chierico, del politico e dell'umanista, intraprendendo una brillante carriera che, avviata – sotto l'auspicio paterno – nell'agone giudiziario, e proseguita con importanti cariche pubbliche, lo condusse infine, nel breve volgere di un lustro, dal Cancellierato (1529-1532) al patibolo⁵.

Fu, certo, un 'uomo per tutte le stagioni': così almeno lo ricordò Erasmo da Rotterdam, cui fu legato da profonda amicizia⁶, con un 'complimento' passato alla storia⁷. Tuttavia, come confermato dalla sua parabola esistenziale, il prendere attivamente parte alla politica 'alta' del suo tempo, anziché sottrarsi in nome della purezza di una fede o della repubblica delle

DI PARENTE (traduzione di T. FIORE), Roma-Bari, 1994 (d'ora innanzi: *Utopia*). È stato anche notato che il carattere enigmatico della figura di More, artisticamente riflesso in *Utopia*, ne ha comunque messo in ombra la sterminata opera: v. G.B. WEGEMER, S.W. SMITH, in *Introduction, A Thomas More Source Book*, G.B. WEGEMER, S.W. SMITH (eds.), Washington, D.C., 2004, p. XIV. Per una riconsiderazione a tutto tondo del legame tra l'opera e il suo Autore cfr. da ultimo *Thomas More e la sua Utopia. Studi e prospettive*, a cura di F. GHIA, F. MEROI, Firenze, 2018.

⁴ In particolare, l'opera di More ben si presta, come mi periterò di dimostrare, ad una riflessione 'a briglia sciolta' nella prospettiva *Law & Literature* – su cui cfr. per es. M.P. MITTICA, *Diritto e letteratura. Tendenze e problemi*, in *Rifrazioni anomale dell'idea di giustizia*, a cura di G. ROSSI, D. VELO DALBRENTA, C. PEDRAZZA GORLERO, Napoli, 2017, pp. 29-36 e G. ROSSI, «*Diritto e letteratura*»: *sul significato di un connubio di successo*, *ivi*, pp. 15-27.

⁵ Per una prima informazione biografica: G. MARC'HADOUR, *L'Univers de Thomas More (1477-1535)*, Paris, 1963.

⁶ Tanto che risultò dedicatario, con un *calembour*, del celebre *Moriae encomium* (1511), scritto quand'era suo ospite.

⁷ Esso rivela invero un 'doppio taglio': cfr. G. MARC'HADOUR, *Omnium Horarum Homo: 'A Man for All Seasons'*, in *Erasmus Studies*, 1981, pp. 141-147. Com'è poi noto, tale complimento passò anche alla storia del teatro e del cinema (mi riferisco naturalmente all'adattamento cinematografico *A Man for All Seasons*, del 1966, diretto da Fred Zinnemann).

DANIELE VELO DALBRENTA, Immagini di una metamorfosi: albori della concezione penale moderna in *Utopia* di Thomas More

Non sono invero molte le pagine dedicate al problema della pena nell'*Utopia* di Thomas More, eppure esse vengono spesso richiamate nel dibattito pubblico, principalmente con riferimento all'abolizionismo penale. Ciò risulta curioso, se solo si considera che la società 'felice' immaginata da More non ha affatto bandito sanzioni di natura chiaramente – e talora cruentemente – penale. Difficile certo dire se in tale mondo utopico venga raffigurato un autentico 'sistema' penale, tuttavia possiamo qui trovare un'anticipazione della concezione penale moderna, con tutte le sue contraddizioni: in larga misura una conseguenza della (ir)razionale 'necessità' di soppiantare la comunità per lo Stato.

Parole chiave: *Utopia*, pena moderna, sistema penale, teoria penale.

DANIELE VELO DALBRENTA, Images of a Metamorphosis: Dawn of the Modern Penal Conception in Thomas More's *Utopia*

In Thomas More's *Utopia* only a few pages concern the problem of punishment. In spite of this fact, in the public debate they are often recalled, mainly referring to penal abolitionism. This sounds quite odd, because the 'happy' society designed by More doesn't banish penal sanctions and, in some cases, even includes bloody punishments. It is difficult to say that in this utopian world we have a real penal 'system', but we can find in it some anticipations of the modern penal conception, with all its contradictions: largely a consequence of the its (not)-rational 'necessity' of replacing the community with the State.

Key words: *Utopia*, modern punishment, penal system, penal theory.

Marina Frunzio

ATILICINO E L'INSTITUTIO HEREDIS DEL SERVUS 'SINE LIBERTATE'*

1. La ricostruzione offerta da Lenel¹ a proposito del giurista Atilicino si compone di 28 frammenti, uno dei quali è tratto dalle Istituzioni imperiali, I. 2.14. *pr.* e uno dai *Vaticana Fragmenta* 77, a cui corrisponde D. 7.2.1.3 (Ulp. 17 *ad Sab.*), senza, tuttavia, il riferimento al giurista². Se si escludono gli ultimi due, i frammenti risultano così attribuiti: 12 ad Ulpiano, di cui 9 derivati dal commento all'editto, 2 dal commento *ad Sabinum* e 1 *Ad legem Iuliam et Papiam Poppeam*; 9 a Paolo, dei quali 2 sono tratti dal commento all'editto, 1 dal commento a Sabino e la restante parte, 6 testi, dall'opera di commento a Plauzio; 3 i passi di Pomponio, tutti risalenti ai commentarii *Ad Sabinum*; 1 di Giuliano, proveniente dai suoi *Digesta*; 1 di Valente, dal libro 5 sui fedecommissi ed 1 di Africano, tratto dal secondo libro delle *Quaestiones*.

Un quadro di certo molto variegato, in cui emergono, complessivamente, tre dati: innanzitutto, un cospicuo materiale di testi provenienti dai commentarii all'editto, 11 passi in tutto, tra Paolo ed Ulpiano; in secondo luogo, una non trascurabile presenza di materiale riportabile a Sabino, 5 testi in tutto di

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Graz, 1960, p. 71 ss.

² *Interdum tamen etsi non sint coniuncti, tamen usus fructus legatus alteri adcrevit: ut puta si mihi fundi usus fructus separatim totius et tibi similiter fuerit relictus. Nam, ut et Celsus libro octavo decimo digestorum et Iulianus libro tricentesimo quinto scribit, concursu partes habemus: quod et in proprietate contingeret: nam altero repudiante alter totum fundum haberet. Sed in usu fructu hoc plus est, quia et constitutus et postea amissus nihilo minus ius adcrevendi admittit: omnes enim auctores apud plautium de hoc consenserunt et, ut Celsus et Iulianus eleganter aiunt, usus fructus cottidie constituitur et legatur, non, ut proprietate, eo solo tempore quo vindicatur. Cum primum itaque non inveniet alter eum, qui sibi concurrat, solus utetur in totum, nec refert, coniunctim an separatim relinquatur.*

Pomponio, Paolo e Ulpiano derivano da libri di commento *ad Sabinum*; ed, infine, l'esistenza di un legame, anche esso non trascurabile, con il giurista Plauzio, 6 testi tratti dall'*Ad Plautium* paolino, a cui, però, deve aggiungersi un'opinione di Atilicino riferita da Ulpiano nel libro 17 *ad edictum* e ricavata dai libri di commento di Nerazio a Plauzio. Quest'ultimo, poi, gioverà subito dirlo, ma ci ritorneremo ancora, era stato commentato non solo da Nerazio e Paolo, ma anche da Giavoleno e Pomponio.

In questa sede è intento di chi scrive fermare in particolare l'attenzione sul brano delle Istituzioni giustinianee, I. 2.14. *pr.*, in cui Atilicino, almeno agli occhi dei compilatori, viene ricordato come giurista 'di spicco', a cui sembra di doversi riconoscere una dignità scientifica assai più importante di quanto siamo stati fino ad ora abituati a supporre.

Il brano così dispone:

Heredes instituere permissum est tam liberos homines quam servos tam proprios quam alienos. Proprios autem olim quidem secundum plurium sententias non aliter quam cum libertate recte instituere licebat. hodie vero etiam sine libertate ex nostra constitutione heredes eos instituere permissum est quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat et Atilicino placuisse Paulus suis libris quos tam ad Masurium Sabinum quam ad Plautium scripsit refert.

Giustiniano sancisce la possibilità per il servo di acquistare la libertà all'atto stesso della *heredis institutio*. La decisione viene giustificata da un lato, sulla base di un criterio di equità (*aequius erat*), dall'altro, ricorrendo all'autorità di un parere del giurista Atilicino, secondo quanto riferito da Paolo, tanto nei suoi libri di commento a Sabino quanto in quelli di commento a Plauzio.

A parte il riferimento a quest'ultimo giurista che pare quasi assumere, nelle parole dell'Imperatore, la stessa autorevolezza di Sabino e su cui ci riserveremo più avanti di compiere qualche riflessione, è chiaro come il ricorso all'opinione di Atilicino, sebbene strumentale a fondare una scelta per certi versi dirimpente, venga, e proprio per questo, utilizzato per riferirsi ad un si-

MARINA FRUNZIO, *Atilicino e l'institutio heredis del servus 'sine libertate'*

L'articolo cerca di ricostruire il ruolo del giurista Atilicino, vissuto nel I sec. d.C., all'interno della storia del pensiero giurisprudenziale romano, provando, attraverso l'interpretazione di un suo discusso parere, a dimostrarne la non scontata marginalità. In particolare, si esamina un noto passo delle Istituzioni giustiniane, I. 2.14.pr., in cui Atilicino sembra sostenere la validità dell'istituzione ereditaria dello schiavo anche in assenza della contestuale, espressa, clausola di libertà. Nel brano l'opinione del giurista è invocata dalla cancelleria imperiale per giustificare la medesima interpretazione innovativa, riconoscendo ad Atilicino un prestigio ben maggiore di quanto sino ad oggi la maggioranza degli studiosi è stata disponibile a tributargli.

Parole chiave: Atilicino, *servus*, giuristi romani, *institutio heredis, responsa*.

MARINA FRUNZIO, *Atilicinus and the institutio heredis of the servus 'sine libertate'*

This essay attempts to reconstruct the role of the jurist Atilicinus, who lived in the first century A.D., within the history of jurisprudential Thought, through the interpretation of his controversial opinion, to demonstrate his not obvious marginality. In particular, it examines a well-known passage from the Justinian Institution, I. 2.14. pr., in which Atilicinus seems to support the validity of the hereditary institution of the slave even in the absence of the concomitant, expressed, freedom clause. In the passage the opinion of the jurist is invoked by the imperial chancellery to justify the same innovative interpretation, recognizing that Atilicinus had much greater prestige than until the majority of scholars has been willing to give him.

Key words: Atilicinus, *servus*, Roman jurists, *institutio heredis, responsa*.

Francesco Zini

IL PERFEZIONISMO NEL DIBATTITO BIOGIURIDICO SULLE BIOTECNOLOGIE*

SOMMARIO: 1. Biotecnologie e nuove responsabilità. – 2. La sfida dell'*enhancement*. – 3. La *hybris* e il rischio del perfezionismo eugenetico.

1. *Biotecnologie e nuove responsabilità*

Le nuove scoperte biotecnologiche hanno definitivamente trasformato le forme tradizionali del nascere, del morire, della cura e della stessa conoscenza scientifica, prospettando nuove applicazioni che possono ridefinire la stessa dicotomia naturale/artificiale, offrendo nuovi paradigmi di ibridazione e di vita *sintetica*. Queste possibilità biotecnologiche impongono una nuova assunzione di responsabilità a tutti i livelli, bioetici, biogiuridici e biopolitici. Alla riflessione sui limiti del biopotere sulla vita dovrà essere dedicata una sempre maggiore attenzione, poiché implica una maggiore responsabilità sociale: aumentando il biopotere sulla vita (*bios*), i rischi di generare nuovi 'danni alla vita', diventeranno esponenzialmente maggiori. Per tali motivi diventa indispensabile un atteggiamento precauzionale, di attenta cautela nel valutare i limiti, le regole e il bilanciamento dei costi/benefici per sancire anche a livello biogiuridico una diffusa e costante applicazione del principio di *precauzione*, come forma 'ordinaria' di responsabilità nei confronti della vita, sotto tutti i suoi molteplici aspetti. Infatti la modificazione della struttura del vivente attraverso la creazione di nuovi soggetti programmati per eseguire alcune funzioni particolari o per essere manipolati (ed eterodiretti da pochi programmatori che ne conoscono il funzionamento) rappresenta ormai una realtà concreta che testimonia come l'in-

* Contributo sottoposto a valutazione.

terazione continua di modelli sperimentali tra uomo e macchina, con sistemi computazionali di intelligenza artificiale (IA), permettono non solo di aumentare le *performances* produttive o le capacità intellettive, ma di ‘modificare’ la stessa struttura e l’identità del soggetto umano, introducendo nuove categorie che prospettano il superamento dell’umano nel post-umano e nel trans-umano. Quindi l’aspetto più significativo dell’avanzamento biotecnologico riguarda la stessa manipolazione sulla vita, come nel caso ricordato da D’Agostino sulla clonazione umana: «La clonazione è condannabile non per gli incubi fantascientifici che ci fa sorgere nella mente (probabilmente esagerati: il diavolo non è mai così brutto come lo si dipinge), non perché si possa realmente pensare che il futuro che ci aspetta sarà composto da masse di individui clonati, geneticamente identici e biologicamente fragili, non perché si possa spergiurare che da essa non deriveranno mai utili tecniche terapeutiche, ma per la ragione, più semplice e radicale, che essa presuppone che la vita umana possa essere trattata come una cosa, manipolata come una cosa, utilizzata come una cosa ed eventualmente distrutta come legittimamente si può distruggere qualsiasi cosa»¹.

¹ F. D’AGOSTINO, *Parole di bioetica*, Torino, 2004, p. 17. Per una ricognizione sulle problematiche biogiuridiche e le origini della bioetica si veda G. DALLA TORRE, *Bioetica e diritto. Saggi*, Torino, 1993; Id., *Le frontiere della vita. Etica, bioetica e diritto*, Roma, 1997; L. PALAZZANI, *Introduzione alla biogiuridica*, Torino, 2002; S. SEMPLICI, *Bioetica. Le domande, i conflitti, le leggi*, Brescia, 2007. In questo ambito ci soffermeremo solo su alcuni aspetti del perfezionismo che riguardano la relazione tra i problemi sollevati dal perfezionismo come espressione del progresso biotecnologico e le argomentazioni poste a giustificazione di un fondamento del limite alle stesse applicazioni. Per seguire il dibattito internazionale, soprattutto statunitense, sia in ambito bioetico e biogiuridico, sia in ambito filosofico politico, si vedano: M.J. SANDEL, *The Case against Perfectionism: Ethics in the age of genetic engineering*, Cambridge, MA, 2007 oltre al precedente Id., *The case against perfection*, in *The Atlantic Monthly*, 293, 2004, 3, pp. 51-62; D. BRINK, *Perfectionism and the common good*, Oxford, 2003; T. HURKA, *Perfectionism*, New York, 1993; M. NUSSBAUM, *Perfectionist Liberalism and Political Liberalism*, in *Philosophy and Public Affairs*, 39, 2011, pp. 3-45; S. WALL, *Perfectionism*, in *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, G. GAUS, F. D’AGOSTINO (eds.), Abingdon, 2012; S. LECCE, *Against Perfectionism: Defending Liberal Neutrality*, Toronto, 2008; D. MCCABE, *Knowing about the Good: a problem*

FRANCESCO ZINI, Il perfezionismo nel dibattito biogiuridico sulle biotecnologie

Il perfezionismo appare come il paradigma che costituisce lo sfondo alle nuove scoperte biotecnologiche. Il passaggio dalla libertà della ricerca scientifica alle applicazioni biotecnologiche è connotato da un continuo sforzo verso il miglioramento inteso come *enhancement*, come potenziamento umano per superare gli ostacoli che limitano l'agire umano. Attraverso le nuove scoperte scientifiche non si vuole solo studiare e comprendere meglio l'essere umano, ma oltrepassare la stessa umanità per proporre un nuovo uomo perfezionato, liberato da ogni limite. Questa nuova soggettività transumana vorrebbe oltrepassare i processi di invecchiamento e di malattia per raggiungere una perfezione assoluta attraverso una continua ibridazione tra la nuova dimensione artificiale e sintetica con la dimensione naturale, che rimane comunque l'orizzonte ontologico imprescindibile dal quale partire per proporre una nuova forma di regolamentazione precauzionale che si fondi sul principio biogiuridico di responsabilità.

Parole chiave: biotecnologie, perfezionismo, responsabilità, biogiuridica.

FRANCESCO ZINI, Perfectionism in the biolaw debate on biotechnology

Perfectionism appears as the paradigm that forms the background to new biotechnological discoveries. The transition from the freedom of scientific research to biotechnological applications is characterized by a continuous effort towards improvement understood as enhancement, as human empowerment to overcome the obstacles that limit human action. Through new scientific discoveries we do not just want to study and better understand the human being, but to go beyond the same humanity to propose a new perfected man, freed from all limits. This new transhuman subjectivity would like to go beyond the processes of aging and illness to reach absolute perfection through a continuous hybridization between the new artificial and synthetic dimension with the natural dimension, which remains however the essential ontological horizon from which to start to propose a new form of precautionary regulation based on the bio-juridical principle of responsibility.

Key words: biotechnology, perfectionism, responsibility, biolaw.

Kathryn O'Sullivan

LA LEGGE SUL DIVORZIO IN IRLANDA: CONTESTO, APPLICAZIONE E NECESSITÀ DI UNA RIFORMA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – PARTE PRIMA. INFLUENZA DELLA CHIESA CATTOLICA E CONTESTO DELL'INTRODUZIONE DEL DIVORZIO. – I.1. La posizione giuridica e l'influenza della Chiesa cattolica in Irlanda. – I.2. Il divieto di divorzio in Irlanda e gli sforzi per ottenere una riforma. – PARTE SECONDA. CONDIZIONI PER LA CONCESSIONE DI UNA SENTENZA DI DIVORZIO NELLA LEGGE IRLANDESE E CARENZE DELL'ADOTTATO SISTEMA DI *ANCILLARY RELIEF*. – II.1. Condizioni per il riconoscimento/concessione di una sentenza di divorzio nella legge irlandese. – II.2. Difficoltà associate all'*equitable redistribution* nella legge irlandese. – PARTE TERZA. GIUSTIFICAZIONE DELLA SCELTA DEL REGIME IN IRLANDA E SPERANZE DI SVILUPPO. – III.1. Giustificazione della scelta del regime. – III.2. La possibilità di un'evoluzione giurisprudenziale dei principi. – III.3. Recenti sviluppi sulle categorie di beni soggetti alla divisione in Irlanda. – PARTE QUARTA. UN INVITO ALLA RIFORMA LEGISLATIVA. – 2. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel maggio del 2015 l'attenzione dei media di tutto il mondo era concentrata sull'Irlanda: si era appena tenuto il referendum sull'uguaglianza matrimoniale, approvato con il 62.07% dei voti. L'esito, il Trentaquattresimo emendamento della Costituzione, che ora permette che il matrimonio sia contratto semplicemente da due persone senza distinguere se siano dello stesso sesso, è stato interpretato in tutto il mondo occidentale come una chiara indicazione di come la società irlandese sia diventata progressista e liberale. Il *New York Times* ha dichiarato che la vittoria ha posto l'Irlanda in prima linea nel cambiamento sociale¹. Nel mondo, molte altre agen-

* Contributo sottoposto a valutazione.

Desidero ringraziare la Dott.ssa Alessia Campagnaro dell'Università di Pavia, per l'aiuto nella traduzione di questo articolo, i cui eventuali errori sono da imputarsi a me esclusivamente.

¹ V.D. HAKIM, D. DALBY, *Ireland Votes to Approve Gay Marriage, Putting Country in Vanguard in The New York Times*, 23 maggio 2015, consultabile all'indirizzo internet www.nytimes.com.

zie di stampa hanno sfoggiato titoli simili².

Combinato con altri recenti sviluppi, ciò sembra suggerire che in questo Stato viga oramai un sistema di diritto di famiglia piuttosto progressista. Questa percezione, nell'ambiente giuridico, appare rafforzata dalla liberale e modernizzatrice emanazione del *Children and Family Relationships Act* del 2015, introdotto prima del referendum, che ha apportato importanti riforme in materia di adozione, custodia, diritto di visita e affidamento e la cui promulgazione è stata probabilmente resa possibile anche dal riconoscimento e dalla tutela accordata agli uniti civilmente e ai conviventi, conformemente al *Civil Partnership and Certain Rights and Obligations of Cohabitants Act* del 2009.

Tuttavia, mentre il diritto di famiglia irlandese è giustamente considerato 'uno di quelli in più rapido sviluppo in Europa'³, altri aspetti della sua concreta applicazione rimangono molto meno progressisti e, probabilmente, abbastanza arretrati. In particolare, un'area problematica e stagnante del diritto di famiglia in Irlanda rappresentata dalla disciplina del divorzio. Infatti, continuando ad essere caratterizzata dal contesto storico, sociale e costituzionale in cui è stata introdotta a metà degli anni Novanta, la legge irlandese sul divorzio presenta significative carenze.

La prima parte di questo articolo considererà il particolare contesto dell'introduzione del divorzio nell'ordinamento irlandese: ponendo l'accento sul ruolo della Chiesa cattolica nella formazione della morale pubblica, si illustrerà come nella Costituzione irlandese fosse originariamente presente un divieto di divorzio e si considereranno i referendum che hanno cercato di rimuovere questa proibizione. Nella seconda parte si spiegheranno le principali previsioni legislative e costituzionali che regolano quest'area oggi, prima di considerare brevemente le

² Per esempi nel contesto italiano, cfr. F. SENEGHINI, *Irlanda, sì alle nozze gay: 62%. Il premier: «Noi pionieri»*, 23 maggio 2015, in *Corriere della Sera*, consultabile all'indirizzo internet www.corriere.it; *L'Irlanda dice sì ai matrimoni gay. «Siamo pionieri»*, 23 maggio 2015, in *La Repubblica*, consultabile all'indirizzo internet www.repubblica.it.

³ Cfr. J. SCHERPE, *Introduction*, in *Marital Agreements and Private Autonomy in Comparative Perspective*, J. SCHERPE (ed.), Hart, Oxford, 2012, p. 6.

KATHRYN O'SULLIVAN, La legge sul divorzio in Irlanda: contesto, applicazione e necessità di una riforma

Il contributo, muovendo dalla disciplina attuale dello scioglimento del matrimonio nell'ordinamento irlandese, si sofferma sul profilo delle conseguenze economiche della rottura del vincolo e sull'*equitable distribution system* evidenziando profili di criticità da considerare in una prospettiva *de iure condendo*.

Parole chiave: matrimonio, divorzio, conseguenze economiche, mantenimento della parte debole.

KATHRYN O'SULLIVAN, The law on divorce in Ireland: context, application and need for reform

The contribution, starting from the current discipline of the dissolution of marriage in the Irish system, focuses on the economic consequences of the breaking of the bond and on the equitable distribution system, highlighting critical aspects to be considered in a perspective *de iure condendo*.

Key words: marriage, divorce, economic consequences, maintenance of the weaker party.

Andrea Favaro

RINNOVATA 'INVENTIO' DEL DIRITTO COME ESPERIENZA GIURIDICA. IL CONTRIBUTO DI PAOLO GROSSI*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La attuale 'fortuna' del diritto positivo. – 3. Diritto inventato dai giudici: dalla scienza alla tecnica, per eludere la tirannia della legge? – 4. *Prudentia iuris* quale paradigma del giudicare presente nel confronto con l'orizzonte passato della statualità del diritto. – 5. L'imperativo della legge positiva nella realtà dell'indicativo dell'esperienza giuridica. – 6. Conclusione interlocutoria. Il rinnovato ruolo del giurista tra ordinamento costituito ed esperienza costituente.

1. *Premessa*

More solito i giuristi (come i filosofi e gli storici quanto differentemente accade a matematici e fisici) sono in grado di offrire al lettore attento (come pure alla comunità scientifica) i migliori frutti dell'ingegno che è stato loro affidato soprattutto in età matura.

Una deduzione simile, che normalmente risulta quantomeno rasserenante (per i giovani studiosi) è confermata solo parzialmente dall'esperienza intellettuale di Paolo Grossi.

La parzialità è causata sia dal fatto che i suoi lavori giovanili son parsi fin dagli anni Sessanta del secolo scorso come già maturi e autorevoli, sia dal risultato che pure le produzio-

* Contributo sottoposto a valutazione.

La presente disamina è debitrice dell'ausilio fornito dall'opera di due giusfilosofi 'patavini', entrambi e per motivi diversi non rientranti di per sé a pieno titolo nel novero dei successori alla cattedra che un tempo fu anche di Gianpaolo Tolomei, i quali hanno contribuito a far di questa scuola, in epoche distanti cinquant'anni ma tra loro connesse, un concreto ponte tra filosofia, esperienza e diritto: L. CAIANI, *La filosofia dei giuristi italiani*, Padova, 1955; F. CASA, *Sulla giurisprudenza come scienza*, I, *Un dibattito attraverso l'esperienza giuridica italiana nella prima metà del ventesimo secolo*, Padova, 2005.

ni più recenti, propri dell'età matura del Nostro, palesano un originale «punto di arrivo di un itinerario culturale che ha radici lontane e che da sempre è andato alla ricerca di un diritto capace di ritrovare la sostanza dei rapporti umani rompendo la scorza degli enunciati, riscoprendo cioè la storia al di là del tentativo di ossificarla nella apparente imm modificabilità delle parole o nella asserita inossidabilità dei dogmi»¹.

Ossificazione dell'esperienza, ossimorico rischio sempre denunciato dal Grossi merce il magistero dallo stesso fatto proprio sia di Giuseppe Capograssi sia di Santi Romano. Maestri, questi, che han sempre concesso al Nostro di essere lucido nelle sua icastiche critiche al pensiero giuridico (un tempo) dominante, non sempre accorto nel cogliere il concreto pulsare dell'esperienza giuridica.

Pensiero giuridico che, ad ogni modo, il maestro fiorentino ha studiato con accuratezza e acume raro, non concedendo nulla alla superficialità ed anzi cercando di fare della profondità un *modus operandi* utile e fecondo nel far emergere dati ai più invisibili, agli stessi, forse perché questi ottennebrati dall'ideologia di cui si ritenevano (ed alcuni ancor oggi si ritengono) ultimi alfieri.

La questione oggetto delle presenti riflessioni stimulate dal magistero grossiano involve un tema 'classico' nel senso più decisivo del termine.

'Classico', anzitutto, perché impone di volgere lo sguardo, ancora una volta, sul tema del fondamento del giuridico, sul legame tra le varie forme di normatività (giuridica, politica, morale, etica) e sulla questione se e come ciò possa qualificarsi scientificamente; su temi, dunque, che fanno parte della filosofia del diritto da tempo immemore e che appartengono pertanto al suo orizzonte teoretico più specifico.

Nel contempo, però, la questione è classica in un senso ulteriore, e finanche più grave perché come tutti i *classici* torna costantemente a riproporsi in forme nuove, sempre diversamente attuali, catalizzando l'attenzione degli osservatori. Se

¹ N. LIPARI, *A partire da "L'Invenzione del diritto" di Paolo Grossi*, in *Riv. Dir. Civ.*, 2018, 2, p. 349.

ANDREA FAVARO, Rinnovata 'inventio' del diritto come esperienza giuridica. Il contributo di Paolo Grossi

Partendo da alcune considerazioni circa la attuale 'fortuna' del diritto positivo negli ordinamenti giuridici continentali, l'Autore recupera i paradigmi della scienza e della tecnica del diritto per evidenziare le potenziali derive assolutistiche del primato della legge. Ne emerge una rivalutazione del ruolo della *prudentia iuris*, agevolata dall'analisi del recente contributo di uno dei giuristi italiani viventi più autorevoli, Paolo Grossi, che molto impegno ha speso nel denunciare come il diritto viva nell'esperienza umana più che nelle leggi scritte.

Parole-chiave: autonomia, *prudentia iuris*, Paolo Grossi, esperienza giuridica.

ANDREA FAVARO, Renewed 'inventio' of the right as a juridical experience. The contribution of Paolo Grossi

Starting from some considerations about the current 'fortune' of normative law in the 'civil law' legal systems, the Author retrieves some paradigms of juridical science and technique to highlight the potential absolutist drifts of the primacy of the law. What emerges is a re-evaluation of the role of the *prudentia iuris*, facilitated by the analysis of the recent contribution of one of the most authoritative living italian jurists, Paolo Grossi, who has spent a lot of effort denouncing how the law lives more in human experience than in written laws.

Key words: authonomy, *prudentia iuris*, Paolo Grossi, juridical experience.

Miguel Herrero Medina

FUNCIÓN DE LAS PRIMITIVAS FORMAS TESTAMENTARIAS*

SOMMARIO: 1. Las formas testamentarias primitivas. – 2. Un testamento realizado ante los *comitia calata*. – 3. *Quando Rex Comitavit Fas*. – 4. La función del testamento *calatis comitiis*. – 5. Una previsión de futuro para situaciones de peligro. – 6. El testamento *in procinctu*. – 7. A modo de conclusión.

1. *Las formas testamentarias primitivas*

De acuerdo con la interpretación doctrinal más extendida del primer sistema de sucesión hereditaria contemplado en la ley de las XII Tablas, originariamente se habría reconocido la prevalencia histórica de los denominados *sui heredes*. Estos ostentaban la condición de herederos naturales del *pater familias* porque se consideraba que estaban llamados a asegurar la continuidad familiar después de su fallecimiento.

Ahora bien, no deja de resultar sorprendente que existiendo esa preferencia por los *sui heredes*, en el tenor literal de una de las disposiciones decenvirales conservadas apareciera recogida la expresión «*si intestatus moritur*»¹. Con estas palabras se pone de manifiesto la existencia de un orden de llama-

* Contributo sottoposto a valutazione.

Este trabajo ha sido realizado en el contexto de las Ayudas para contratos de personal investigador en formación de la Universidad Complutense de Madrid, convocadas por resolución rectoral de 17 de mayo de 2016 (BOUC n° 10, año XIII, de 17 de mayo de 2016).

¹ Sobre la posible redacción original de la norma decenviral convencionalmente recogida en XII Tab. 5.4 se han conservado dos versiones distintas: la primera aparece recogida en dos obras de carácter retórico (*Rhet. ad Her.* 1.13.23; Cic., *De inv.* 2.50.148: *Si paterfamilias intestato moritur, familia pecuniaque eius agnatum gentiliumque esto*), mientras que la segunda versión procede de obras de carácter puramente jurídico (*Tit. Ulp.* 26.1; *Collatio* 16.4.1: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si agnatus nec escit, gentiles familiam habento*). En todo caso, como se puede observar, ambas redacciones comienzan con la proposición «*si intestato moritur*», que de manera indudable implicaría el reconocimiento de ciertas formas testamentarias en época decenviral. En relación con la redacción de esta disposición decenviral, con abundante bibliografía sobre la doctri-

mientos hereditarios en el que se pueden distinguir, al menos, dos clases de delaciones contrapuestas: la sucesión testamentaria frente a la sucesión legítima o *ab intestato*.

Asumiendo la prevalencia histórica en favor de la sucesión de los *sui heredes*, cabe preguntarse acerca de la naturaleza, articulación y funcionalidad de esas primeras formas testamentarias que aparecen mencionadas en las XII Tablas. Con el propósito de arrojar respuestas ante estas incertidumbres, hemos considerado que el presente trabajo debía comenzar tomando como punto de partida las fuentes romanas más antiguas que se han conservado en relación con el testamento.

Los testimonios más antiguos en relación con las primeras formas de testamento que existieron en Roma proceden de unos conocidos pasajes de la obra de Aulo Gelio, quien a su vez se remontaba a los comentarios a la obra de Quinto Mucio Escevola realizados por Lelio Félix. De acuerdo con este jurista, Labeón habría señalado que los comicios calados se convocaban con el fin de realizar la consagración del *rex sacrorum* y los *flámines* para conformar el colegio de pontífices.

Gell. Noct. Att. 15.27.1: *In libro Laelii Felicis ad Q. Mucium primo scriptum est Labeonem scribere ‘calata’ comitia esse, quae pro conlegio pontificum habentur aut regis aut flaminum inaugurandorum causa.*

En relación con la organización de estos comicios, parece que Labeón también habría precisado que podían celebrarse por curias o por centurias².

Gell. Noct. Att. 15.27.2: *Eorum autem alia esse ‘curiata’, alia ‘centuriata’; ‘curiata’ per lictorem curiatum ‘calari’, id est ‘conuocari’, ‘centuriata’ per cornicinem.*

na más reciente, vid. M. HERRERO MEDINA, *La probable formulación originaria de XII Tab. 5.3 y 5.4*, SDHI, 85, 2019 (en prensa).

² Con respecto a las diferencias organizativas entre estas dos asambleas populares, Gell., Noct. Att. 15.27.5: *Item in eodem libro hoc scriptum est: ‘Cum ex generibus hominum suffragium feratur, ‘curiata’ comitia esse; cum ex censu et aetate, ‘centuriata’; cum ex regionibus et locis, ‘tributa’; centuriata autem comitia intra pomerium fieri nefas esse, quia exercitum extra urbem imperari oporteat, intra urbem imperari ius non sit. Propterea centuriata in campo Martio haberi exercitumque imperari praesidii causa solitum, quoniam populus esset in suffragiis ferendis occupatus’.*

MIGUEL HERRERO MEDINA, Función de las primitivas formas testamentarias

De acuerdo con distintos testimonios conservados en las fuentes romanas, las dos primeras formas testamentarias conocidas recibían la denominación de *testamentum calatis comitiis* y *testamentum in procinctu*. Aunque no se conserva mucha información sobre ellos, parece seguro que desempeñaban un papel completamente distinto al de los testamentos de época clásica. Sin embargo, actualmente todavía quedan muchas cuestiones pendientes de resolver en torno a su función originaria. Por ese motivo, el presente trabajo tiene como objetivo profundizar en el estudio de estas primitivas formas testamentarias.

Parole chiave: formas testamentarias primitivas, *comitia calata*, Q.R.C.F., *adrogatio*, *testamentum in procinctu*.

MIGUEL HERRERO MEDINA, Role of the primitive testamentary forms

According to various testimonies contained in the Roman sources, the first two known testamentary forms received the denomination of *testamentum calatis comitiis* and *testamentum in procinctu*. Although not much information about them is preserved, it seems certain that they play a clearly distinct role from the classic testament. Nevertheless, there are still today many questions about their original function. For that reason, the present work has as objective to go in depth in the study of these ancient testamentary forms.

Key words: ancient testamentary forms, *comitia calata*, Q.R.C.F., *adrogatio*, *testamentum in procinctu*.

Claudio Gentile

I PRIMI PASSI DELLO STATO DELLA CITTÀ DEL VATICANO. L'ATTUAZIONE DEL TRATTATO LATERANENSE NELLE CARTE D'ARCHIVIO DELL'AMBASCIATA D'ITALIA PRESSO LA SANTA SEDE*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La Commissione tecnica mista per le questioni dipendenti dal Trattato Lateranense ed il relativo schema di Convenzione. – 3. La chiusura del pubblico transito di alcune vie adiacenti al Palazzo del Sant'Uffizio. – 4. Conclusioni. – Appendice. Schema di convenzione tra il Governo Italiano e la Santa Sede per la più precisa determinazione di taluni pat- ti del Trattato dell'11 febbraio 1929.

1. Introduzione

Il 7 giugno 1929, con lo scambio degli strumenti di ratifica, entrava in vigore il Trattato del Laterano firmato dal Regno d'Italia e dalla Santa Sede.

Sottoscritto il precedente 11 febbraio dal Segretario di Stato di Pio XI¹, Card. Pietro Gasparri², e dal Capo del Governo italiano, Benito Mussolini³, il Trattato andava a chiudere e ri-

* Contributo sottoposto a valutazione.

¹ Desio (Milano), 31 maggio 1857 - Roma, 10 febbraio 1939. Cfr., *ex multis*, F. MARGIOTTA BROGLIO, *Pio XI*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 84, Roma, 2015, pp. 48-58.

² Capovalazza di Ussita (Macerata), 5 maggio 1852 - Roma, 18 novembre 1934. Laureatosi in Filosofia nel 1872, in Teologia nel 1876 ed in *Utroque iure* nel 1879, fu ordinato sacerdote nel 1877 a Roma. Segretario della Congregazione degli Affari Ecclesiastici Straordinari dal 1901, nel 1907 fu creato Cardinale e nel 1914 divenne Segretario di Stato. Ricoprì tale incarico fino all'11 febbraio 1930. Cfr. C. FANTAPPIÈ, R. ASTORRI, *Gasparri, Pietro*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 52, Roma, 1999, pp. 500-507.

³ Predappio (Forlì), 29 luglio 1883 - Milano, 28 aprile 1945. Cfr., *ex multis*, E. GENTILE, *Mussolini, Benito*, in *Dizionario Biografico degli Italiani*, 77, Roma, 2012, pp. 554-568.

solvere l'annosa 'questione romana', prevedendo, da un lato, l'accettazione dell'«annessione di Roma al Regno d'Italia sotto la dinastia di Casa Savoia» e, dall'altro, il riconoscimento della «piena proprietà e la esclusiva ed assoluta potestà e giurisdizione sovrana sul Vaticano».

Veniva così a crearsi un nuovo Stato, indipendente e sovrano: lo Stato della Città del Vaticano.

L'entrata in vigore del Trattato fu sì un punto di arrivo di una lunga trattativa, ma anche il punto di partenza di una nuova avventura, sia per l'Italia, sia per la Santa Sede: doveva concretizzarsi una nuova entità statale, del tutto particolare per fini e modalità di azione, e, per di più, questo nuovo Stato era 'inglobato' nella capitale di un altro Stato⁴.

I problemi da affrontare e risolvere non erano pertanto affatto semplici e di immediata soluzione.

In breve tempo fu comunque predisposto un imponente e particolarissimo ordinamento giuridico con l'emanazione di numerose leggi⁵, furono istituite diverse tipologie di registri, concesse cittadinanze⁶, creati nuovi edifici e così via.

Il Trattato del Laterano, tuttavia, seppur scrupoloso nell'indicare i principi e varie tipologie di garanzie, molte delle quali già assicurate unilateralmente dalla Legge delle Gua-

⁴ Per una trattazione esaustiva sulle origini e sulle finalità dello Stato della Città del Vaticano cfr. G. DALLA TORRE, *Lezioni di diritto vaticano*, Torino, 2018.

⁵ Lo stesso 7 giugno Papa Pio XI, sovrano del nuovo Stato, emanò sei leggi essenziali: la Legge Fondamentale dello Stato (n. I) e le Leggi sulle fonti del diritto (n. II), sulla cittadinanza ed il soggiorno (n. III), sull'ordinamento amministrativo (n. IV), sull'ordinamento economico, commerciale e professionale (n. V) e di pubblica sicurezza (n. VI). Per un inquadramento generale sull'ordinamento giuridico vaticano è essenziale riferirsi all'opera del suo ideatore F. CAMMEO, *Ordinamento giuridico dello Stato della Città del Vaticano*, Firenze, 1932.

⁶ Un primo elenco, aggiornato al 18 agosto 1929, predisposto per le Autorità italiane da quelle della Santa Sede prevedeva già 529 cittadini, religiosi e laici. Di questi 2 avevano la cittadinanza vaticana fin dalla nascita, 390 erano di 'origine' italiana, 113 svizzeri, 11 francesi, 1 etiopio, 5 tedeschi, 2 spagnoli, 1 norvegese, 1 belga, 1 americano, 1 olandese, 1 austriaco. Cfr. Archivio Storico-Diplomatico del Ministero degli Affari Esteri (di seguito ASDMAE), Fondo Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede (1929-1946), busta 6, fasc. 1, sottofasc. 8.

CLAUDIO GENTILE, I primi passi dello Stato della Città del Vaticano. L'attuazione del Trattato Lateranense nelle carte d'archivio dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede

Il Trattato del Laterano, seppur scrupoloso nell'indicare principi ed alcune tipologie di garanzie per il nuovo Stato della Città del Vaticano, tuttavia non era sceso eccessivamente nel dettaglio delle questioni tecniche. Pertanto i rappresentanti delle due Parti contraenti, subito dopo l'entrata in vigore dell'accordo, cercarono di risolvere i diversi problemi che una nuova entità statale, del tutto particolare per fini e modalità di azione, poneva. Una delle soluzioni individuate per definire le principali problematiche sorte fu la creazione di una Commissione tecnica mista, la quale giunse a predisporre anche una bozza di convenzione. L'articolo, utilizzando i documenti dell'archivio dell'Ambasciata d'Italia presso la Santa Sede, ricostruisce il lavoro di detta Commissione. Sempre adoperando la documentazione del citato archivio, il testo propone anche la *querelle* diplomatica, sempre inerente ai primi tempi di operatività della Città del Vaticano, relativa alla chiusura al pubblico transito di alcune vie adiacenti al Palazzo del Sant'Uffizio.

Parole chiave: Città del Vaticano, convenzione, Commissione mista, extraterritorialità.

CLAUDIO GENTILE, The first steps of the Vatican City State. The implementation of the Lateran Treaty in the archival documents of the Embassy of Italy to the Holy See

The Lateran Treaty, though scrupulous in indicating principles and certain types of guarantees for the new Vatican City State, however, had not gone too far into detail on technical issues. Therefore the representatives of the two Contracting Parties, immediately after the entry into force of the agreement, tried to solve the various problems that a new state entity, which was entirely specific in terms of action and methods, set. One of the solutions identified to define the main problems that arose was the creation of a mixed technical commission, which also set up a draft convention. The article, using the documents of the archives of the Embassy of Italy to the Holy See, reconstructs the work of this Commission. Still using the documentation of the aforementioned archive, the text also proposes the diplomatic quarrel, always inherent to the early days of Vatican City, concerning the closure to the public transit of some streets adjacent to the Palazzo del Sant'Uffizio.

Key words: Vatican City, convention, mixed Commission, extraterritoriality.