

ARIANNA ALPINI

Law Art Humanities

Creative Connections Methodology

Metodologia di Connessioni Creative



Con la collaborazione di
In collaboration with

P. Buongiorno, F. Castellani, C. Danani, F. Ferretti, E. Frontoni
V. Gaballo, A. Hanna, E. McNulty, A. Mengoni, E.R. Meschini
E.M. Musso, L. Romeo, S. Santuccio, P. Sernani, F. Stara, G. Vulpiani



Edizioni Scientifiche Italiane

ARIANNA ALPINI

Law Art Humanities
Creative Connections Methodology
Metodologia di Connessioni Creative

Con la collaborazione di
In collaboration with

**P. Buongiorno, F. Castellani, C. Danani, F. Ferretti, E. Frontoni,
V. Gaballo, A. Hanna, E. McNulty, A. Mengoni, E.R. Meschini,
E.M. Musso, L. Romeo, S. Santuccio, P. Sernani, F. Stara, G. Vulpiani**



Edizioni Scientifiche Italiane

Il volume è stato pubblicato con il contributo della ricerca scientifica “Diritto, Arte e Discipline umanistiche: metodologia di connessioni creative”, 2022-2023, Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi di Macerata

The volume was published with the contribution of scientific research “Law, Art and Humanities: methodology of creative connections”, 2022-2023, Department of Law, University of Macerata

Il disegno della copertina e i disegni interni al volume sono opera di Salvatore Santuccio.

ALPINI, Arianna
Law Art Humanities
Creative Connections Methodology
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2024
pp. 436; 24 cm
ISBN 978-88-495-5558-5

© 2024 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7

Internet: www.edizioniesi.it
E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall’art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall’accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Indice

PARTE PRIMA / PART ONE

1. L'idea centrale: la filosofia <i>nel</i> diritto/ <i>The Core Idea: Philosophy in Law</i>	9
2. La rilevanza giuridica delle contaminazioni/ <i>Legal Significance of Contamination</i>	11
3. La 'teoria impura del diritto' e la missione del diritto privato/ <i>The 'Impure Theory of Law' and the Mission of Private Law</i>	13
4. Dalla certezza del diritto alla 'sicurezza' della conoscenza/ <i>From Legal Certainty to 'Security' of Knowledge</i>	15
5. La forma giuridica: diritto e arte/ <i>The Legal Form: Law and Art</i>	16
6. 'Cultura positiva' e 'cultura ideale'/' <i>Positive Culture' and 'Ideal Culture'</i>	17
7. L'impatto dell'Estetica e del 'Positivismo inclusivo' nelle Scienze giuridiche/ <i>The Impact of Aesthetics and 'Inclusive Positivism' in Legal Sciences</i>	19
8. Materia e forma. Le dimensioni del diritto/ <i>Matter and Form. The Dimensions of Law</i>	21
9. Metodologia/ <i>Methodology</i>	23
10. Gruppo di ricerca/ <i>Research Group</i>	32

PARTE SECONDA / PART TWO

1. Apprendimento/ <i>Learning</i>	37
2. Codice/ <i>Code</i>	89
3. Creatività/ <i>Creativity</i>	133
4. Dati/ <i>Data</i>	171
5. Dimensione/ <i>Dimension</i>	207
6. Fatto/ <i>Fact</i>	245
7. Interpretazione/ <i>Interpretation</i>	275
8. Istituzione/ <i>Institution</i>	315
9. Libertà/ <i>Liberty-Freedom</i>	355
10. Volontà/ <i>Will</i>	397
11. Considerazioni conclusive/ <i>Concluding Remarks</i>	429



Diritto privato/Private Law*

Parole chiave: *autonomia, eteronomia, fonti interne ed esterne, tempo e spazio, dialogo tra le corti, legge e giudizio*

Il contesto in cui il giurista opera solo in apparenza è qualcosa di estraneo rispetto al diritto: non esiste un 'diritto puro'; la contaminazione, la connessione con il contesto è una componente intrinseca del diritto [1]. La dimensione giuridica va valutata, innanzitutto, in senso interno ed esterno. La dimensione giuridica interna (*inter partes*) si traduce nella realizzazione di rapporti tra le parti, risultato della volontà delle stesse. La dimensione giuridica esterna mette in luce la dicotomia diritto-legge ed è connessa al concetto di coercizione: l'imposizione del diritto dall'esterno è una forma non di autonomia, bensì di eteronomia. Tuttavia, le due dimensioni non si trovano in opposizione né sono isolate, ma concorrono a comporre la corretta dimensione giuridica. Le norme sono imposizioni esterne, comandi nei momenti di conflitto, che guidano le azioni di ciascuno. Il diritto non è però immodificabile, eterno ed astorico [2], poiché esso dipende da due coordinate essenziali: il tempo e lo spazio. Com'è noto, il tempo organizza la mobile continuità di stati in cui si identificano le vicende umane e naturali, ricollegandola ad un'idea di successione o di evoluzione. In tale contesto vengono in rilievo la successione delle norme di un ordinamento giuridico e la comparazione diacronica [3]. L'ordinamento giuridico muta nel tempo e, dunque, l'efficacia di ciascuna norma è necessariamente circoscritta nel tempo tra un momento di inizio, ossia l'entrata in vigore, ed un momento finale, come l'abrogazione [4]. Con tale termine si indica, per l'appunto, la rimozione dal sistema di norme non più efficaci attraverso un processo espresso o tacito. L'abrogazione espressa ricorre quando vi è una dichiarazione esplicita del legislatore ed in tal caso la legge deve specificare la disposizione da considerare abrogata; l'abrogazione tacita ricorre, invece, ove vi sia incompatibilità (*incompatibilità iuris*) tra due norme, cioè l'impossibilità della loro concorrente applicazione. La norma può essere abrogata solo da una norma di pari grado o di grado superiore. Nozione diversa dall'abrogazione è invece quella di deroga, che consiste nell'applicazione di una disposizione normativa o negoziale in luogo della fonte normativa di grado superiore ed è possibile solo ove sia consentita dalla fonte derogata. Lo scorrere del tempo è condizione necessaria per la produzione di nuove norme giuridiche, che portano ad una innovazione dell'ordinamento giuridico. Le vicende modificative dell'ordinamento giuridico importano, tuttavia, il problema dell'applicazione della legge nel tempo. Alla norma abrogata o modificata fa séguito una diversa regola ed occorre, dunque, accertare da quale momento essa trovi applicazione e se tale applicazione riguardi anche fatti compiuti e rapporti costituiti sotto il vigore della

vecchia norma [5]. La questione dell'efficacia delle norme nel tempo assume, infatti, rilevanza particolare quando investe la disciplina dei fatti avvenuti in prossimità di o durante una successione normativa. Viene qui in rilievo il diritto intertemporale e transitorio, ossia quel gruppo di disposizioni che hanno il compito di regolare altre norme, al fine di comprendere quale sia la disciplina applicabile al caso concreto, che non è di immediata collocazione a livello cronologico. In generale, la norma giuridica è irretroattiva e ciò al fine di garantire la certezza del diritto, in quanto i destinatari della norma devono poter contare sulla disciplina legale in vigore per sapere quali sono gli effetti giuridici dei loro atti. La Corte costituzionale distingue, tuttavia, tra norme penali e norme extra penali. La norma penale è irretroattiva, così come sancito dall'art. 25 della Costituzione, mentre si è affermata la tesi della irretroattività della norma extra penale solo se ciò risulta costituzionalmente ragionevole. Il sindacato sulla ragionevolezza consiste nell'accertamento di una funzione e di un interesse in grado di bilanciare il sacrificio della certezza del diritto e dell'affidamento individuale sulle conseguenze giuridiche dei propri atti. Ad esempio, come affermato da autorevole dottrina, in presenza di norme tese a promuovere la personalità umana, può essere considerata ragionevole una disciplina informata al canone della retroattività normativa, mentre per norme collegate ad interessi patrimoniali o procedurali può presumersi la ragionevolezza del regime riconducibile all'irretroattività [6]. In tale contesto assume rilievo anche il concetto di comparazione diacronica [7], intesa come prospettiva di confronto tra diversi periodi storici. La problematica dell'efficacia della norma giuridica si interseca, oltre che con la dimensione temporale, anche con quella spaziale. L'ordinamento giuridico italiano è caratterizzato da una pluralità ed eterogeneità delle fonti, il che non esclude, tuttavia, l'unitarietà dell'ordinamento [8]. Se, dunque, da un lato deve evidenziarsi la sua complessità, dato che il sistema ordinamentale è articolato in una pluralità di fonti di provenienza anche esterna; dall'altro, va sottolineata l'unitaria assiologia del sistema, quale sintesi di valori esplicitamente dati e di valori desumibili dal contesto storico-culturale [9]. L'integrazione delle fonti nazionali e di quelle dell'Unione europea hanno prodotto un sistema italo-europeo delle fonti [10]. Le fonti dell'UE aventi valore normativo, come i Trattati (TUE e TFUE), i principi, i regolamenti e le direttive direttamente applicabili prevalgono sulle leggi ordinarie e le altre fonti primarie, purché esse siano rispettose dei principi fondamentali della Costituzione e dei diritti inalienabili della persona umana. Il contrasto tra norme dell'Unione e principi fondamentali e diritti inalienabili garantiti dalla Costituzione italiana è controllato dalla Corte Costituzionale, mentre il contrasto tra norma nazionale e norma dell'Unione (conforme a Costituzione) comporta per il giudice il dovere di disapplicare la normativa nazionale ed applicare quella dell'Unione europea. Nell'ambito delle fonti dell'Unione Europea un ruolo preeminen-

te è assunto dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea (CGUE) che ha il compito di assicurare la corretta interpretazione delle norme UE e dalle Corti costituzionali di ogni Stato membro. Va, quindi, evidenziata l'importanza del dialogo tra le Corti, attraverso il quale si ridefinisce il carattere "intercostituzionale" delle Costituzioni, il quale deve tendere alla massimizzazione della tutela dei diritti [11]. Occorre prendere in considerazione anche le norme di diritto internazionale. Infatti, diritto nazionale, europeo ed internazionale configurano, a fini applicativi, un sistema unitario e aperto (*ex artt. 10, 11, 117 cost.*), nel quale regole e principi di diversa provenienza si integrano vicendevolmente. Consuetudini e convenzioni internazionali, norme UE e norme nazionali compongono il sistema ordinamentale a cui il giudice è sottoposto in virtù del principio di legalità, inteso in un'accezione europea ed internazionale. Il giudice è, infatti, chiamato a coordinare le disposizioni di diversa derivazione, comporre gli interessi e bilanciare i valori secondo un'interpretazione assiologica, rispettosa della pluralità dei casi e del sistema nella sua totalità [12]. In tale contesto occorre prendere in considerazione il diritto internazionale privato e processuale, ossia il sistema delle fonti normative di origine nazionale, europea ed internazionale dirette a regolare situazioni e rapporti non riconducibili all'interno di un ordinamento di un singolo Stato e che presentino caratteri di transnazionalità. Tali norme trovano applicazione ogniqualevolta una fattispecie concreta presenti elementi di estraneità rispetto all'ordinamento dello Stato italiano, chiarendo se debba applicarsi il diritto italiano o di altro Stato, se abbia giurisdizione il giudice italiano o straniero e se una sentenza emessa da giudici di uno Stato estero possa produrre effetti nell'ordinamento italiano. Se, dunque, in un caso concreto vi sono elementi di estraneità occorrerà stabilire il foro competente a decidere la controversia e la legge applicabile alla stessa, ovvero la legge di uno Stato applicabile ad un contratto ed in generale ad un rapporto giuridico. Non è, infatti, corretto ritenere che scegliendo il foro competente in un certo Paese, ne discenda l'applicazione del diritto di quello stesso Stato.

English Version

Keywords: *autonomy, heteronomy, internal and external sources, time and space, dialogue between courts, law and judgement*

The context in which the jurist operates is only apparently something extraneous to the law. There is no 'pure law'; contamination, connection with context is an intrinsic component of law [1]. The legal dimension is to be assessed, first of all, in an internal and external sense. The internal legal dimension (*inter partes*) translates into the realisation of relations between

the parties, which are the result of their will. The external legal dimension highlights the law-statute law dichotomy and is connected to the concept of coercion: the imposition of law from outside is a form not of autonomy, but of heteronomy. However, the two dimensions are neither in opposition nor in isolation but contribute to the making of the correct legal dimension. Norms are external impositions, commands in times of conflict, that guide one's actions. However, law is not unchangeable, eternal and ahistorical [2], since it depends on two essential coordinates: time and space. As is well known, time organises the mobile continuity of states in which human and natural events are identified, linking it to an idea of succession or evolution. In this context, the succession of norms of a legal system and diachronic comparison come to the fore [3]. The legal system changes over time and, therefore, the effectiveness of each rule is necessarily circumscribed in time between a moment of commencement, i.e. entry into force, and a final moment, such as repeal [4]. This term indicates, precisely, the removal from the system of rules that are no longer effective through an express or tacit process. Express repeal occurs when there is an explicit declaration by the legislator and in such a case the statute law must specify the provision to be considered repealed; tacit repeal occurs instead where there is incompatibility (*iuris* incompatibility) between two rules, i.e. the impossibility of their concurrent application. The rule may only be repealed by a rule of equal or higher degree. On the other hand, a notion different from abrogation is that of derogation, which consists in the application of a normative or contractual provision in place of the higher-ranking normative source and is only possible where it is permitted by the derogated source. The passage of time is a necessary condition for the production of new legal norms, which lead to an innovation of the legal system. Changes in the legal system, however, bring with them the problem of the enforcement of the statute law over time. The repealed or amended rule is followed by a different rule, and it is therefore necessary to ascertain from what moment in time it enters into force and whether this enforcement also covers facts performed and relationships established under the old rule [5]. The question of the effectiveness of rules in time assumes, indeed, particular relevance when it concerns the regulation of facts occurring close to or during a succession of rules. What comes to the fore here is intertemporal and transitional law, i.e. that group of provisions whose task it is to regulate other rules, in order to understand which discipline is applicable to the concrete case, which is not chronologically placed at once. Generally, the legal rule is non-retroactive, and this is to ensure the need for legal certainty, since the recipients of the rule must be able to rely on the legal rules in force to know what the legal effects of their acts are. The Constitutional Court distinguishes, however, between criminal and extra-criminal rules. The penal norm is non-retroactive, as enshrined in

Art. 25 of the Constitution, whereas the thesis of the non-retroactivity of the extra-criminal norm has been affirmed only if this is constitutionally reasonable. The assessment on reasonableness consists in ascertaining a function and an interest that can balance the sacrifice of legal certainty and individual reliance on the legal consequences of one's actions. For example, as stated by authoritative doctrine, in the presence of norms aimed at promoting human personality, a discipline informed by the canon of normative retroactivity may be considered reasonable, while for norms linked to patrimonial or procedural interests, the reasonableness of the regime attributable to non-retroactivity may be presumed [6]. In this context, the concept of diachronic comparison [7], understood as a perspective of comparison between different historical periods, is also relevant. The issue of the effectiveness of the legal norm intersects not only with the temporal dimension, but also with the spatial dimension. The Italian legal system is characterised by a plurality and heterogeneity of sources, which does not, however, exclude the unity of the system [8]. If, therefore, on the one hand, its complexity must be emphasised, given that the legal system is articulated in a multiplicity of sources coming also from outside it; on the other hand, the system's unitary axiology must be emphasised, as a synthesis of explicitly given values and values that can be deduced from the historical-cultural context [9]. The integration of national and EU sources has produced an Italian-European system of sources [10]. EU sources with normative value, such as the Treaties (TEU and TFEU), principles, regulations and directly enforceable directives prevail over ordinary statute laws and other primary sources, provided that they respect the fundamental principles of the Constitution and the inalienable rights of the human person. The contrast between Union rules and fundamental principles and inalienable rights guaranteed by the Italian Constitution is controlled by the Constitutional Court, while the contrast between national law and Union law (compliant with the Constitution) entails for the judge the duty to disapply the national law and apply the Union law. Within the framework of the sources of the European Union, a pre-eminent role is assumed by the Court of Justice of the European Union (CJEU), which has the task of ensuring the correct interpretation of EU norms, and by the Constitutional Courts of each Member State. Therefore, emphasis should be placed on the importance of the Courts' dialogue, through which the Constitutions' 'inter-constitutional' character that must aim at maximising the protection of rights is redefined [11]. The rules of international law must also be taken into consideration. Indeed, national, European and international laws configure, for application purposes, a unitary and open system (according to Articles 10, 11, 117 Const.), in which rules and principles of different origins complement each other. International customs and conventions, EU norms and national norms make up the

system of law to which the judge is subject by virtue of the principle of legality, understood in a European and international sense. The judge is, indeed, called upon to coordinate provisions of different derivation, compose interests and balance values according to an axiological interpretation that respects the plurality of cases and the system as a whole [12]. In this context, it is necessary to consider international private law and procedural law, i.e. the system of regulatory sources of national, European and international origin aimed at regulating situations and relationships that are not referable to a single State's legal system and that have transnational characteristics. These rules are enforced whenever a concrete case presents elements of extraneousness with respect to the Italian State's legal system, clarifying whether Italian law or the law of another State should be enforced, whether an Italian or foreign judge has jurisdiction, and whether a judgement issued by judges of a foreign State can produce effects in the Italian legal system. If, therefore, in a concrete case there are elements of extraneousness, it will be necessary to establish the court having jurisdiction over the dispute and the law enforceable to it, rather the law of a State enforceable to a contract and in general to a legal relation. It is not, indeed, correct to assume that by choosing the competent court in a certain country, it follows that the law of that same country is enforced.

*GIORGIA VULPIANI (Università di Macerata)

BIBLIOGRAFIA: [1] P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 159 ss.; A. ALPINI, *Interpretazione e fonti del diritto tra tradizione e innovazione*, in A. ALPINI, T. FEBBRAJO e B. MARUCCI (a cura di), *Interpretazione e fonti del diritto tra tradizione e innovazione*, Napoli, 2023, p. 283; G. PERLINGIERI, *Sulla falsa alternativa tra ius positum e ius in fieri*, *ivi*, p. 179 ss. [2] P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 75 ss. [3] T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in M. BRUTTI e A. SOMMA, *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Francoforte, 2018, p. 111 ss. [4] P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, Napoli, 2019, p. 131. [5] C.M. BIANCA, *Diritto civile*, Milano, 2002, p. 112. [7] G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015, p. 1 ss. [8] T. DALLA MASSARA, *Fondamenti del diritto europeo e comparazione diacronica*, in G. SANTUCCI, P. FERRETTI e SABRINA DI MARIA (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive*, Trieste, 2019, p. 91 ss. [9] P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 188; ID. *Profili istituzionali del diritto civile*, Napoli, 1979, p. 50. [10] P. PERLINGIERI, *Lo studio del diritto nella complessità e unitarietà del sistema ordinamentale*, in *Foro nap.*, 2014, p. 100 ss. [11] A. ALPINI, *Diritto italo europeo e principi identificativi*, Napoli, 2018, p. 11 ss. [12] P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica*

ed assiologica. Il broccardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi, in *Rass. dir. civ.*, 1985, p. 990 ss., ora in ID., *Scuole tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 275 ss.; ID., *Interpretazione assiologica e diritto civile*, in *Le Corti salernitane*, 2013, p. 465 ss.; ID., *Applicazione e controllo nell'interpretazione giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I, p. 317 ss.; ID., *Fonti del diritto e "ordinamento del caso concreto"*, in *Riv. dir. priv.*, 2010, p. 7 ss.; G. D'AMICO, *Complessità e unitarietà nell'ordinamento giuridico nel prisma dell'interpretazione. Il contributo di un Maestro*, in *Corti calabresi*, 2008, p. 657 ss.; P. GROSSI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, in *Rass. dir. civ.*, 2009, p. 914 ss.; P. MADDALENA, *Interpretazione sistematica e assiologica*, in *Giust. civ.*, 2009, p. 65 ss.; M. PENNASILICO, *Metodo e valori nell'interpretazione dei contratti. Per un'ermeneutica contrattuale rinnovata*, Napoli, 2011, pp. 135 ss. e 185 ss.

Diritto romano/Roman Law*

Parole chiave: *spazio, tempo, sistema, applicazione della legge*

Ogni fenomeno storico in generale, e storico-giuridico in particolare (e l'esperienza giuridica romana è una palese manifestazione di ciò) è per sua natura una grandezza almeno bidimensionale: può essere cioè declinato secondo diverse traiettorie e differenti linee di prospettiva. In primo luogo, spazio e tempo. La dimensione temporale costituisce un quadro irrinunciabile per l'approccio analitico della storia come sequenza concatenata di eventi. A questa catena si riconnette l'evolversi, talvolta lento, talaltra più dinamico, di una società e di un sistema di poteri che, pur in apparente continuo divenire, conobbero iati significativi. La sequenza tipica nella quale gli studiosi trovano rifugio è quella di monarchia, repubblica (con la canonica scansione di alta repubblica, in cui Roma lottò per la sua affermazione in Italia e il superamento del conflitto fra gli ordini patrizio e plebeo; media repubblica, in cui si affermò la vocazione imperiale del sistema romano; tarda repubblica, in cui detto sistema venne a crisi sino alla totale impasse), principato (con la grande finzione del 'ripristino' delle strutture repubblicane) e dominato. Ma i problemi di dimensionalità temporale dell'esperienza romana sono connessi alla questione più grande, e per certi versi soverchiante, della impossibilità di periodizzare gli eventi in modo univoco. Sicché, indagato dalla prospettiva dell'evolversi del sapere giuridico, la dimensione temporale sarà scandita mediante altra prospettiva. E ancora diverse, e per certi versi innumerevoli, sarebbero le periodizzazioni possibili, a seconda che si volesse insistere su un peculiare aspetto della storia giuridica. La temporalità si scinde dunque in numerose temporalità, ciascuna connessa con una specifica variabile (la storia giuridica tout court, quella giurisprudenziale quella degli strumenti normativi, dell'amministrazione nel suo complesso e delle