

LIBER AMICORUM  
PER  
PAOLO ZATTI

VOLUME PRIMO

ESTRATTO



JOVENE

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2023

ISBN 978-88-243-2818-0

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 Napoli

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

[www.jovene.it](http://www.jovene.it) [info@jovene.it](mailto:info@jovene.it)

Printed in Italy Stampato in Italia

# INDICE

## VOLUME PRIMO

<i>Presentazione</i> .....	p. XV
GIOVANNI IUDICA, <i>Paul-Anton Masstele</i> .....	» XVII

## TEMI GENERALI E TEORIA DEL DIRITTO

FABIO ADDIS	
Norme e principi nel Trattato delle leggi di Jean Domat.....	» 3
ANGELO BARBA	
Frammenti dal più recente dibattito tedesco sul diritto privato.....	» 21
GIOVANNI FURGIUELE	
Riflessioni intorno al giurista e all'ordine giuridico .....	» 35
PAOLO GAGGERO	
Significanti del diritto dell'economia e interpretazione.....	» 45
MAURO GRONDONA	
La giurisprudenza e il problema della trasformazione ordinamentale: premesse per una discussione .....	» 59
MARIO LIBERTINI	
Come cambiano le università: dal "sistema" al "mercato". Nuove riflessioni sulla competizione fra università .....	» 71
FILIPPO NAPPI	
Dalla scienza delle norme alla prudenza del giudizio: un nuovo paradigma forma- tivo per il giurista italiano .....	» 85
ANDREA NERVI	
<i>Legis-latio</i> e <i>iuris-dictio</i> ; una storia infinita .....	» 99
MASSIMO PARADISO	
I. A. Il computer di Buridano .....	» 113
ELENA PARIOTTI	
Metafore della normatività giuridica e trasformazioni dei mondi vitali.....	» 123
ALESSANDRO SOMMA	
L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un di- spositivo neoliberale di successo.....	» 133
GIUSEPPE VETTORI	
Eguaglianza e sostenibilità .....	» 151

GIUSEPPE ZACCARIA

Normatività giuridica e normatività algoritmica ..... p. 159

DIRITTO CIVILE. CATEGORIE DELLA TRADIZIONE  
E FRONTIERE DELL'INNOVAZIONE

LUIGI BALESTRA

Diritto dei contratti e crisi d'impresa: il caso del contratto a (s)favore di terzi..... » 177

MASSIMO BASILE

La compravendita immobiliare tramite persona interposta ..... » 183

ROBERTO BOCCHINI

Il contratto di logistica tra gli artt. 1570-*bis* e 1677-*bis* c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice ..... » 205

NICOLA BRUTTI

Risarcimento in forma specifica del danno non patrimoniale e *public apologies* ..... » 225

CARMELITA CAMARDI

Diritto civile e nuovi valori costituzionali. Qualche suggestione da recenti riforme.... » 237

GRAZIA CECCHERINI

Tutela dell'ambiente e riforma degli artt. 9 e 41 della Costituzione..... » 251

MATTEO CEOLIN

Abbandono e rinuncia alla proprietà nel prisma della circolazione degli immobili ..... » 265

GIOVANNI CINÀ

Il "disordine informativo" sulle piattaforme digitali e il ruolo della dignità nei modelli europeo e statunitense ..... » 275

PAOLOEFISIO CORRIAS

Autoresponsabilità e contratto di assicurazione ..... » 293

ALESSANDRO D'ADDA

Assetti attuali della tutela civile inibitoria: alcune riflessioni «sparse» ..... » 305

ENRICO DEL PRATO

Sul quarto libro del codice civile ..... » 325

MASSIMO FRANZONI

La responsabilità civile in un codice europeo? ..... » 339

DANIELA M. FRENDI

Dal contatto sociale all'obbligazione contrattuale: la responsabilità del medico dipendente nei confronti del paziente della struttura..... » 349

MATILDE GIROLAMI

La scelta negoziale nella protezione degli adulti vulnerabili: spunti dalla recente riforma tedesca ..... » 365

GREGORIO GITTI

L'applicazione dei sistemi di intelligenza artificiale nei contratti per l'impresa..... » 387

CARLO GRANELLI

Il tramonto dell'idea di un "codice europeo comune di diritto privato" ..... » 401

MICHELE LOBUONO	
Le fidejussioni <i>omnibus</i> conformi allo schema ABI fra efficienza della tutela e protezione del mercato .....	» 409
ETTORE MARIA LOMBARDI	
Una riflessione privatistica sulla sicurezza cibernetica nel metaverso: tra ciber spazio e iperuranio, dove condurrà il “futuro prossimo venturo”? .....	» 419
EMANUELE LUCCHINI GUASTALLA	
Trasferimento di beni immobili in pagamento di debito usurario .....	» 437
MARCELLO MAGGIOLO	
Danno non patrimoniale, equità, risarcimento in forma specifica .....	» 445
ENRICO MINERVINI	
Le Sezioni Unite e la meritevolezza del contratto: note a prima lettura.....	» 451
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Il “ <i>quantum</i> ” del danno morale, e il futuro del danno non patrimoniale a persona....	» 457
STEFANO PAGLIANTINI	
Irrazionalità del consumatore medio, pratiche aggressive e regole di tutela.....	» 467
GIOVANNI PASSAGNOLI	
Il garante-consumatore nel contratto autonomo di garanzia .....	» 479
ROBERTO PUCELLA	
Autodeterminazione, salute, danno: i dialoghi tra Maestro e Allievo .....	» 487
FRANCESCO RICCI	
I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel d.l. n. 68/2022 (dalla l. n. 108/2022 alla l. n. 6/2023) .....	» 503
NICOLA RIZZO	
Persona, moneta, proprietà: causalità, presunzioni, danno .....	» 519
VINCENZO ROPPO	
L'ipotesi della nullità del contratto per contrarietà a diritti inviolabili.....	» 533
CLAUDIO SCOGNAMIGLIO	
I nuovi problemi della liquidazione del danno non patrimoniale.....	» 545
ANNA SCOTTI	
Proposta di direttiva “ <i>due diligence</i> ”: le incertezze del legislatore europeo sul rapporto tra gli obiettivi di sostenibilità dell'attività di impresa, il contratto e i codici di condotta.....	» 563
MAURO TESCARO	
Lo stato dell'arte del risarcimento punitivo .....	» 577
EMILIO TOSI	
Dati personali, patrimonializzazione e contratto nei mercati digitali tra GDPR e Codice del consumo .....	» 591
PATRIZIA ZIVIZ	
Il declino della perdita di <i>chances</i> di sopravvivenza .....	» 609
ANDREA ZOPPINI	
Autonomia privata e rischio ambientale (contributo allo studio del principio “chi inquina paga”).....	» 619

## BIODIRITTO

MARCO AZZALINI	
La relazione tortuosa: intesa e conflitto nel rapporto di cura.....	» 633
LUCIA BUSATTA - CARLO CASONATO - SIMONE PENASA - MARTA TOMASI	
Le “maschere” della vulnerabilità nella cura della persona .....	» 651
FRANCESCO DONATO BUSNELLI	
Immagini vecchie e nuove della tutela della salute del minore .....	» 665
ELENA CADAMURO	
Aiuto medico a morire: riflessioni in chiave penalistica .....	» 679
DAMIANO CANALE	
L'aiuto medico a morire: oltre lo spettro del pendio scivoloso .....	» 693
STEFANO CANESTRARI	
In difesa della legge n. 219 del 2017 («Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento»)* .....	» 705
GIOVANNI DI ROSA	
Interventi giudiziali e proposte di regolazione in materia di suicidio assistito .....	» 713
VINCENZO DURANTE	
Quando continuare a vivere diventa intollerabile .....	» 723
ENRICO ANTONIO EMILIOZZI	
La salute e l'autodeterminazione del paziente nella scelta sulla morte volontaria medicalmente assistita .....	» 739
ELENA FALLETTI	
Contrasti tra i sanitari e i genitori nel rapporto di cura dei figli minori: una sommaria ricostruzione comparatistica .....	» 755
MASSIMO FOGLIA	
Elogio della gentilezza (applicata al diritto della relazione di cura).....	» 769
FRANCESCA GIARDINA	
Essere per il diritto. Immagini della condizione umana.....	» 775
ANTONIO GORGONI	
Autodeterminazione, dignità e vita nel suicidio assistito e nell'eutanasia.....	» 791
LAURENCE KLESTA CHABAUD	
<i>Interruption volontaire de grossesse et Constitution: la démarche française</i> .....	» 813
ARTURO MANIACI	
Dalla relazione di cura alla cura della relazione. Il processo come giuoco e le ADR prese sul serio.....	» 823
GAIA MARSICO	
Accogliere una richiesta di “aiuto a morire” può restituire uno spazio di vita? .....	» 839
TIZIANA MONTECCHIARI	
Disposizione <i>post mortem</i> del proprio corpo a fini di studio e di ricerca. Riflessioni a margine della legge 10 febbraio 2020, n. 10.....	» 853
ENRICO MOSCATI	
I figli dell'eterologa: una storia senza fine. Il punto della situazione.....	» 865

LUCIANO ORSI	
Le cure palliative come icona di una medicina gentile.....	» 875
ELISABETTA PALERMO FABRIS	
Aiuto medico a morire e non punibilità per i professionisti sanitari.....	» 879
ERICA PALMERINI	
Nuove scelte tragiche nel biodiritto della pandemia.....	» 893
MARIASSUNTA PICCINNI	
Il mantello del diritto nelle cure palliative. Dal “palliativo” non dirimente al “ <i>pallium</i> ” che cura.....	» 905
DEBORA PROVOLO	
I confini della responsabilità penale del medico nel contesto delle c.d. “scelte tragiche” .....	» 925
MARCO RIZZUTI	
Vita e vitalità: dilemmi antichi e nuovi.....	» 939
DANIELE RODRIGUEZ - ANNA APRILE - PAOLO BENCIOLINI	
La relazione di fiducia nella legge 22 dicembre 2017, n. 219.....	» 947
SANDRO SPINSANTI	
L’etica al letto del malato: una presenza in diverse modalità.....	» 959
INES TESTONI	
Autodeterminazione e dignità. Il punto di vista della psicologia.....	» 971

## VOLUME SECONDO

## DIRITTO DELLE PERSONE

BENEDETTA AGOSTINELLI	
Minori in rete: l’illusione del consenso e l’equivoco della <i>privacy</i> .....	» 983
FRANCESCA BARTOLINI	
Transessualismo, persona e famiglia.....	» 1001
ANDREA BELVEDERE	
Paolo Zatti giurista analitico .....	» 1013
ALBERTO MARIA BENEDETTI	
«Fiduciario» (nelle DAT) e «esecutore» (testamentario): affinità, differenze, integrazioni.....	» 1021
GIOVANNA CAPILLI	
Età del consenso digitale del minore alla luce del GDPR.....	» 1031
GABRIELE CARAPEZZA FIGLIA	
<i>Guarda de becho</i> e sostegno di fatto. Per un adeguamento interpretativo delle misure di protezione delle persone vulnerabili.....	» 1047
GIUSEPPE CARRARO	
Persona giuridica, società, libertà fondamentali .....	» 1061

MICHELA CAVALLARO	
Terzo settore: molteplicità di statuti della soggettività e ricadute applicative.....	» 1075
PAOLO CENDON	
L'uomo che voleva punire se stesso .....	» 1087
MARTA CENINI	
La c.d. legge “dopo di noi”: l'utilizzo degli strumenti fiduciari e di destinazione per la tutela dei soggetti fragili .....	» 1091
GIOVANNI DE CRISTOFARO	
Il diritto del minore capace di discernimento di esprimere le sue opinioni e il c.d. ascolto fra c.p.c. riformato, convenzioni internazionali e diritto UE.....	» 1099
MARIA VITA DE GIORGI	
Memorie di una Garante del contribuente.....	» 1121
MAURIZIO DI MASI	
Diritto sportivo e bilanciamenti dei diritti fondamentali. Alcune questioni attuali	» 1127
CHIARA FAVILLI	
L'anonimato materno e i limiti della tutela procedimentale dei diritti fondamentali.....	» 1143
GIAMPAOLO FREZZA	
“Diritti di stato della persona”, trascrizione della domanda di revocazione <i>ex art.</i> 2652, comma 1, n. 9- <i>bis</i> e inapplicabilità della relativa disciplina .....	» 1159
ARIANNA FUSARO	
Il contratto della persona vulnerabile nella prospettiva dei rimedi .....	» 1169
CARLOS ANTONIO AGURTO GONZÁLES E SONIA LIDIA QUEQUEJANA MAMANI	
<i>Derecho a la identidad personal: desarrollo y distinción con los derechos del ser humano</i> .....	» 1193
CLAUDIA IRTI	
La persona anziana: sulla rilevanza giuridica della nozione.....	» 1215
GIOVANNI MARINI	
Intersezionalità: un esercizio di realismo giuridico.....	» 1225
MARISARIA MAUGERI	
Intersezionalità e diritto dei contratti.....	» 1245
ARNALDO MORACE PINELLI	
Curatore speciale e autodeterminazione del minore d'età.....	» 1251
TERESA PASQUINO	
La dignità tra <i>ethos</i> e <i>nomos</i> nel “diritto gentile” di Paolo Zatti .....	» 1261
FABRIZIO PIRAINO	
L'applicazione diretta dei diritti inviolabili .....	» 1277
PIETRO RESCIGNO	
L'atto patrimoniale della persona vulnerabile .....	» 1295
ANNARITA RICCI	
Sistemi reputazionali e libertà del consenso al trattamento dei dati personali.....	» 1297

UMBERTO ROMA	
Accettazione tacita di eredità dell'amministratore di sostegno per il beneficiario incapace? .....	» 1311
LILIANA ROSSI CARLEO	
I diritti fondamentali dei consumatori tra specificità e complementarità .....	» 1321
ROBERTO SENIGAGLIA	
Spunti critici sulla capacità contrattuale del minore.....	» 1331
MICHELE TAMPONI	
Gli enti religiosi nel codice del terzo settore .....	» 1345
MANUELA TOLA	
Pagamenti digitali e fragilità della persona .....	» 1359
ANGELO VENCHIARUTTI	
La Convenzione di New York e l'esercizio della capacità legale da parte delle persone con disabilità.....	» 1371
ALBERTO VENTURELLI	
Autodeterminazione e divieto dei trattamenti di conversione .....	» 1381
FILIPPO VIGLIONE	
Mai più incapaci. Suggestioni spagnole per un nuovo diritto della disabilità .....	» 1401

## DIRITTO DI FAMIGLIA

ENRICO AL MUREDEN	
La funzione compensativa dell'assegno divorzile e la valenza dell'apporto «extra-matrimoniale».....	» 1419
GUIDO ALPA	
La famiglia nell'età postmoderna. Nuove regole, nuove questioni.....	» 1429
GIUSEPPE AMADIO	
Lo scioglimento della convivenza .....	» 1447
ANTONINA ASTONE	
Il divieto di trascrizione degli atti di nascita dei bambini nati da maternità surrogata .....	» 1463
FEDERICO AZZARRI	
Rettificazione di sesso e scioglimento imposto dell'unione civile: un'occasione mancata per la Consulta .....	» 1475
VALERIO BRIZZOLARI	
La famiglia "sovraindebitata" .....	» 1487
LORENZA BULLO	
Diritto di famiglia, riforme e funzione notarile .....	» 1505
ENRICO CAMILLERI	
Il nuovo rito delle relazioni familiari, il prisma dell'effettività e i formanti del diritto di famiglia: verso un ordine possibile .....	» 1529
LISIA CAROTA	
Omogenitorialità e tutela del rapporto con il genitore d'intenzione.....	» 1545

BIANCA CHECCHINI	
Famiglie omoaffettive: dichiarazione di nascita e adozione in casi particolari, un approfondimento .....	» 1563
MADDALENA CINQUE	
Interferenze tra coniugio e convivenza di fatto .....	» 1579
ALESSANDRA CORDIANO	
Note in tema di violenze domestiche e di genere nel nuovo processo di famiglia....	» 1597
FRANCESCA CRISTIANI	
I trasferimenti immobiliari tra coniugi nella negoziazione assistita tra forma e sostanza .....	» 1613
MATTEO DELLACASA	
Una riflessione sulla gestazione per altri: tra accordo e stato .....	» 1627
VALENTINA DI GREGORIO	
La mediazione familiare nel nuovo processo di famiglia.....	» 1647
GILDA FERRANDO	
Lo stato di figlio nel prisma dell’interesse del minore.....	» 1663
PAOLO GALLO	
Assegni di separazione e divorzio e venir meno dell’arricchimento.....	» 1677
ATTILIO GORASSINI	
Gli adulti adulterati e la fame di “famiglia”. Il nuovo cannibalismo dell’antropocene ...	» 1691
GIOVANNI IORIO	
Appunti per una riforma delle adozioni in Italia .....	» 1703
LEONARDO LENTI	
Rileggendo, 40 anni dopo, i rapporti fra i coniugi e la separazione personale di Paolo Zatti.....	» 1717
MANUELA MANTOVANI	
Sullo <i>status</i> dei bambini nati da gestazione per altri all’estero. <i>Nilhil novi?</i> Riflessioni a margine di Cass., Sez. Un., 30 dicembre 2022, n. 38162.....	» 1727
MARIA ROSARIA MARELLA	
Fra modernizzazione e tradizione: l’ingresso della responsabilità civile nelle relazioni familiari.....	» 1753
FRANCESCA NADDEO	
Crisi coniugale ed accordi preventivi.....	» 1773
SALVATORE PATTI	
Norme in tema di «violenza domestica o di genere». Prime osservazioni .....	» 1789
ENRICO QUADRI	
Il principio contributivo tra fisiologia e patologia della vita familiare .....	» 1795
SILVIO RIONDATO	
“Persona comunque convivente” e legalità penale, nell’album di “famiglia” del delitto di maltrattamenti (art. 572 c.p.).....	» 1809
FILIPPO ROMEO	
Fenomeni migratori, tutela del minore e diritto all’unità familiare .....	» 1825

UGO SALANITRO	
Riflessioni sistematiche su una proposta di riforma della disciplina dell'assegno divorzile.....	» 1839
FRANCESCO SANGERMANO	
Famiglia e giuridicità. Da isola lambita dal mare del diritto a “fonte” ispiratrice della norma giuridica.....	» 1849
MICHELE SESTA	
Persona del minore e rapporti di coppia nella riforma dei processi familiari .....	» 1857
ARIANNA THIENE	
Dalla parte delle famiglie per un diritto minorile gentile .....	» 1867
STEFANO TROIANO	
Il diritto allo stato di figlio e il problema della sua effettività .....	» 1885

MAURO GRONDONA

LA GIURISPRUDENZA E IL PROBLEMA  
DELLA TRASFORMAZIONE ORDINAMENTALE:  
PREMESSE PER UNA DISCUSSIONE

SOMMARIO: 1. La giurisprudenza di fronte all'ermeneutica e alla comparazione. – 2. Il ruolo trasformativo della giurisprudenza di fronte al pluralismo giuridico. – 3. Il potenziale ruolo conciliativo e stabilizzatore di una comparazione giuridica in funzione ermeneutica.

1. *La giurisprudenza di fronte all'ermeneutica e alla comparazione*

Il problema di cui intendo occuparmi in questo mio breve scritto è relativo a due traiettorie della giurisprudenza contemporanea: quella ermeneutica e quella comparatistica.

Aggiungo subito, pur con cautela, che già ora, però, qualche segnale in controtendenza, rispetto soprattutto all'approccio ermeneutico, si nota<sup>1</sup>. Il che è un bene, e dovrebbe esser ritenuto tale anche da parte di chi siffatti segnali non condivide, come ad esempio chi scrive: semmai, negativo è il ristagno intellettuale, che inevitabilmente conduce al conformismo, e che altrettanto inevitabilmente sfocia nella falsa coscienza intellettuale, pernicioso per quell'indispensabile confronto sulle idee, in vista della costruzione, sempre *in fieri*, di quegli spazi culturali, in costante movimento, che sono, o dovrebbero essere, la principale fonte di legittimazione di un ordine politico e giuridico effettivamente liberal-democratico; che è poi quello nel quale, oggi, tutti ci riconosciamo e che tutti difendiamo, in primo luogo perché benefico alla realizzazione di sé e del 'sé', e quindi della propria libertà, nella misura storicamente attuabile – s'intende.

Il problema che subito emerge, sottostante al dibattito circa il ruolo trasformativo della giurisprudenza – che poi, alla fin fine, è sempre quello della tensione tra continuità e discontinuità –, attiene a ciò che facilmente possiamo chiamare ordine della convivenza, e dunque ordine socio-politico, che è il luogo nel quale, necessariamente, devono essere pensati i progetti di vita individuali, cioè la libertà dell'individuo<sup>2</sup>, in relazione al contesto storico-culturale in cui esso opera: l'adeguamento del concetto al contesto, della categoria alla storia, del pensiero all'azione (individuale e quindi sociale), della pretesa esistenziale (taluni parleranno, *in deterius*, di desideri che pretendono di diventare

---

<sup>1</sup> Il riferimento ovvio è LUCIANI, voce «Interpretazione conforme a costituzione», in *Enc. del dir., Annali*, IX, Giuffrè, 2016, 391 ss. Da ultimo v. l'intervista (anche assai divertente) a Riccardo Guastini: *Distinguendo e interpretando. Intervista di Vincenzo Antonio Poso a Riccardo Guastini*, <https://www.giustizainsieme.it/en/lavoro-e-diritti-sociali/2626-distinguendo-e-interpretando-intervista-di-vincenzo-antonio-poso-a-riccardo-guastini>. Tra i giovani studiosi, meritano almeno un richiamo: PORTONERA, *Antonin Scalia*, IBL Libri, 2022; OLIVERI, *Nicolò Lipari e la ragionevolezza dei valori: qualche considerazione intorno a "Elogio della giustizia"*, in *Riv. dir. comm.*, 2022, II, 215 ss.

<sup>2</sup> Cfr. ora RECKWITZ, *The End of Illusions. Politics, Economy, and Culture in Late Modernity* (trad. ingl.), Polity Press, 2021.

diritti, rifiutando la pur banalissima idea che il diritto, come la lingua<sup>3</sup>, cambia principalmente grazie all'utilizzo che se ne fa: e come la lingua, il diritto: o sono viventi, o non sono) alla pretesa giuridicizzata, che diventa interesse giuridicamente rilevante e come tale meritevole di protezione; altrimenti, si rinuncia a quella capacità critica che è fondativa dell'intera dimensione esistenziale dell'essere umano, e che non può essere davvero tale, se non costantemente adeguata al presente, anche a costo di rinnegare, o comunque di ripensare, magari in termini radicalmente oppositivi, tutto o molto di ciò che da una determinata tradizione derivi, anche, in via d'ipotesi, la più gloriosa o antica<sup>4</sup>.

Orbene, una prima tendenza (appunto la tendenza ermeneutica) è quella di una giurisprudenza che, in sé, e cioè nel quadro generale della teoria delle fonti, è fattore di costante, e anzi incessante, trasformazione ordinamentale. Da questo punto di vista, il ricorso alla comparazione da parte della giurisprudenza non è decisivo, e anzi, al limite, potrebbe pure essere avvertito come irrilevante, se non addirittura dannoso, dato che le risorse ermeneutiche interne all'ordinamento, una volta innescate, ben potranno essere messe pienamente a frutto, come più avanti verrà specificato.

Si può allora subito precisare: non c'è dubbio che, se non altro nell'Europa continentale, e certissimamente in Italia, siamo ancora all'interno dell'onda lunga di quell'*hermeneutic turn* che così potentemente – per taluno beneficamente, per talaltro perniciosamente – ha prodotto uno sconquasso delle fonti del diritto, non solo colpendo l'idea stessa di gerarchia delle fonti, ma producendo una riscrittura sostanziale di molti settori

<sup>3</sup> Ottimamente, l'Accademia della Crusca, nel rispondere «a un quesito sulla parità di genere negli atti giudiziari posto dal Comitato Pari opportunità del Consiglio direttivo della Corte di Cassazione»), il 9 marzo 2023 ha sottolineato: «La lingua è prima di tutto parlata, anzi il parlato gode di una priorità agli occhi di molti linguisti, e ad esso la scrittura deve corrispondere il più possibile». Del resto, il costante parallelismo lingua/diritto (sul quale è sempre opportuno richiamare le pagine di TAMPANARO, *A proposito del parallelismo tra lingua e diritto*, in *Belfagor*, 1963, vol. 18, n. 1, 1 ss.; ma tutti ricordiamo il celeberrimo 'Proemio' di Graziadio Isaia Ascoli, e in particolare la critica all'idea che l'incremento della cultura derivi dalla maggior vicinanza della parola parlata alla parola scritta, laddove è vero l'opposto: così, quasi alla lettera, a p. XXVIII del 'Proemio', in *Archivio glottologico italiano*, I, 1873, V ss.) giustifica la fin troppo facile consequenzialità di un ragionamento che dovrebbe risultare elementare: al diritto inteso come diritto positivo, nel senso di 'vigente', deve corrispondere il più possibile il diritto vivente. Il testualismo interpretativo è *in radice* infondato, perché nel diritto positivo vigente non si fa questione ecdotica, di ricostruzione di testi o di integrazioni di lacune (del testo; non assiologiche o semantiche), com'è ovvio. Se il testo è lì, nella sua staticità, tutto ciò che conta sta nel contesto; donde lo spostarsi (anche in chiave epistemologica) dal piano del testo a quello del contesto, nell'idea che il diritto è il prodotto di quell'interpretazione infinita (per pensare al famoso saggio di Pier Cesare Bori) che si fonda su un continuo e costante bilanciamento tra interessi. Un bilanciamento, che in questo senso non può certo essere il prodotto di un legislatore, né onnisciente, né tempestivo (il giurista che guardi con fiducia al legislatore è affetto da una fiducia nella ragione che, hayekianamente, diventa abuso della ragione, costruttivismo giuridico: e il passo dal costruttivismo giuridico all'autoritarismo giuridico è breve), ma deve essere il prodotto di un contesto; è nel contesto che si fa il testo, e non viceversa. Sotto questo aspetto, il volume (impregnato di gentilianesimo – ma non è affatto detto che questo sia un limite: v. AA.VV., *Croce e Gentile. La cultura italiana e l'Europa*, Ist. Enc. It., 2016) di PEKELIS, *Il diritto come volontà costante*, Cedam, 1930, attende quietamente di essere riscoperto. Che poi il gentiliano Pekelis sia divenuto (per sfuggire alla persecuzione), nei sempre liberi e accoglienti Stati Uniti d'America, un giusrealista, ben convinto della inestricabile interconnessione tra *law and social action* (per rievocare la raccolta postuma dei suoi scritti statunitensi) è molto rivelatore, anche in chiave metodologica.

<sup>4</sup> La costante dialettica (in questo senso non solo opportuna ma indispensabile) tra continuità e discontinuità, tra tradizione e innovazione, è ricordata con parole e modo di porgere assai felici (e la notazione ha ovviamente una portata generale) da ZATTI, *Persona giuridica e soggettività. Per una definizione del concetto di «persona» nel rapporto con la titolarità delle situazioni soggettive*, Cedam, 1975, 16, circa l'inseguimento dell'«idea che da qualche parte, nel labirinto storico e logico della tradizione, sia possibile ritrovare il punto, in cui si è smarrita la via di un più duttile pensiero; che sia dato, ripercorrendo le antiche strade con l'estraneità dell'osservatore, carpire la chiave che liberi un nuovo e diverso cammino».

del diritto, soprattutto grazie alla moltiplicazione e alla flessibilizzazione di tali fonti; una riscrittura, com'è del resto ben noto, tutta protesa verso la costante decostruzione di una giuridicità (e io direi: in particolare codicistica, se non interamente codicistica) ormai non più in linea, perché troppo stabile e troppo assiologicamente connotata in senso monistico, con quella sensibilità, prima individuale e poi sociale, che non poteva attendere oltre il proprio rinnovamento<sup>5</sup>, aprendosi così lo spazio per una ricostruzione, non organica ma neppure frammentaria, dell'intero ordine giuridico della socialità, appunto in gran parte rifondato, o comunque ripensato, a partire dalle esigenze individuali, che non solo hanno profondamente rinnovato l'intero orizzonte giuridico tradizionale, ma si sono mosse all'interno di una generale esigenza di modernizzazione dell'idea stessa di diritto, cioè della giuridicità 'occidentale' nel suo complesso: fenomeno, questo sì, di portata ampia e trasversale, e rispetto al quale, allora, le risorse della comparazione, soprattutto quando maggiormente orientata sul versante socio-antropologico, più che giuridico, sono, effettivamente, e ancora saranno, ottimamente impiegate quali indispensabili strumenti euristici, da cui il diritto – inteso come unità di misura dell'ordine sociale e dello spazio sociale dell'agire individuale – non potrà che trarre benefici conoscitivi<sup>6</sup>, così peraltro rafforzandosi quell'esigenza metodologica tutta nel segno dell'ibridazione<sup>7</sup> – che va oltre un'interdisciplinarietà spesso di facciata, quando non troppo prudente, e comunque, ormai, «parola [...] così usurata che non la si può più usare seriamente» –, che è la cifra esistenziale della contemporaneità, perché trova il proprio punto di appoggio sociale nella complessiva condizione umana; un'ibridazione che viene allora recepita dalle varie discipline quale approccio metodologico finalizzato alla comprensione di una realtà che è davvero tale, appunto in prospettiva ermeneutica, solo nel momento in cui ci si volga ad essa per comprenderla, ricostruendola: al contempo, quindi, una comprensione ricostruttiva e una ricostruzione comprendente, le quali, in questo senso, sono sempre produttive di significati, se non nuovi o inattesi, ulteriori e diversi rispetto a quelli discendenti da una comprensione statica della realtà, ridotta perciò a una apparentemente lineare ricognizione di dati, come tali sempre pre-esistenti al giudizio – ipotesi, però, non realistica fino in fondo, anche se, in certa misura, da assumere come plausibile, quando non indispensabile, nella logica del 'come se', ovvero da accogliere *prima facie*, purché vi sia poi però piena consapevolezza circa la rilevanza e il peso dello sguardo dell'osservatore, rispetto a quanto osservato.

Ma dicevo: se consideriamo la tendenza ermeneutica della, e nella, giurisprudenza, qui il ricorso alla comparazione non risulta essere decisivo, una volta che le risorse ermeneutiche vengano messe a frutto fino in fondo per intervenire sull'ordinamento giuridico, nell'idea che il diritto è la forma rappresentativa della società, e, in particolare, di quel pluralismo sociale che esprime lo spazio sociale delle relazioni individuali, e che, come tale, è destinato a sua volta a riflettersi nello spazio ordinante del diritto, così pertanto producendosi una convergenza tra ordine sociale e ordine giuridico, a garanzia di una 'mobilità stabile' dell'ordine politico liberal-democratico, che è poi l'unico ordine

<sup>5</sup> E spesso si è trattato di un autorinnovamento, cioè per impulso e per forza individuali: sul punto v. SPANÒ, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Rosenberg & Sellier, 2022.

<sup>6</sup> V. ora diffusamente FOLETS, GOODALE, SAPIGNOLI, ZENKER (ed. by), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford Univ. Press, 2022, *passim*, ma in particolare la Part II ('Recurring themes in law and anthropology') e la Part V ('Current directions in law and anthropology').

<sup>7</sup> GIUNTA, *Dopo la Storia: su due libri di Roberto Pertici*, in *snaporaz.online* (28 dicembre 2022), <https://www.snaporaz.online/su-dallottocento-al-dopostoria-di-roberto-pertici/>. Ivi si leggono anche le parole letteralmente citate subito a seguire nel testo.

politico, come si è qui sopra accennato, idoneo a pluralisticamente favorire, e anzi a realizzare, siffatta convergenza ordinante, così al contempo favorendo la piena esplicazione della libertà individuale, in questo senso fattore di ordine e non già di disordine, frammento di un ordine sociale progressivamente attingibile (anche in chiave prescrittiva, donde l'esigenza, già richiamata, di assumere come pre-esistenti al giudizio una serie di elementi, che esprimono certamente un *prius* logico destinato come tale a sfociare in un *posterius* deontologico) grazie alle relazioni tra differenti dimensioni dell'individualità.

## 2. *Il ruolo trasformativo della giurisprudenza di fronte al pluralismo giuridico*

‘Mettere a frutto fino in fondo le risorse ermeneutiche’ significa, come ovvio, rivendicare una autolegittimazione non tanto della scienza giuridica – perché essa è pacifica, posto che la legittimazione della scienza, in sé, è la legittimazione politica della forza intellettuale e culturale, indiscutibile, se non altro nelle società aperte: anzi, è proprio questa legittimazione politica della scienza, e dunque del pensiero, che fonda la dimensione ermeneutica dello spazio sociale, e quindi dell'ordine sociale, a sua volta legittimando la politicità dell'ordine socio-giuridico –, ma della giurisprudenza, in questo senso non già fonte di secondo grado, e dunque, da un lato, attuatrice di una prescrizione legislativa, e, dall'altro, esecutrice dei dettami di una sapienza tecnica a essa derivata da quella stessa scienza giuridica che in questo senso vorrebbe essere la vera e unica fonte legittimante ogni *ius dicere*.

Una giurisprudenza così intesa trova sempre fuori di sé la propria legittimazione, nella logica di un ordine sociale, nonché istituzionale, precostituito, che, però, è allora politicamente dissonante rispetto a quell'idea di mobilità ordinamentale, e in particolare di ordine spontaneo, che non può essere disgiunta, almeno in una certa, e non direi minimale, misura, dall'ordine politico liberal-democratico, al cui interno, appunto, il pluralismo politico-giuridico legittima ciascun componente l'ordine sociale a operare nella logica della produzione di nuovi significati socialmente rilevanti, e dunque nella logica della fonte primaria del diritto.

In questa linea, la consapevolezza della rilevanza del sé è consapevolezza di potere incidere all'esterno del sé, e dunque di poter operare in chiave di trasformazione sociale: che è esattamente ciò che, ormai da tempo, e sempre più velocemente, sta accadendo, ed è ovvio che, considerando l'apparato giuridico alla luce della sua principale funzione di apparato ordinatore, e, appunto oggi, di conciliazione pluralistica, l'idea stessa di fonte del diritto, così come l'approccio al ragionamento giuridico, non potranno non essere incisi da queste profonde novità, che come tali richiederebbero un altrettanto profondo sforzo teorico, per dar vita a quei nuovi paradigmi di cui la scienza giuridica è ormai da qualche tempo alla ricerca<sup>8</sup>.

In questa prospettiva, allora, ricondurre la giurisprudenza e il potere decisionale di essa alla tecnica di una qualificazione sempre mediata dal potere legislativo, nella

<sup>8</sup> A mio avviso, in Italia, si deve soprattutto a Francesco Viola il più raffinato tentativo teorico di mettere a punto una rinnovata teoria generale del diritto idonea, da un lato, a rendere conto di quelle tante novità fattuali che ovviamente sarebbe grave errore pretendere di espungere da una teoria del diritto che voglia davvero essere efficiente in quanto tale, e, dall'altro, a offrire agli operatori pratici rinnovati strumenti di lavoro e rinnovate prospettive della giuridicità contemporanea e del senso profondo di essa, necessariamente collegato alla dimensione antropologica dell'essere umano. In questa direzione, la rilevanza della comparazione è ovviamente primaria.

convinzione (che, ovviamente, è anche una professione di fede istituzionale, per dir così, nonché una elaborazione teorica, la quale ammette però falsificazioni) che il ‘fatto’ assuma giuridica rilevanza solo a condizione che possa essere concettualizzato in termini di ‘caso’<sup>9</sup>, esprime una fedeltà e una volontà di resistere a una trasformazione tutta interna (e io direi spontanea, nel senso migliore del termine) all’ordine sociale.

Al contrario, il principale ruolo assunto dalla giurisprudenza di oggi è quello di consapevole (e responsabile: il che certamente pone il problema, non già di una responsabilità latamente politica o strettamente giuridica, ma di una effettiva trasparenza decisionale e di un efficace controllo argomentativo – aspetti, oggi, a maggior ragione insoddisfacenti, se si sia convinti che un diritto a trazione giurisprudenziale è un diritto aperto a quella creatività individuale che, senza alcun dubbio, rappresenta la cifra di un liberalismo politico inteso in senso forte, ovvero maturo, cioè come teoria politica connotata da una funzione tra l’adattativo e il trasformativo che non può mai essere sterilizzata) strumento di una politica del diritto che, principalmente in una società aperta, dovrebbe essere appunto... aperta a quel pluralismo giuridico che non può significare soltanto pluralità di ordinamenti giuridici, perché ciascuno di essi, ovviamente, richiede comunque una valutazione in termini gerarchici, così depotenziando la forza costruttiva e come tale istituzionale di tale pluralità ordinamentale.

Mi riferisco, piuttosto, a un pluralismo giuridico che dovrebbe significare incontro e scontro politico-sociale. La società aperta è tale anche, e soprattutto, di fronte al conflitto, che anzi favorisce, o dovrebbe favorire, sublimandolo, però, in quella, prima evocata, ‘mobilità stabile’ del complessivo assetto liberal-democratico, e cioè del rapporto tra ordine sociale e ordine politico-giuridico: ovvio che, sotto il profilo della teoria e della dottrina filosofico-politiche, proprio qui emerge il costante problema di quel (far professione di) liberalismo integrale che può, però, portare alla sua stessa disfatta: ma proprio la società aperta, in questo senso, è un ‘cuore rivelatore’ (volendosi pensare al celebre racconto di E.A. Poe), perché, certamente, la fiducia individuale e sociale nel liberalismo (ma in un liberalismo più procedurale che non sostanziale, dunque assiologico, e come tale filosofico-politico, in verità) può portare alla distruzione non solo dell’ordine politico liberale, ma anche di quell’ordine sociale senza il quale non ci può essere né libertà, né liberalismo.

Del resto, la società aperta non ama la prudenza, non è avversa al rischio (politico)<sup>10</sup>, accettandolo come un elemento fondamentale, e anzi un presupposto, della sua stessa esistenza.

L’apertura all’individualismo, e quindi alla centralità del sé, non può trovare un limite nella tendenza (che pure si invoca e anzi si afferma, in altri contesti geo-politici) alla chiusura della società, perché ciò sarebbe avvertito, ormai, come autoritarismo; ma

<sup>9</sup> Richiamo qui la prospettiva messa in chiaro, come sempre in modo fascinoso, nella *lectio magistralis* tenuta dal prof. Natalino Irti il 16 novembre 2022 all’Università Ca’ Foscari di Venezia: IRTI, *Il fatto e il caso*, in *Riv. dir. proc.*, 2/2023, 347 ss. Uno svolgimento più sintetico in N. IRTI, *Riconoscersi nella parola. Saggio giuridico*, il Mulino, 2020, 40-46.

<sup>10</sup> TERRACINI, *Costituzione della Repubblica e libertà democratiche*, in *Atti del Convegno «La Costituzione italiana. Storicità ed attualità»*, in *Ann. dir. comp. e st. legisl.*, 1979 (volume unico), 50 ss., a 53, richiama la «permanente e ripetuta sperimentazione» delle libertà democratiche quale sicuro indice non solo di vitalità democratica, e dunque di effettività democratica (presupposto indefettibile di una efficienza democratica che pure va perseguita), ma di espansione democratica, cioè di conquista o di acquisizione di quei nuovi diritti che a molti spiacciono, forse non comprendendo che la dimensione esistenziale (e la sua espansione) è connaturata all’ordine democratico, e dunque la stessa esistenza individuale è in questo senso un elemento riconducibile alla politicalità democratica.

deve piuttosto far sorgere ed accrescere quel senso di responsabilità individuale, tale da sfociare, poi, nell'esigenza di protezione, da parte di tutti, del bene comune della libertà, così irrobustendo e non già indebolendo la società aperta, in un costante processo di estensione di quella liberal-democrazia che in questa chiave potrebbe anche essere connotata in termini di ordine politico progressivo, appunto per non richiamare la celebre ma ambigua formula della democrazia progressiva – che, come tale, era però soprattutto deprivata della libertà individuale, da cui un intero ordine politico né democratico, né liberale.

Di più. Se pensiamo alla società aperta quale paradigma politico, e dunque quale ordine politico-sociale, oggi disponiamo di una teoria filosofico-politica che si è di molto rafforzata grazie a quella ibridazione a cui facevo prima riferimento: penso, in particolare, e limitandomi a un cenno, a quell'idea alla base della fisica quantistica (o meglio, di una certa concezione della fisica quantistica), e sulla quale insiste molto Carlo Rovelli<sup>11</sup>, che il mondo, e dunque, potremmo dire, la realtà, la fenomenologia, la stessa ontologia sociale, sulle quali il diritto si esercita, primariamente in chiave qualificatoria, non sono fatte di sostanze con qualità, ma di una rete di influenze reciproche – e noi giuristi ben potremmo dire di relazioni e di rapporti<sup>12</sup>, così rinnovando una classica categoria dogmatica, oggi, se non da riscoprire, certo da meglio utilizzare e da rivitalizzare<sup>13</sup>, appunto in chiave trasformativa –, la cui forza qualificatoria in questo senso è necessariamente instabile e adattativa, così dovendosi necessariamente ribaltare l'idea di fattispecie come strumento di qualificazione di un fatto che logicamente lo precede: la stessa fattispecie va immaginata nella prospettiva della relazione reciproca, e dunque il fatto è parte di questa relazione (rievocando la nota formula, potremmo dire: non ci sono fatti, ma solo relazioni).

Poi c'è, però, una seconda tendenza, che è forse quella più interessante, e anche quella più significativa (pur, in certa misura, problematica).

Anche in questo caso, certamente, abbiamo una giurisprudenza che opera in chiave trasformativa, ma non lo fa come fonte del diritto primaria, quanto, piuttosto, nella prospettiva di un impiego di tecniche interpretative che, affinandosi ed espandendosi, e attingendo, appunto, alle potenzialità della comparazione, utilizzano il diritto straniero, il diritto comparato, nonché l'approccio metodologico in chiave comparatistica per arricchire, senza dubbio, in prima battuta, l'ordinamento, ma nell'idea che l'ordinamento giuridico è, e deve rimanere, un ordine; e dunque il ricorso alla comparazione si gioca tutto sul versante dell'interpretazione del diritto e non della creazione di nuovo diritto, cioè sul versante della stabilità nella trasformazione e non già su quello dell'instabilità trasformativa, in cui la stessa possibilità dell'ordine è messa in discussione, anzi è respinta.

Si potrebbe forse dire: se la tendenza ermeneutica privilegia la discontinuità sulla continuità, l'opposto accade con la tendenza comparatistica.

Questa sensibilità (che al limite è anche uno scrupolo) a cavallo tra il politico e il metodologico è assai presente nella ormai notissima sentenza sui cosiddetti risarcimenti

<sup>11</sup> Il riferimento, ovviamente, al notissimo ROVELLI, *Helgoland*, Adelphi, 2020.

<sup>12</sup> In questo senso v. ZATTI, *Maschere del diritto volti della vita*, Giuffrè, 2009, 'Premessa', XXI: «Purtroppo siamo ancora lontani da una agilità delle figure della soggettività, che non sia indifferenza e precarietà, ma che conosca e "onori" le grandi differenze entro una comune radice dell'essere-in-relazione».

<sup>13</sup> In questa prospettiva è tuttora assai utile NICOLÒ, *Istituzioni di diritto privato*, I. *Dispense integrative ad uso degli studenti*, Giuffrè, 1962, tutto incentrato intorno alle situazioni giuridiche soggettive e alla loro realizzazione.

punitivi, su cui più avanti verrò e che anzi si presenta per noi quale interessante ‘case study’.

Se allora, osservando criticamente o comunque problematicamente le due tendenze giurisprudenziali qui sopra velocemente tratteggiate, è immaginabile che questo duplice flusso giurisprudenziale, a cavallo della continuità e della discontinuità, sia destinato, appunto in un futuro non immediato ma prossimo, a collidere con la crescente esigenza del legislatore – quantomeno di quello italiano –, di fissare una linea di politica del diritto con maggiore consapevolezza, rispetto agli scopi dello stesso intervento legislativo, e quindi rispetto al controllo e ai limiti dell’interpretazione: una maggiore consapevolezza destinata, poi, a corrispondere a una maggiore capacità di incidere sugli orientamenti giurisprudenziali.

Da questo punto di vista, proprio la sentenza sui *punitive damages*, ovvero, e meglio, sui risarcimenti punitivi, è significativa sul versante del *self restraint* giudiziale e della fiducia riposta in un ordine giuridico a fondamento legislativo, più che giurisprudenziale.

### 3. *Il potenziale ruolo conciliativo e stabilizzatore di una comparazione giuridica in funzione ermeneutica*

Anche su questi aspetti, qualche osservazione di carattere generale può essere utile.

Se consideriamo il ruolo trasformativo svolto dalla giurisprudenza all’interno di ordinamenti giuridici che, per richiamare una distinzione assai valorizzata da Gino Gorla, sono ordinamenti giuridici aperti, non c’è dubbio che la traiettoria legislativa può entrare in tensione (se non in collisione) con la traiettoria giurisprudenziale, proprio in riferimento ai sistemi liberal-democratici, che sono sistemi non solo strutturalmente aperti ma funzionalmente orientati a recepire quelle aspettative che il pluralismo sociale esprime, come si è già osservato più sopra.

Da questo punto di vista, una riflessione critica ha oggi il compito di soffermarsi su quanto sia opportuno che gli ordinamenti siano tendenzialmente aperti (nonché su che cosa debba oggi intendersi per ordinamento aperto), perché, ovviamente, il principale problema è quello della intensità, della qualità e della velocità del cambiamento.

Ciò, appunto perché un ordinamento aperto (aperto non solo dal punto di vista politico, e quindi assiologico, ma dal punto di vista delle tecniche argomentative impiegate, perché è ovvio che lo stesso impiego in funzione ermeneutica della comparazione<sup>14</sup> da parte della giurisprudenza – così unendosi le due tendenze sopra richiamate – è un fattore direttamente incidente sul grado di apertura e sul tasso di mobilità dell’ordinamento) può risultare financo troppo... aperto: può cioè essere un ordinamento caratterizzato da un cambiamento troppo veloce, non solo rispetto alla struttura istituzionale, ma anche rispetto alla stessa cultura giuridica presente al suo interno, nonché rispetto a quella frazione della società che non condivide quei cambiamenti attuati per via giurisdizionale, e dunque avvertiti come non legittimati democraticamente.

Qui, evidentemente, l’aspetto politico e quello tecnico sono fortemente intrecciati.

Del resto, quando emerge questa difficoltà, e cioè la velocità del cambiamento ordinamentale, e in certa misura istituzionale, vengono subito alla mente due affermazioni,

<sup>14</sup> CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Giappichelli, 2020, spec. 78 ss., con ampia e acuta attenzione prestata all’elaborazione sviluppata da Tullio Ascarelli.

una adesiva e una critica, o comunque maggiormente prudente, rispetto al ruolo trasformativo della giurisprudenza.

L'affermazione adesiva, di Paolo Grossi, suona così: la legittimazione democratica dei giudici (appunto rispetto al ruolo costruttivo e trasformativo) sta tutta nella loro preparazione tecnica<sup>15</sup>.

Qui, la legittimazione tecnica si fa legittimazione politica.

L'affermazione critica, o comunque cauta, è di Guido Calabresi: se, come studioso, egli è al limite portato a estremizzare una tesi (anche per quel senso di ebrezza intellettuale connessa all'atto creativo del pensare), come giudice segue invece la linea di quella prudenza che ha appunto lo scopo di evitare cambiamenti troppo repentini o troppo radicali<sup>16</sup>.

Qui, c'è una tecnica che frena, una sapienza tecnica che, vedendo benissimo fin dove potrebbe estendersi e quali risultati potrebbe conseguire, si autolimita, pensando agli effetti politici della decisione, e quindi alla duplice prospettiva, istituzionale e sociale.

Ora, se pensiamo a un prudente e cauto, tutto nel segno della continuità, uso ermeneutico del diritto comparato, o comunque del diritto straniero, la memoria va subito a un giurista italiano che al diritto comparato e alla comparazione ha sempre guardato con particolare attenzione, anche per ragioni personali. Alludo ovviamente a Tullio Ascarelli<sup>17</sup>.

In sintesi, la sua posizione potrebbe essere espressa in questi termini: l'ordinamento giuridico è senza dubbio, e necessariamente, in costante movimento; l'interprete, teorico e pratico, ha certamente una incidenza costruttiva nel sistema, ma questa continua ricostruzione della regola applicata deve comunque evitare che il tasso di discontinuità operante nell'ordinamento (e qui penso a una discontinuità che non è solo strettamente normativa, ma che è anche metodologica, e più in generale culturale: del resto, non c'è dubbio che un massiccio impiego della comparazione in senso ermeneutico porti quasi naturalmente a una discontinuità culturale e metodologica ben più significativa, forte e intensa, rispetto a quella discontinuità legislativa conseguente a un *legal transplant*) risulti superiore a ciò che potremmo anche chiamare il tasso di recettività sostenibile, tanto socialmente quanto istituzionalmente.

L'ordinamento non può reggere, oltre un certo limite, questa incessante trasformazione, in qualche misura spontanea, che proviene dal basso, di fonte giurisprudenziale.

Forse, oggi, in un momento in cui, soprattutto negli Stati Uniti, c'è un così forte ritorno all'empirismo, da cui la volontà, prima di valutare e di prescrivere, di descrivere e di misurare, anche rispetto al diritto comparato e all'impiego della metodologia compa-

<sup>15</sup> ALPA (a cura di), *Paolo Grossi*, Laterza, 2011, 262.

<sup>16</sup> CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, il Mulino, 2013.

<sup>17</sup> ASCARELLI, *Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione*, Giuffrè, 1952. Ma v. ora le osservazioni almeno parzialmente critiche di LUPOI, nella sua 'Presentazione' alla ristampa telematica del 'Contratto' di Gino Gorla, RomaTre-Press, 2023, <https://romatrepress.uniroma3.it/libro/il-contratto-corso-di-diritto-privato-svolto-secondo-il-metodo-comparativo-e-casistico-volume-i/>, spec. XX-XXI: «Ascarelli aveva intitolato la sua monografia del 1952 al "diritto comparato", non al "metodo comparativo", peraltro così rischiando maggiori incomprensioni, le stesse che ancora oggi colpiscono la intitolazione delle materie di insegnamento ("Diritto privato comparato", "Sistemi giuridici comparati"), ma che, riferite al grande commercialista, il quale di per sé aveva sollevato più di una contestazione con la sua produzione ordinaria, rilevavano l'accessorietà dell'attività di comparazione, qualunque cosa essa fosse, rispetto all'attività scientifica da tutti comunemente professata. Essa, infatti, appariva casualmente legata alle vicende personali di Ascarelli, che lo avevano condotto, attraverso Inghilterra, Francia e Brasile, a maturare conoscenze dalle quali il suo vivo ingegno e la sua multiforme cultura, unitamente al suo correre e precorrere (di tutto ciò avremmo una idea appena vaga se non fosse per le appassionate e partecipate narrazioni di Mario Stella Richter) facilmente avevano tratto e traevano spunti che accompagnavano i suoi studi di diritto commerciale e industriale».

ratistica, proprio il ricorso alla metodologia empirica può servire a evitare che la regola nuova, la regola innovativa, non risulti poi eccessivamente nuova e innovativa, fino al punto da confliggere con quella base materiale e sociale che l'approccio empirico è stato in grado di far emergere e che sta alla base dell'ordinamento, e che opera, potremmo dire, come controlimito non formalizzato normativamente, ma interno al sistema.

In questa linea – aggiungerei – il metodo empirico è la reazione contro quell'eccesso di soggettivismo che è alla base dell'intera dimensione umana della contemporaneità, quantomeno rispetto alla società aperta. Un eccesso di soggettivismo che però, proprio per la struttura antropologica della contemporanea società aperta, non può essere eliminato o corretto dall'esterno – ché ciò assumerebbe un carattere di intervento autoritario, nella logica di una oggettivizzazione dei rapporti tendenzialmente incompatibile con la centralità del soggetto e soprattutto della dimensione soggettiva del potere –, ma può essere autocorretto, e in questo senso falsificato, all'interno della stessa società aperta (e dunque della stessa soggettività dei poteri e delle relazioni): una falsificazione spontaneamente indotta dallo stato di salute della libertà individuale, che funziona solo a condizione che il rapporto tra discontinuità e continuità sia in equilibrio (equilibrio spontaneo, ma pur sempre equilibrio): del resto, la società aperta, come molte volte Popper ha ribadito, è una società costitutivamente riformista, non certo rivoluzionaria.

Sempre dal punto di vista teorico, un altro elemento critico, rispetto all'uso massiccio di una comparazione in funzione ermeneutica, è, o può essere, il seguente: il ruolo attivo della giurisdizione, e dunque l'attitudine delle giurisdizioni degli ordinamenti liberal-democratici ad attingere in modo costante alle esperienze giuridiche altrui, oggi deve comunque tener conto di un certo rallentamento di quello che è stato chiamato liberalismo espansionista, o aperturista<sup>18</sup>, e che, nella prospettiva della teoria giuridica, ha messo a frutto e in certa misura anche radicalizzato quella espansione della libertà individuale in gran parte attuata grazie al ruolo trainante svolto dalla giurisprudenza. Sotto questo punto di vista, la giurisprudenza rappresenta il formante del diritto che, in quanto più vicino alle pretese fatte valere in giudizio, è, o può essere, maggiormente sensibile al cambiamento, e anzi primario fattore di cambiamento.

Lungo questa linea di pensiero, anche nella prospettiva della teoria della comparazione, e in riferimento al cosiddetto dialogo tra giurisdizioni, può forse ricordarsi che quel gruppo di sentenze del 2008 (le c.d. 'sentenze di San Martino'), così importanti per il civilista italiano per la vicenda del danno non patrimoniale, hanno espressamente affermato che spetta al giudice, e in particolare al giudice di merito, accertare se un nuovo interesse di carattere non patrimoniale non solo abbia acquisito una rilevanza giuridica, ma abbia assunto una rilevanza costituzionale.

Se ragioniamo pensando unitariamente alla comparazione e all'approccio empirico qui sopra appena richiamato, non solo assume rilevanza il contesto ordinamentale all'interno del quale si è pervenuti a una certa soluzione, ma soprattutto è decisiva l'omogeneità di quel contesto, con la conseguenza che, all'interno di uno spazio giuridico comune come quello dell'Unione Europea, il ruolo costruttivo ma al tempo stesso stabilizzatore e armonizzatore delle trasformazioni operate dalla giurisprudenza risulta fondamentale affinché possano circolare quelle soluzioni che, da un lato, si sono affermate perché socialmente soddisfacenti (valutazione in chiave empirica), e che, dall'altro lato, funzionano quale *tertium comparationis* all'interno di questo spazio giuridico comune

<sup>18</sup> RECKWITZ, *The End of Illusions*, cit., 131 ss.

(valutazione in chiave comparatistica), e dunque quali sostegni argomentativi di una traiettoria giurisprudenziale resa appunto possibile grazie alla comparazione.

Evocavo prima il tema dell'attuale fase recessiva del liberalismo aperturista e della parallela affermazione di un liberalismo regolatorio<sup>19</sup>, che a noi giuristi ricorda non poco quel fenomeno del diritto privato regolatorio<sup>20</sup> e che qui richiamo ancora nella prospettiva di una giurisprudenza trasformativa, e dunque di una giurisprudenza che, proprio nella prospettiva del diritto comparato, può svolgere fino in fondo il ruolo di fonte del diritto, se sia però sostenuta da una teoria della comparazione adeguata. In altri termini, occorre una teoria della comparazione che, nella chiave della politica del diritto, orienti la giurisprudenza che procede al ritmo del cambiamento sociale: è quindi necessaria una giurisprudenza regolatoria che assicuri, in primo luogo, la costante sopravvivenza di un ordine entro il quale la libertà individuale possa compiutamente svolgersi, ma sempre operando dall'interno di quell'ordine, e cioè assicurando quell'indispensabile misura di continuità, e dunque di stabilità del sistema, a garanzia della stessa libertà individuale.

Da qui nasce, infatti, il problema teorico, anche nella prospettiva della teoria della comparazione.

In questo senso: se l'attivismo giurisprudenziale accompagna le esigenze di cambiamento che progressivamente emergono, e se questo attivismo giurisprudenziale è supportato in chiave teorica dal dialogo fra le corti, si può immaginare che, a un certo punto, l'avanzamento tanto sociale quanto giurisprudenziale (ovvero l'avanzamento sociale attuato attraverso la giurisprudenza) subisca un arresto o comunque un indebolimento per ragioni connesse allo stesso sviluppo giurisprudenziale.

Siamo cioè di fronte a una giurisprudenza che ha portato molto avanti l'accogliimento di pretese individuali – ma, come ho precisato sopra, nella prospettiva di uno spazio giuridico, e anche sociale, omogeneo (ed è proprio questa omogeneità che ha consentito quella trazione giurisprudenziale a fondamento comparatistico) –, e siamo così giunti a un punto in cui l'avanzamento sociale, o comunque la trasformazione sociale, suscita una reazione contraria che guarda al diritto nazionale quale principale criterio di qualificazione e di giudizio.

Direi allora che, se non tutti, molti di questi aspetti emergono dalla pronuncia, già richiamata sopra, resa a sezioni unite, nel 2017, in cui la Corte di cassazione italiana è tornata sul tema dei *punitive damages*, ma in particolare sul tema dei risarcimenti punitivi, nonché su quello delle funzioni della responsabilità civile<sup>21</sup>.

Ora, nella prospettiva strettamente comparatistica, non si può dire che la sentenza abbia effettivamente avuto a che fare con i *punitive damages*.

Come tutti ricordiamo, il caso era in sostanza questo: un motociclista indossante un casco prodotto in Italia e commercializzato negli USA cade e subisce un grave danno biologico. Si arriva a un accordo tra il motociclista e la società statunitense, nel senso che la somma ottenuta dal motociclista come risarcimento soddisfa la pretesa risarcitoria del danneggiato, il quale si impegna a non avanzare alcuna ulteriore richiesta, nemmeno a titolo di danni punitivi.

<sup>19</sup> *Ibidem*, spec. 158 ss.

<sup>20</sup> ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, il Mulino, 2020.

<sup>21</sup> Cass., sez. un., 5 luglio 2017, n. 16601: v. i commenti di GAMBARO, *Le funzioni della responsabilità civile tra diritto giurisprudenziale e dialoghi transnazionali*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2017, II, 1405 ss.; MONATERI, *Le Sezioni Unite e le molteplici funzioni della responsabilità civile*, *ivi*, 1410 ss.; PONZANELLI, *Le Sezioni Unite sui danni punitivi tra diritto internazionale privato e diritto interno*, *ivi*, 1413 ss.

La società statunitense agisce in via di manleva nei confronti della società italiana.

Il giudice statunitense accoglie la domanda della società statunitense contro la società italiana, e dunque si pone la questione della delibazione e della delibabilità della sentenza statunitense.

Ora, se la Cassazione rileva come, a ben vedere, non fossimo di fronte a una sentenza di condanna ai danni punitivi, è anche vero che la controversia ha offerto alla Cassazione il destro per riflettere in termini rinnovati sulle funzioni della responsabilità civile.

Nella prospettiva della comparazione e dell'incidenza della comparazione, uno degli aspetti più interessanti della sentenza attiene all'impiego dell'ordine pubblico in funzione non restrittiva, e cioè non difensiva di determinati valori nazionali, ma in funzione espansiva dell'ordinamento: un'espansione in chiave rimediale, in chiave protettiva.

Va anche detto che, sotto questo aspetto, la pronuncia a sezioni unite si è mostrata assai più prudente di quanto non fosse accaduto con l'ordinanza di rimessione, perché, in effetti, in questo provvedimento il riferimento a una concezione di ordine pubblico internazionale in funzione promozionale dei diritti individuali e delle posizioni soggettive individuali era molto netto e aveva anzi assunto una portata centralissima, nell'economia della motivazione.

Nella pronuncia a sezioni unite c'è invece una maggiore moderazione, ma c'è anche una linea di continuità con l'ordinanza di rimessione, perché la Corte scrive, nel solco della giurisprudenza più recente, che l'ordine pubblico è diventato il distillato del sistema di tutele approntato a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, e quindi occorre far riferimento alla Costituzione e alle garanzie offerte ai diritti fondamentali della persona dalla Carta di Nizza.

Da questo punto di vista, un'argomentazione fondata su una tale concezione dell'ordine pubblico non solo ha una portata *naturaliter* espansiva, ma universalizzante, nella chiave del rafforzamento, come detto, dei rimedi e delle tutele (rimedi e tutele nei limiti del possibile individualizzati); e l'approccio in chiave universalizzante, proprio nella prospettiva di un diritto transnazionale che ha al suo interno l'esigenza di consolidare una dimensione giuridica comune, è oggi al centro anche della comparazione, oltreché della teoria giuridica come tale<sup>22</sup>.

Da questo punto di vista, se cioè leggiamo in parallelo teoria della comparazione e diritto transnazionale, ordine pubblico internazionale (ma da questo punto di vista si dovrebbe anche dire ordine pubblico transnazionale) e ordine pubblico nazionale, la stessa Corte rileva che si tratta di un rapporto non di sostituzione ma di coesistenza, e quindi di arricchimento reciproco, in vista del rafforzamento della dimensione rimediale.

E questo è un altro aspetto rilevante per una teoria della comparazione e per una metodologia comparatistica che guardino alla giurisprudenza e al diritto vivente quali fondamentali fattori di trasformazione giuridica. L'apertura degli ordinamenti, quantomeno di quegli ordinamenti che si trovano all'interno di uno spazio giuridico comune, non solo consente di elaborare in modo spontaneo (cioè al di là dell'assetto istituzionale dato) un diritto comune, e in particolare una disciplina comune dei diritti fondamentali (qui potremmo dire che quel liberalismo espansionista, aperturista, di cui parlavo prima, trova un punto di conciliazione con quel liberalismo regolatorio, che ha bensì bisogno di un contesto normativo, ma si tratta di un contesto normativo connotato a partire dai diritti fondamentali della persona, dunque rimesso alla giurisdizione, per quanto

<sup>22</sup> ZUMBANSEN (ed. by), *The Oxford Handbook of Transnational Law*, Oxford Univ. Press, 2021.

riguarda l'effettività della tutela, e tuttavia disciplinato dal legislatore, pensandosi al generale assetto ordinamentale), ma è prodromica a realizzare una costante espansione ordinamentale nel duplice segno del rafforzamento di una tutela effettiva e della continuità ordinamentale.

Ci sono due ulteriori aspetti connessi alla rilevanza comparatistica della sentenza in parola.

Un primo aspetto riguarda il riferimento espresso ai danni punitivi nel senso di *punitive damages*, quindi nel senso di un istituto di diritto straniero, che è bensì destinato a rimanere diritto straniero, ma che può appunto trovare rilevanza nell'ordinamento italiano.

Ora, da quanto detto fin qui, è chiaro che la forza della comparazione non sta necessariamente nel trapianto giuridico (soprattutto oggi); sta, in particolare, nel rafforzamento della tutela in chiave universalizzante, e dunque nell'attribuzione di rilevanza giuridica a interessi che altrove hanno già trovato tutela.

Ecco che da, questo punto di vista, con riferimento ai *punitive damages* intesi in senso proprio, la Corte afferma che, a certe condizioni (che poi sono quelle del controllo della motivazione della sentenza straniera), l'istituto di diritto straniero entra in Italia, ma l'entrata dell'istituto straniero per via di delibazione si appoggia nuovamente su quella idea di ordine pubblico internazionale non solo fattore di espansione, ma modellatore delle risposte dei vari ordinamenti giuridici.

E qui emerge un secondo aspetto, che si collega alle funzioni della responsabilità civile, che in sostanza vengono ripensate, o meglio chiarite, in questo senso: se l'interpretazione dell'ordine pubblico è tale da estendere in chiave transnazionale le tutele, è evidente che l'argomento comparatistico, o ancor meglio lo sguardo comparatistico, sfocia nell'utilizzo del diritto straniero per irrobustire il diritto italiano. Nella materia della responsabilità civile questo irrobustimento passa per il recupero della funzione sanzionatoria: recupero perché la funzione sanzionatoria, se non altro con riferimento al danno non patrimoniale, non è mai venuta meno.

La funzione sanzionatoria svolgerebbe quindi due compiti: da un lato, allargare la dimensione rimediale collegata alla responsabilità civile; dall'altro, attingere, anche se indirettamente, a esperienze straniere al fine della individuazione di quei presupposti ordinamentali (come appunto la tutela di diritti fondamentali della persona; il caso di specie riguardava infatti il diritto alla salute) che possano essere letti in chiave transnazionale e che, anzi, proprio come tali svolgono una funzione promozionale: della soggettività dell'interesse da proteggere e della oggettività del rimedio.

In conclusione, una giurisprudenza che, passando per la comparazione, sia attenta al diritto transnazionale e anzi lavori nella prospettiva di una giuridicità transnazionale è una giurisprudenza che non adotta un atteggiamento radicale e conflittuale, da cui controreazioni legislative (e più in generale politico-culturali), ma accompagna l'evoluzione di un sistema giuridico, non entrando in conflitto frontale con gli altri formanti del diritto.

Da questo punto di vista, si potrebbe forse anche dire che una giurisprudenza sensibile alla comparazione, all'internazionalizzazione del diritto, e quindi alla dimensione transnazionale del diritto, è una giurisprudenza capace di incidere sulla stessa funzione promozionale degli ordinamenti: una funzione promozionale rispetto ai diritti e ai rimedi, quindi rispetto al consolidamento della stessa liberaldemocrazia, nel segno della necessaria e costante convergenza (mai neutra o neutrale) di tecnica giuridica e politica del diritto.