

# LIBER AMICORUM PER GIUSEPPE VETTORI

a cura di

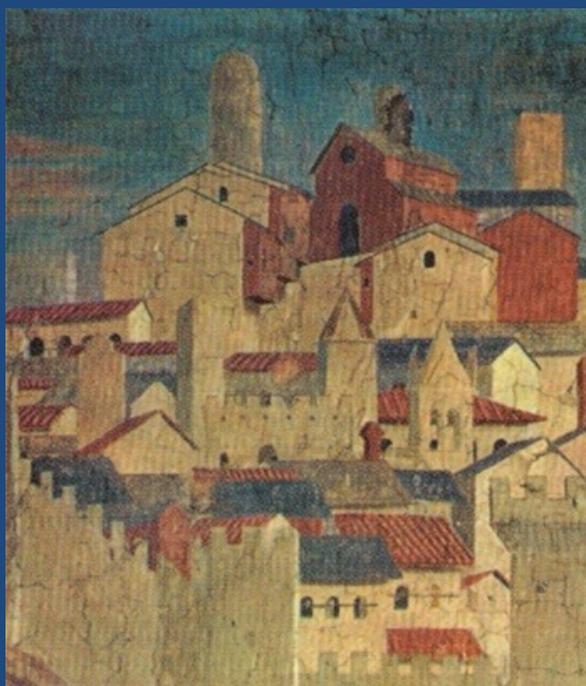
GIOVANNI PASSAGNOLI

FABIO ADDIS

GIUSEPPINA CAPALDO

ANTONIO RIZZI

SALVATORE ORLANDO



ESTRATTO PER L'AUTORE

[www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)

ISBN 979-12-210-1540-9

Publicato a Firenze nel settembre 2022 da Giovanni Passagnoli, Fabio Addis, Giuseppina Capaldo, Antonio Rizzi e Salvatore Orlando

Comitato editoriale: Francesco Fantechi, Daniele Imbruglia, Mario Mauro, Edoardo Messineo, Federico Pistelli, Tommaso Polvani, Martina Rodovero.

© Author(s)

Tutti i diritti di riproduzione sono riservati, comprese le rappresentazioni grafiche ed iconografiche. Ogni riproduzione, anche parziale e qualunque sia il formato e il supporto, è vietata, tranne per uso privato senza alcuno scopo commerciale. Sono consentite, inoltre, le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione. In ogni caso, l'integrità dei documenti riprodotti dovrà essere rispettata e la riproduzione, anche parziale, dovrà essere accompagnata dall'indicazione della fonte.

## INDICE

<i>Presentazione</i> .....	p. IX
1. ADDIS F., <i>Autotutela contrattuale</i> .....	p. 3
2. ALESSI R., <i>Il controllo di vessatorietà come banco di prova del rapporto autonomia privata/legge: il percorso accidentato della Corte di Giustizia</i> .....	p. 49
3. ANGELONE M., <i>Giudici e Autorità indipendenti: concorrenza e sinergia tra rimedi</i> .....	p. 91
4. ASTONE M., <i>Right to be forgotten online e il discutibile ruolo dei gestori dei motori di ricerca</i> .....	p. 119
5. AZZARRI F., <i>I diritti dei nati da gestazione per altri e i limiti costituzionali dell'ordine pubblico</i> .....	p. 133
6. BARBA A., <i>Capacità del consumatore e regolazione conflittuale del mercato</i> .....	p. 179
7. BARBA V., <i>Divieto di patti successori e contratto post mortem</i> .....	p. 219
8. BARENGHI A., <i>Precisazioni sull'attribuzione di opere d'arte</i> .....	p. 269
9. BARGELLI E., <i>Locazione abitativa e sostenibilità del canone oltre l'emergenza</i> ..	p. 287
10. BATTELLI E., <i>Il contratto di "pacchetto turistico" nei rapporti tra codice civile, codice del turismo e codice del consumo</i> .....	p. 313
11. BERTELLI F., <i>I green claims tra diritti del consumatore e tutela della concorrenza</i> .....	p. 349
12. BILOTTI E., <i>Dignità della persona e interesse del minore nel dibattito sul riconoscimento della cd. genitorialità d'intenzione in caso di nascita da madre surrogata</i> .....	p. 391
13. BONILINI G., <i>Prelazione, e «alienazione» di un diritto</i> .....	p. 449
14. BUCELLI A., <i>L'«algebra del diritto» (appunti per una ricerca)</i> .....	p. 461
15. BUSNELLI F.D., <i>Immagini vecchie e nuove nella tutela della salute del minore</i> ...	p. 495

16. CAMARDI C., <i>Mancata cooperazione all'adempimento e risoluzione del contratto</i> .....	p. 521
17. CAPALDO G., <i>Dalla governance degli enti privati alla regolazione del mercato unico sostenibile</i> .....	p. 551
18. CARAPEZZA FIGLIA G., <i>Locazioni commerciali e sopravvenienze da Covid-19. Riflessioni a margine delle prime decisioni giurisprudenziali</i> .....	p. 589
19. CARLEO R., <i>Responsabilità sanitaria e onere della prova: il ruolo della cartella clinica elettronica</i> .....	p. 611
20. CATERINI E., <i>Uso esclusivo, tipicità dei diritti reali e autonomia negoziale</i> .....	p. 631
21. CAVALLARO M., <i>Tutela dei risparmiatori e salvaguardia dell'interesse pubblico nella vicenda dei buoni postali trentennali</i> .....	p. 655
22. CENINI M., <i>Pandemia, sopravvenienze e globalizzazione</i> .....	p. 677
23. CIOFFI C.B.N., <i>La trasparenza della causa dei contratti derivati</i> .....	p. 695
24. CIPRIANI N., <i>Appunti sul giudizio di meritevolezza del contratto</i> .....	p. 741
25. CORDIANO A., <i>Cessazione, riduzione e aumento della prestazione alimentare tra funzioni solidaristiche e istanze di autoresponsabilità</i> .....	p. 767
26. CREA C., <i>Argomento morale, pluralismo 'culturale' e semantica dei marchi</i> .....	p. 803
27. D'AMICO G., <i>L'insostituibile leggerezza della fattispecie</i> .....	p. 837
28. DELFINI F., <i>Norme dispositive e determinazione del contenuto del contratto</i> .....	p. 865
29. DEPLANO S., <i>Dignità della persona e stati intersessuali</i> .....	p. 895
30. DI NELLA, <i>Smart Contract, Blockchain e interpretazione dei contratti</i> .....	p. 933
31. DI ROSA G., <i>La persona oltre il mercato. La destinazione del corpo post mortem</i> .....	p. 995
32. EMILIOZZI E.A., <i>Le firme elettroniche</i> .....	p. 1029
33. FACCIOLO M., <i>La natura della responsabilità del medico dipendente nel dialogo fra legge, dottrina e giurisprudenza</i> .....	p. 1043
34. FARINA V., <i>Problemi vecchi e nuovi in tema di data certa e fallimento</i> .....	p. 1059
35. FEMIA P., <i>Opposizione ermeneutica ed effettività</i> .....	p. 1107

36. FICI A., <i>I “presupposti negoziali” dell’“amministrazione condivisa”: profili di diritto privato</i> .....	p. 1151
37. FOGLIA M., <i>Divagazioni sul diritto alla felicità (fra legge e giudice)</i> .....	p. 1185
38. FOLLIERI L., <i>Disposizione di un bene del fondo patrimoniale: appunti sul rapporto fra principio consensualistico e trascrizione</i> .....	p. 1203
39. FRANZONI M., <i>Il contratto d’accertamento: un paradosso</i> .....	p. 1235
40. FREZZA G., <i>Usucapione decennale e i rapporti fra trascrizione e buona fede</i> .....	p. 1259
41. GABRIELLI E., <i>Autonomia privata, collegamento negoziale e struttura formale dell’operazione economica</i> .....	p. 1279
42. GALLARATI A., <i>Il «contratto» figurato ex articolo 23 tuf</i> .....	p. 1313
43. GALLO P., <i>Le restituzioni contrattuali tra retroattività ed irretroattività</i> .....	p. 1353
44. GAMBINO F., <i>Il problema della «certezza» nell’impiego della buona fede contrattuale</i> .....	p. 1395
45. GARACI I., <i>Il «superiore interesse del minore» nel quadro di uno sviluppo sostenibile dell’ambiente digitale</i> .....	p. 1405
46. GENOVESE A., <i>La clausola di recesso</i> .....	p. 1439
47. GIANNINI M., <i>Prodotti di finanza sociale ed effettività delle tutele</i> .....	p. 1465
48. GORASSINI A., <i>Relazioni affettive a struttura variabile non frattale: qual è il confine ultimo del concetto giuridico di famiglia?</i> .....	p. 1495
49. GORGONI A., <i>Diritti e principi a proposito dello stato di figlio da procreazione medicalmente assistita</i> .....	p. 1505
50. GRANELLI C., <i>Pratiche commerciali scorrette: alla vigilia del recepimento della direttiva 2019/2161/UE</i> .....	p. 1569
51. GRISI G., <i>La quarantena dei contratti di durata</i> .....	p. 1593
52. GRONDONA M., <i>L’ermeneutica giuridica fra politica e diritto, ovvero: alla ricerca dell’ordine (premesse per una discussione)</i> .....	p. 1633
53. GROSSI P., <i>La storia del diritto in una facoltà giuridica, oggi</i> .....	p. 1665
54. IAMICELI P., <i>Nullità parziale e integrazione del contratto: riflessioni sul diritto del consumatore a un rimedio effettivo, proporzionato e dissuasivo</i> .....	p. 1687

55. IMBRENDA M., *Persona e scelte di consumo fra conoscenze neuroscientifiche e nuove frontiere tecnologiche* .....p. 1753
56. IMBRUGLIA D., *Restituzioni ed effettività della tutela* .....p. 1783
57. LANDINI S., *Risarcimento mediante rendita. La funzione previdenziale della responsabilità civile* ..... p. 1803
58. LASSO A., *Riflessioni su autonomia privata e persona umana* .....p. 1815
59. LECCESE E., *L'ambiente: dal codice ambientale alla costituzione, un percorso al contrario? (riflessioni intorno ai progetti di legge per l'inserimento dello sviluppo sostenibile e della tutela ambientale tra i principi fondamentali della costituzione)* .....p. 1843
60. LENZI R., *L'affidamento fiduciario tra tipo e categoria* .....p. 1891
61. LISELLA G., *Circonvenzione d'incapace: annullamento del testamento e inimpugnabilità post mortem del matrimonio? analisi di una significativa vicenda giudiziaria* ..... p. 1921
62. LOBUONO M., *Garanzie fideiussorie dell'appaltatore e raggruppamenti di imprese* .....p. 1935
63. LONGOBUCCO F., *Interpretazione filoconcorrenziale ed efficienza regolativa degli istituti civilistici* .....p. 1967
64. LUCCHINI GUASTALLA E., *Emergenza Covid-19 e diritto privato: quali rimedi?..*p. 1985
65. LUCIFERO N., *Il contratto di cessione dei prodotti agricoli e alimentari nel contesto normativo riformato dal d. Lgs. 198/2021* .....p. 2005
66. MACARIO F., *Rinegoziazione del contratto e obbligo di rinegoziare: dai problemi dell'emergenza covid-19 alla 'modernizzazione' del diritto contrattuale ...*p. 2037
67. MAUGERI M., *Il contratto con il consumatore nell'UE fra ordoliberalismo e altri neoliberalismi* ..... p. 2071
68. MAURO M., *La vendita online di prodotti alimentari: procedimento di conclusione del contratto e rimedi* .....p. 2093
69. MAZZAMUTO S., *Una lunga storia: i progetti di codificazione europea sul contratto* .....p. 2143
70. MELI M., *Persona, mercato e cambiamenti climatici* .....p. 2191
71. MESSINEO E., *Fenomenologia della gestazione per altri. Appunti per un approccio rimediabile* .....p. 2221

72. MESSINETTI R., <i>Salute, cura, libertà. Attualità della costituzione in tempo di pandemia</i> .....	p. 2261
73. MEZZANOTTE F., <i>Effettività delle tutele e funzioni della responsabilità civile (dalla prospettiva del 'danno antitrust')</i> .....	p. 2305
74. MICKLITZ H.W., <i>Diritto regolamentare e privato europeo – tra eleganza neo-classica e pasticche postmoderno</i> .....	p. 2347
75. MINERVINI E., <i>La prescrizione dell'azione di ripetizione dell'indebito ed i versamenti in conto corrente: l'onere dell'allegazione e l'onere della prova</i> .....	p. 2385
76. MONTECCHIARI T., <i>Diritti della persona e responsabilità civile nell'era digitale</i> .....	p. 2415
77. MONTINARO R., <i>Responsabilità da prodotto difettoso e tecnologie digitali tra soft law e hard law</i> .....	p. 2443
78. MORACE PINELLI A., <i>È tempo di abrogare la separazione giudiziale</i> .....	p. 2495
79. MOSCATI E., <i>Rent to buy: un nuovo contratto tipico. luci e ombre della legislazione novellistica</i> .....	p. 2523
80. NAPPI F., <i>Enti no profit e regole di mercato: il progetto di un caso "in uso accademico"</i> .....	p. 2573
81. NERVI A., <i>Dalla disciplina delle emissioni inquinanti al ruolo del diritto privato nella tutela ambientale. appunti per una ricerca</i> .....	p. 2583
82. NICOLUSSI A., <i>Autonomia delle parti e degiurisdizionalizzazione in separazione e divorzio</i> .....	p. 2605
83. NIVARRA L., <i>Sovraindebitamento e responsabilità patrimoniale</i> .....	p. 2729
84. NONNE L., <i>"Le parole tra noi leggere": la topica dei rimedi e il problema della forma nel pactum fiduciae immobiliare</i> .....	p. 2757
85. ONORATO M., <i>Accordi a sfavore di terzo?</i> .....	p. 2795
86. ORLANDI M., <i>Silentium legis</i> .....	p. 2823
87. ORLANDO S., <i>Le figure sintomatiche nel diritto privato</i> .....	p. 2857
88. PAGLIANTINI S., <i>In memoriam del consumatore medio</i> .....	p. 2879
89. PALADINI M., <i>I contratti infettati dal Covid: ruolo e implicazioni della "buona fede"</i> .....	p. 2909

90. PARENTE F., <i>Ricerca scientifica, sperimentazione e brevetto biotecnologico: le ragioni di una tutela</i> .....	p. 2935
91. PASQUINO T., <i>I ritardi nei pagamenti della Pubblica Amministrazione al vaglio della Corte di giustizia dell'Unione Europea</i> .....	p. 2965
92. PASSAGNOLI G., <i>Liberalità indirette e patto di famiglia</i> .....	p. 3001
93. PATTI F.P., <i>Concorrenza tra ordinamenti e ricodificazione nel contesto europeo</i> .....	p. 3015
94. PATTI S., <i>Note in tema di presunzioni semplici</i> .....	p. 3041
95. PENNASILICO M., <i>Dal "controllo" alla "conformazione" dei contratti: itinerari della meritevolezza</i> .....	p. 3075
96. PERLINGIERI G., <i>Rilevabilità d'ufficio e sanabilità dell'atto nullo, dieci anni dopo</i> .....	p. 3125
97. PESCATORE V., <i>Diritto all'identità personale e divieto dei 'trattamenti di conversione'</i> .....	p. 3187
98. PILIA C., <i>La responsabilità sociale nella crisi pandemica Covid-19</i> .....	p. 3221
99. PIRAINO F., <i>Garanzia per i vizi nella vendita e tempo: il nodo della durata e della prescrizione</i> .....	p. 3291
100. PIRILLI D., <i>Tra prassi, legislazione e ruolo degli interpreti: l'esempio di alcune clausole del contratto di assicurazione</i> .....	p. 3369
101. PISTELLI F., <i>Il controllo del rischio finanziario nel contratto</i> .....	p. 3389
102. PLAIA A., <i>Per una responsabilità medica "razionalmente credibile"</i> .....	p. 3419
103. PROCIDA MIRABELLI DI LAURO A., <i>Il danno "da reato". Verso una nuova sistematica del danno risarcibile</i> .....	p. 3435
104. PROTO PISANI A., <i>Brevi note sull'art. 844 cc. e sul rilievo dei valori nell'interpretazione della legge</i> .....	p. 3475
105. PROTO M., <i>Garanzia per vizi della cosa venduta: onere probatorio e diritto a un rimedio effettivo</i> .....	p. 3485
106. PUTORTI V., <i>Patrimonio digitale e successione mortis causa</i> .....	p. 3507
107. RENDA A., <i>Il donation-based crowdfunding</i> .....	p. 3543
108. RENDE F., <i>Abus de dépendance e controllo del regolamento contrattuale</i> .....	p. 3599

109. RICCI F., <i>Le nuove scritture nell'era del documento informatico</i> .....	p. 3639
110. RIZZI A., <i>L'autonomia privata nelle crisi di sistema</i> .....	p. 3677
111. RIZZO N., <i>Il problema delle concause dell'evento dannoso nella costruzione del modello civile di causalità giuridica: introduzione a una teoria</i> .....	p. 3729
112. ROBLES M., <i>Per una "grammatica" (negoziale) dei conflitti ambientali</i> .....	p. 3799
113. ROSSI CARLEO L., <i>La violazione del dovere di fedeltà fra «prisma della violazione del rapporto e dell'interesse leso» e prisma della violazione dei diritti fondamentali</i> .....	p. 3839
114. ROSSI F., <i>Contratti del minore e responsabilità per i danni prodotti alla parte capace</i> .....	p. 3853
115. RUSSO T.V., <i>L'arma letale della buona fede. Riflessioni a margine della 'manutenzione' dei contratti in seguito alla sopravvenienza pandemica</i> .....	p. 3877
116. SALANITRO U., <i>A Strange Loop. La procreazione assistita nel canone della Corte costituzionale</i> .....	p. 3909
117. SARDINI A., <i>Se conoscere le proprie origini non è (sempre) possibile</i> .....	p. 3927
118. SARTORIS C., <i>Antitrust e rimedi contrattuali effettivi. Il banco di prova delle fideiussioni omnibus</i> .....	p. 3955
119. SCAFFIDI D., <i>Profili critici del sindacato di liceità e meritevolezza del patto parasociale con opzione put a prezzo predeterminato</i> .....	p. 3987
120. SCAGLIONE F., <i>Interessi della persona e tutela del credito</i> .....	p. 4027
121. SCOGNAMIGLIO C., <i>Per una lettura in chiave funzionale del 'sistema' delle invalidità</i> .....	p. 4051
122. SCOTTI A., <i>La disciplina della cartolarizzazione dei crediti tra esigenze di tutela dei debitori ceduti ed esigenze di tutela degli investitori</i> .....	p. 4081
123. SINISCALCHI A.M., <i>La responsabilità medica tra novità legislative e recenti indirizzi giurisprudenziali</i> .....	p. 4105
124. SIRENA P.– BRIZZOLARI V., <i>Surrogazione reale a seguito dell'impossibilità sopravvenuta della restituzione dell'indebitato</i> .....	p. 4151
125. SIRGIOVANNI B., <i>Revisione del contratto al tempo del Covid-19</i> .....	p. 4168
126. TAMPONI M., <i>L'educazione religiosa del minore nella società multiculturale</i> .....	p. 4197

127. TESCARO M., <i>La responsabilità civile dell'hosting provider e il dialogo fra le Corti</i> .....	p. 4217
128. TROIANO O., <i>Rinnovamento giuridico e riforma dei codici civili</i> .....	p. 4231
129. UDA G.M., <i>La buona fede nell'esecuzione del contratto tra clausole e principi generali</i> .....	p. 4251
130. VALONGO A., <i>Nuovi diritti per i minori stranieri non accompagnati alla luce della legge 7 aprile 2017, n. 47</i> .....	p. 4301
131. VENOSTA F., <i>Divisione ereditaria e nullità "urbanistiche"</i> .....	p. 4337
132. VENTURELLI A., <i>Violazione del principio di buona fede e rimedi in un recente progetto di codificazione latinoamericana</i> .....	p. 4365
133. VENUTI M.C., <i>Solidarietà post-coniugale, assegno di divorzio e autonomia privata</i> .....	p. 4405
134. VERDICCHIO V., <i>La permuta internazionale e il diritto uniforme della vendita</i> ....	p. 4451
135. VILLANACCI G., <i>La variegata disciplina rimediale nel riequilibrio contrattuale.</i>	p. 4487
136. VIRGADAMO P., <i>Ripudio subito o divorzio ricercato? La sostanza dei concetti e le insidie dei preconcetti</i> .....	p. 4507
137. ZACCARIA A., <i>L'insostenibile "pesantezza" del canone. Onirismi giuridici da Covid-19</i> .....	p. 4529
138. ZACCHEO M., <i>Il controllo delle sopravvenienze nell'era della crisi</i> .....	p. 4541
139. ZOPPINI A., <i>Diritto privato generale, diritto speciale, diritto regolatorio</i> .....	p. 4569

MAURO GRONDONA  
Professore ordinario di diritto privato  
Università di Genova

**L'ERMENEUTICA GIURIDICA FRA  
POLITICA E DIRITTO, OVVERO:  
ALLA RICERCA DELL'ORDINE (PREMESSE PER  
UNA DISCUSSIONE)**

SOMMARIO: 1. Struttura sociale e sovrastruttura giuridica; contesto sociale e ordine giuridico: per una biunivocità relazionale. – 2. Mutamento giuridico e società aperta. – 3. L'ermeneutica giuridica come problema storico-sociale e filosofico-politico. – 4. Ordinamenti giuridici aperti e ruolo della filosofia politica.

*1. Struttura sociale e sovrastruttura giuridica; contesto sociale e ordine giuridico: per una biunivocità relazionale.*

L'occasione è propizia per soffermarsi, pur brevemente, su di un tema che non solo è intellettualmente e culturalmente assai caro al professor Vettori, ma che egli mette operativamente a frutto nel suo quotidiano lavoro di civilista<sup>1</sup>.

Comincerei allora con il sottolineare (anzi, semplicemente, con il ribadire) come la 'questione giusermeneutica' non rilevi mai di per sé, ma rilevi sempre rispetto a un certo contesto politico-sociale, e nella misura in cui occorra soddisfare a un certo bisogno sociale. Ciò, del resto, sempre accade per ogni problema socialmente rilevante, e in quanto tale oggetto di studio scientifico. Con la precisazione, quindi, che la rilevanza in sé del problema giuridico è il riflesso della rilevanza sociale di esso: non ci possono essere, in altre

---

<sup>1</sup> Si v., da ultimo, VETTORI, *Persona e Mercato al tempo della pandemia*, in *Pers. merc.*, 1, 2020, p. 3 ss., spec. pp. 10-13.

parole, problemi giuridici che non siamo problemi sociali; e il problema interpretativo non fa eccezione: se il problema interpretativo non è effettivamente tale, perché non discende da un problema, cioè da una esigenza, sociale, esso inevitabilmente digrada a pseudo-problema, che potrà forse essere studiato in chiave di storia dei concetti e delle dottrine, ma in questo senso i frutti operativi da esso ricavabili saranno assai scarsi<sup>2</sup>: qui in particolare mi riferisco alle prassi sociali che originano a partire da un determinato problema sociale (se davvero tale), e che allora ben potranno operare, anche spontaneamente, in chiave trasformativa della giuridicità, appunto nella logica di una indispensabile connessione tra esigenza sociale e problema interpretativo.

Ad esempio, il bisogno sociale di certezza nei rapporti e tra i rapporti, prima di tutto interindividuali, ha sviluppato l'esigenza di tecniche ermeneutiche che, in ogni campo del sapere umano, producono un certo tasso di certezza, quale fondamento dell'umana convivenza, e non solo in senso giuridico-materiale, rispetto alla sicurezza delle contrattazioni, ma anche in senso morale, rispetto alle ragioni della vita e della morte (in questo senso la teologia è probabilmente il miglior esempio di fantasiosa creazione dell'essere umano, in chiave di autorassicurazione)<sup>3</sup>.

Va anche aggiunto che le forme e le modalità della risposta, di fronte a una certa esigenza sociale (esigenza che ovviamente si

---

<sup>2</sup> Sul punto mi pare condivisibile quanto ebbe modo di affermare TARELLO, *Recensione a «Azione, diritti soggettivi, persona giuridica», di R. Orestano*, in *Mat. st. cult. giur.*, 1979, p. 281 ss., a p. 281, ove si sottolinea come, spesso, ciò che viene presentato come 'problema' giuridico fondamentale non è affatto tale, perché, in realtà, è solo un «problema relativo alle vicende culturali di un'area culturale circoscritta», e riguarda quindi soprattutto «i fantasmi dei giuristi».

<sup>3</sup> In questa prospettiva mi sembra allora piuttosto debole (e comunque ingiustamente sprezzante verso la teologia) la critica che BARBERIS, *Contro il creazionismo giuridico. Il precedente giudiziale fra storia e teoria*, in *Quad. fior.*, 2015 (44), I, p. 67 ss., rivolge (p. 88), sarcasticamente, alla 'triade' teologia/astrologia/omeopatia, se non altro perché tutte e tre sono oggetti sociali, in quanto, storicamente, hanno risposto e continuano a rispondere a determinate (e ovviamente nient'affatto sovrapponibili) esigenze sociali. Il fatto, poi, che si sottraggono al criterio popperiano di falsificabilità non può certo portarne a escludere la rilevanza sociale, e quindi anche lo studio, in chiave socio-antropologica.

estende su un territorio che potenzialmente attraversa tutte le aree del sapere umano: fortunatamente, le esigenze sociali non conoscono le compartimentazioni del sapere)<sup>4</sup>, cambiano, appunto storicamente, esattamente perché è la stessa esigenza sociale a presentarsi in una determinata forma e con determinate modalità storicamente connotate, che trasformano l'esigenza, rendendola, da mera eventualità, fenomenologia e ontologia storica, cioè accadimento della realtà a partire dal quale si è chiamati a intervenire e a reagire, perché esso rappresenta quell'ulteriore tassello del processo storico con il quale, nel momento in cui si manifesta, occorre fare, ermeneuticamente, i conti.

Per tornare al tema della certezza, oggi particolarmente attuale, non esiste e non può esistere, allora, un'astratta e atemporale necessità di certezza, come appunto la sempre agognata certezza del diritto, ma esisteranno molte e diverse, storicamente concretizzate, esigenze di certezza del diritto, rispetto alle quali, in qualche misura, muteranno sia i presupposti stessi da cui siffatta esigenza scaturisce, sia le modalità attraverso cui quell'esigenza è socialmente espressa, sia, infine, le risposte fornite dal diritto onde soddisfare tale esigenza, e ciò, se non altro, perché il giurista chiamato a fornirle è inevitabilmente parte del contesto sociale dal quale l'esigenza emerge<sup>5</sup>.

Di qui deriva l'inevitabile processo di attualizzazione (anche inconscia) che connota il lavoro di chiunque, partendo dal presente, si rivolge al passato per trarne elementi a partire dai quali risolvere un qualunque problema di comprensione; anche quando al passato ci si rivolga per esclusive finalità di 'conoscenza pura'; di qui la felice (e notissima) notazione crociana per cui 'ogni vera storia è storia contemporanea, ossia storia del presente', che è poi l'unico modo per far vivere e rivivere il passato come risposta a un'esigenza del presente (risposta, va allora precisato, che, come tale, necessita di ripen-

---

<sup>4</sup> CESERANI, *Convergenze. Gli strumenti letterari e le altre discipline*, Milano-Torino, 2010.

<sup>5</sup> Interessanti riflessioni in BELVISI, *Caso e certezza del diritto nell'attività giuridiale*, in *Mat. st. cult. giur.*, 2018, p. 491 ss.

sare il passato, ricostruendolo per le esigenze del presente): un passato che, in questo modo, è sottratto a se stesso, e cioè alla staticità dello ‘storicamente compiuto’<sup>6</sup>.

Ne consegue, allora, che i vari ‘problemi giuridici’ (e questo, non per caso, è uno dei più solidi e duraturi insegnamenti ascarelliani<sup>7</sup>) sono tali proprio perché non vi è un astorico dover essere dei concetti giuridici<sup>8</sup>; e infatti la dimensione del problema emerge rispetto al rapporto tra la necessità di rispondere a una determinata sollecitazione sociale e le funzioni in vista dei quali quei concetti (ma quindi tutto il classico strumentario del giurista) sono utilizzati<sup>9</sup>.

Pertanto, è solo una specifica (e cioè empiricamente individuabile) esigenza sociale (che, come dirò subito, è un’esigenza intrinsecamente politica, cioè rilevante rispetto alle necessità del vivere aggregato di una certa comunità) che, da un lato, produce sia il problema sia una corrispondente domanda ‘di diritto’, e che, dall’altro, informa di sé la stessa risposta che il diritto, inteso quale apparato ordinatore, fornisce. Ma tale risposta deve operare attraverso una, per dir così, mediazione sociale (oggi certamente pluricentrica, perché plurimi sono i fattori di produzione della giuridicità) che si attua, anche inconsapevolmente, proiettando sul diritto (e facendolo con esso interagire) quel contesto al quale appartiene la comunità da cui quell’esigenza è sorta. Si può allora anche affermare che le prassi sociali (che sempre originano dai comportamenti individuali di ciascun consociato) trasformano il diritto, che è destinato, così, a pro-

---

<sup>6</sup> E si può allora qui ricordare la celebre affermazione dell’Eliot di *‘Tradition and the Individual Talent’*: *the historical sense involves a perception, not only of the pastness of the past, but of its presence.*

<sup>7</sup> V. ora la partecipe e illuminante ricostruzione di STELLA RICHTER, *Racconti ascarelliani*, Napoli, 2020.

<sup>8</sup> CRIFÒ, *Introduzione*, in *Diritto 1*, in *Enciclopedia Feltrinelli Fischer*, Milano, 1972, p. 7 ss.

<sup>9</sup> Condivisibile la sottolineatura dell’«idea prettamente bettiana dell’inscindibile connessione, quasi ontologica, dell’aspetto storico e dell’aspetto dogmatico (nel senso tecnico-strumentale [...]) a caratterizzare il fenomeno giuridico»: FUSCO, *Presentazione*, in BETTI, *Probleme der römischen Volks- und Staatsverfassung/Problemi di storia della costituzione sociale e politica nell’antica Roma*, Roma, p. I ss., a p. V.

gressivamente perdere quella rigidità esogena di precetto posto e imposto, per acquisire quella elasticità che ne fa uno strumento regolatore endogeno allo stesso corpo sociale: di talché il diritto si avvicina sempre più a quelle pratiche sociali che ne stanno alla base, e anzi diviene esso stesso una pratica sociale<sup>10</sup>.

Da quanto fin qui succintamente osservato discende un'ulteriore complicazione.

Il contesto sociale che esprime quell'esigenza opera (bensì con intensità diversa, ma) sempre in funzione, se non radicalmente oppositiva e conflittuale, rispetto al 'diritto vigente', quantomeno, per dir così, 'conformativa', nel senso che la risposta che si pretende dal diritto (agendo su di esso dall'esterno: prassi sociali, e dall'interno: rielaborazione dei concetti giuridici), e che il diritto deve fornire, non potrà che essere una risposta storicamente conformata, proprio perché, per potersi intercettare almeno in parte le ragioni sociali alla base della richiesta di giuridicità, occorre una parallela compatibilità giuridica tra domanda di diritto e contesto dal quale tale domanda è sorta: tale 'compatibilità conformativa' si ripercuote, se non necessariamente sulle strutture di determinati istituti giuridici, senza dubbio sulle funzioni di essi<sup>11</sup>.

Ma se è così, il nesso tra diritto e società, cioè tra diritto e contesto, assume una sicura valenza biunivoca: il rapporto tra l' 'essere' e il 'dover essere' va quindi letto in ragione di una biunivocità relazionale che guarda alla dimensione dell'essere e a quella del dover essere in termini del tutto paritari; ciò, nella logica di una biunivocità che si fonda su di una relazione tra struttura (il contesto) e sovrastruttura (il diritto) sufficientemente duttile onde potere, il contesto, svolgere quella funzione di 'indirizzo conformativo' rispetto all'ordine giuridico, nel momento in cui, dal contesto medesimo, emerga quell'esigenza sociale qui assunta in termini di propulsore trasformativo della dimensione (strutturale e funzionale) della giuridicità.

---

<sup>10</sup> Cfr. SINI, *Sapere come e sapere perché*, in *Dem. dir.*, 1991, 3, p. 51 ss.

<sup>11</sup> Un'ampia e tuttora attualissima analisi (anche sotto il profilo della cosiddetta causa in concreto) di questo aspetto in ASCARELLI, *Il negozio indiretto*, Milano, 1931, poi in ID., *Saggi giuridici*, Milano, 1949, p. 149 ss., spec. pp. 216-223.

2. *Mutamento giuridico e società aperta.*

Orbene, se è la struttura che sempre esprime l'esigenza di ricevere (ma si potrebbe anche dire 'pretendere') una risposta ordinamentale, non può allora essere dubbio che la sovrastruttura, proprio in quanto risposta storicamente situata, dovrà essere costantemente ricalibrata, affinché possa essere effettivamente avvertita, socialmente, nei termini di una risposta autentica, e non già di una falsa coscienza ideologica e concettuale, nella (appunto falsa) assunzione che un determinato apparato concettuale, in quanto storicamente esistente, dovrà essere impiegato per risolvere la questione che interpella la giuridicità. Se si segue questa linea (che è tuttora la più diffusa, per molteplici ragioni sulle quali non mi soffermo)<sup>12</sup>, si intende, esplicitamente o implicitamente, fare appello a un'idea di continuità quale paradigma fisiologico delle strutture giuridiche riconducibili a una determinata tradizione dotata di un particolare prestigio culturale (come in Occidente ben potrebbe essere il diritto romano). Ma è evidente che, e appunto nella prospettiva dell'operazione culturale, l'appello alla continuità – anche, o soprattutto, interpretativa – assume una indebita rilevanza metastorica che confligge con l'idea di una giuridicità in movimento costante, assecondando invece quest'ultima (in una misura variabile), storicisticamente, ciò che dal contesto emerge, e così assumendo il carattere della rilevanza sociale.

È dunque ben chiaro che la questione giusermeneutica ha in sé un preminente carattere antropologico<sup>13</sup>, perché mette in questione, ancora una volta, la posizione individuale del soggetto come tale, e quindi la sua responsabilità di agente, all'interno di un ordine giuridico-politico che, in prospettiva appunto ermeneutica, si trova sempre in potenziale e fisiologica trasformazione<sup>14</sup>: una trasformazione che, per fortuna o per sventura, sfugge a qualunque possibilità di

---

<sup>12</sup> Cfr. almeno i saggi raccolti in Irti, *Società civile. Elementi per un'analisi di diritto privato*, Milano, 1992, *passim*, e in particolare l'ultimo di essi, *Diritto privato e politicalità*, *ivi*, p. 151 ss.

<sup>13</sup> Cfr. REMOTTI, *Prima lezione di antropologia*, Roma-Bari, 2000.

<sup>14</sup> RECKWITZ, *Die Gesellschaft der Singularitäten. Zum Strukturwandel der Moderne*, Berlin, 2017.

controllo aprioristicamente inteso – accentrato o diffuso, totalitario o democratico, nazionale o transazionale che sia<sup>15</sup>.

Da questo punto di vista, mi pare, il modello ‘assiologico-competitivo’ delle attuali società liberal-democratiche (e come tali società autenticamente ‘aperte’) è quello di una democrazia progressiva a trazione individuale, che potrà anche essere riletta, in chiave valutativa, come l’ennesima vicenda di eterogenesi dei fini, ma che, in chiave descrittiva, pare essere in effetti una fedele rappresentazione dello sviluppo democratico nel corso degli ultimi trent’anni, e che, per chi sia appunto consentaneo alla prospettiva di un liberalismo politico progressivo, può essere in effetti assunta come una compiuta, e a mio avviso felice, ‘hayekianizzazione’ della società contemporanea<sup>16</sup>.

Ne consegue che, in questa prospettiva, un tema sofisticato quale quello dell’interpretazione del diritto non potrà che essere svolto alla stregua di un esercizio di comprensione storico-antropologica, divenendo così al contempo un empirico banco di prova della capacità trasformativa delle prassi e dei rapporti sociali, proprio perché la socialità (quale prodotto del modo di ciascun consociato di essere parte di questa stessa socialità, nonché del modo di vivere la propria, individuale, socialità) si riflette sul diritto, non solo incidendo su di esso<sup>17</sup>, ma assurgendone anzi a primario elemento costitutivo.

---

<sup>15</sup> Proprio nella questione della continuità/discontinuità hanno il loro fulcro alcune considerazioni (che, invero, e a partire da chi scrive, sono a più d’uno sfuggite, e sulle quali assai giustamente ha, qualche tempo fa, richiamato l’attenzione, all’interno di uno scritto da cui, come sempre, c’è molto da imparare, CALDERAI, *L’eclissi in una luce diversa. Note sullo statuto epistemologico dei concetti giuridici nell’epoca del diritto post-nazionale*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, p. 1621 ss., a p. 1631, nota 57), tanto intense quanto ‘atipiche’, anche nel loro lato strettamente quantitativo, di BRECCIA, *Continuità e discontinuità negli studi di diritto privato. Testimonianze e divagazioni sugli anni anteriori e successivi al secondo conflitto mondiale*, in *Quad. fior.*, 1999 (28), I, p. 293 ss.

<sup>16</sup> Il che, naturalmente (e a mio avviso purtroppo), certo non significa che Hayek sia poi un autore oggi utilizzato quanto in effetti meriterebbe, se non altro da parte dei giuristi e degli scienziati sociali nel complesso: per alcune considerazioni a largo spettro v. da ultimo AIMAR, *Hayek. Du cerveau à l’économie*, Paris, 2019.

<sup>17</sup> Non vale, a mio avviso, l’obiezione, spesse volte ripetuta, che il liberalismo contemporaneo, distruggendo in sostanza la dimensione collettiva, intesa quale

Lungo questa linea argomentativa, non solo non si nega l'idea che la socialità è la forma rappresentativa dell'individualità, ma appunto si esalta la socialità in quanto tale, e cioè in quanto risultante delle connessioni e dei conflitti interindividuali: la socialità è il collettore delle individualità; e si può allora anche aggiungere che il meccanismo del mercato, cioè dello scambio, che è tale in quanto momento successivo al conflitto, perché lo scambio è pacificatore, è il paradigma di un individualismo nient'affatto rinchiuso in se stesso, ma, al contrario, autentico propulsore sociale, la cui potenza espansiva non è arrestabile, perché è radicata nella libertà di ciascuno.

Il motore della giuridicità, cioè quell'esigenza primaria a partire dalla quale si sviluppano tutte le molteplici risposte tecnicamente connotate che la storia umana conosce (ad esempio: dall'estetica alla filologia classica; dalla musicologica al diritto, appunto), coincide esattamente con quell'esigenza storica che si esprime, perché ha necessità sociale di manifestarsi, nel momento in cui sia raggiunto un certo grado di autoconsapevolezza individuale in riferimento a ciò

---

forma antropologica della socialità (e gli esempi principali che solitamente si fanno sono quelli dei grandi partiti politici del Novecento, nonché della Chiesa cattolica: ma v. allora CUBEDDU, *La Chiesa e i Liberalismi*, Pisa, 2012, nonché ID., *Individualismo e religione nella Scuola Austriaca*, Pisa, 2019), e atomizzando la vita delle persone, ha al contempo distrutta la possibilità stessa di assumere una diretta incidenza politica da parte di queste ultime, perché tale possibilità sarebbe bensì ravvisabile in capo alle masse, ma non già in capo agli individui, deboli in quanto isolati, e come tali privi di una coscienza di gruppo, se non di classe (e qui del resto, come fin troppo noto, si aprono gli spazi per, spesso funeste, rivendicazioni identitarie: in tema cfr. allora FUKUYAMA, *Identity. The Demand for Dignity and the Politics of Resentment*, New York, 2018). In realtà, si può replicare che il soggettivismo contemporaneo di stampo liberale, se ben potrà essere criticato in chiave assiologica, di certo, come tale, non rappresenta un arresto, o un arretramento, della possibilità e della capacità sociale di incidere sulla dimensione della giuridicità, e ciò proprio perché questa massiccia soggettività è portatrice di pretese, e dunque di istanze, che, in tanto in quanto siano idonee a incidere sul diritto, trasformandolo, assumono *naturaliter* un carattere ultra-individuale, e quindi politico. Ci si potrà, allora, anche dolere (come del resto abitualmente si fa, ad esempio, ma certo non solo, da parte degli amici cattolici) circa gli esiti di questo soggettivismo-individualista (assunto, per di più, come intrinsecamente egoista, materialista, consumista, e, peggio, libertarieggiante), ma non si potrà negarne la cifra, appunto, politica, e come tale, altrettanto intrinsecamente, collettiva.

che da tale esigenza può derivare, tanto sul piano individuale quanto sul piano sociale.

Un'esigenza storica che, forse, e non paradossalmente, troppo spesso è assunta come dato quasi ovvio, perché erroneamente confusa con la mera esistenza della dimensione della storicità<sup>18</sup>, nel senso che, come c'è stato un passato, vi è un presente e vi sarà un futuro, per cui ogni epoca storica ha i suoi tratti distintivi, da riconoscersi come tali, perché oggettivati dallo 'spirito del tempo', che se ne fa vettore. Così ragionando, però, e considerando il ruolo sociale dell'individuo, si sfocia in un relativismo che, in questa prospettiva, si rivela pernicioso, perché esso nega *in radice* la possibilità del giudizio, sia diacronico che sincronico, non potendosi far altro, da parte dei consociati, se non accogliere come necessità storica ciò che accade, oggi come ieri. Perché di fronte a ciò che ineluttabilmente accade l'individuo può solo reagire o con l'accettazione, o con il rifiuto: un rifiuto e un'accettazione, però, strettamente individuali, di fronte a una storia assunta appunto come oggettività immodificabile, e di fronte alla quale, dunque, può solo emergere, nella chiave dell'opposizione alla storia, e quindi alla realtà, la dimensione titanica dell'individuo<sup>19</sup>, tanto nella sua forza quanto nella sua fragilità; appunto l'individuo-eroe, che si oppone al corso degli eventi ma solo come atto di testimonianza morale, che nulla potrà contro l'ineluttabile.

In realtà, l'esigenza storica è molto di più che non la proiezione oggettivata di un presente che, in questo senso, si autopone, e come tale è sempre un 'già accaduto', non potendo che risultare, allora, estraneo all'idea stessa di svolgimento storico, e anzi venendo così del tutto sottratto alla dimensione della storicità, che in realtà è tale solo nel suo concreto farsi come opera collettiva. Ma allora, un'esigenza storica che sia effettivamente ricondotta alla dimensione della

---

<sup>18</sup> Cfr. GRECO, *Storicità del diritto. La bandiera di una battaglia*, in Ballarini (a cura di), *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*, Torino, 2018, p. 143.

<sup>19</sup> Sto qui ovviamente pensando al famosissimo saggio di BOSCO, *Titanismo e pietà in Giacomo Leopardi*, Firenze, 1957. Ma ora va visto D'INTINO, *La caduta e il ritorno. Cinque movimenti dell'immaginario romantico leopardiano*, Macerata, 2019.

storicità non è per nulla estranea alla sfera del soggetto, che, agendo, incide su di essa. Siamo quindi agli antipodi di una realtà quasi metafisicamente imm modificabile, in una prospettiva che eleva la storia alla sfera della trascendenza. Al contrario, nella prospettiva ermeneutica l'esigenza storica può comprendersi solo nei termini di quello storicismo integrale<sup>20</sup> che, al di là delle appartenenze di scuola, sempre si incarica di interpretare e di valutare ciò che accade lungo una linea metodologica di fedeltà a una filosofia della prassi, la quale, in questo senso, assume un compito che, in tanto può essere critico-costruttivo, in quanto muova dal contesto storico di riferimento, per riflettere su di esso trasformandolo, cogliendo, appunto, il proprio tempo nel pensiero (per evocare Hegel), e dando così vita a una riflessione che si giustifica solo in funzione dell'azione<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. alcuni rilievi, tanto brevi quanto penetranti, di GIANNINI, *Lo stato delle scienze sociali in Italia* (1949), poi in GIANNINI, *Scritti*, vol. X ('Scritti pubblicati tra il 1964 e il 1996 – Scritti inediti – Dispense'), Milano, 2008, p. 151 ss., in particolare p. 164 ss. (ove il riferimento al 'realismo storicistico' di duplice derivazione marxista e idealista); e v. spec. p. 167: «È noto che il frutto più importante dell'idealismo italiano è stato lo storicismo. [...] Si capisce che, come avviene per tutti i grandi movimenti, l'idealismo storicistico ha generato due opposte correnti, l'una formalistica che rappresenta la scolastica dell'idealismo, e che è ostile alle scienze sociali. L'altra corrente è una vera e propria sinistra dello storicismo, antiformalista e realistica. In ogni sua espressione, lo storicismo ha prodotto non solo una revisione integrale di metodologia e di valori delle storiografie e delle critiche, ma ha creato, anche in studiosi di altre scienze, di due intere generazioni, un abito vigile, estremamente penetrante e polemico». E lo stesso Giannini, a proposito di formalismo, scrive lapidariamente: «[Il formalismo] è un fenomeno di regressione, di involuzione, di patologia sociale, di crisi, secondo l'espressione che più piace adottare» (ID., *Il formalismo giuridico*, in *Scritti*, vol. X, Milano, p. 193 ss., a p. 196).

<sup>21</sup> Esattamente in questo senso cfr. alcune (come sempre) incantevoli pagine di CROCE, *Storicismo genuino e storicismo spurio*, in *Quaderni della "Critica"*, novembre 1950, n. 17-18, p. 169 ss., spec. alle pp. 169-170: «[È] il riconoscimento del conoscere storico come momento primario nel processo dell'azione morale. In effetto, dove e in qual modo vediamo nascere il genuino conoscere storico? Nell'accingerci a un'azione, di cui sentiamo l'urgenza, ma che è ancora indeterminata e perplessa in noi, e allora noi affisiamo la situazione nella quale siamo posti nel mondo e col mondo da cui siamo indivisibili, e, accettando la realtà, ne scrutiamo la qualità ossia la genesi, e, pervenuti a chiarezza intorno a questa, entriamo nell'azione, che la coscienza pratica e morale, così informata, c'ispira e che

L'esigenza storica, allora, non si esaurisce in ciò che, fin lì, una storia 'metafisicizzata' ha prodotto, ma opera specialmente quale critica dello stesso contesto storico che l'ha originata, sì da renderlo tendenzialmente omogeneo all'esigenza medesima: un contesto storico, dunque, che non può essere assunto come un *a priori*, ma che è invece il terreno di scontro e quindi di trasformazione del reale.

In altre parole, tale esigenza, che è storica in quanto si fa nella storia e non in quanto è il riflesso della storia, scomparendo passivamente in essa, rifiuta ogni caratterizzazione che (anche implicitamente) ne sottolinei il carattere unicamente ricognitivo rispetto alla dimensione storica, proprio perché quest'ultima non può essere assunta come oggetto in sé, dovendosi piuttosto rappresentare quale oggettivazione del soggetto, cioè, appunto, quale prodotto di prassi soggettive che, muovendosi all'interno dello svolgimento storico e partecipandovi, danno vita a un fenomeno di oggettivazione: un'oggettivazione rispetto alla quale l'approccio critico-costruttivo è del tutto funzionale, appunto perché, come tale, trattasi di un fenomeno che è *ex post* e *ex ante* al contempo (nel senso che ogni *ex ante* è stato un *ex post* e ogni *ex post* sarà un *ex ante*).

L'esigenza storica si trova, pertanto, e allo stesso tempo, all'interno e all'esterno del contesto; un contesto che, da un lato, è il presupposto dell'azione, e, dall'altro, è l'oggetto del suo stesso superamento, grazie a una filosofia della prassi che, rispetto al contesto, svolge una funzione trasformativa. Abbiamo così un'esigenza storica radicalmente situata nel contesto, ma ciò non già nella prospettiva di una oggettivazione paralizzante; con la conseguenza per cui, tanto gli attori, quanto gli osservatori, dispongono di un duplice punto di vista che opera sia in funzione ricognitivo-ricostruttiva, sia in funzione critico-trasformativa<sup>22</sup>.

---

è creativa di nuova realtà. Il primo momento, che è storico cioè d'intelligenza storica, e il secondo, che è pratico e morale, sono congiunti, rampollando l'uno dall'altro, sebbene [...] distinti».

<sup>22</sup> Sono utili le belle pagine di PACCHIONI, *Manuale di diritto romano* ('Terza edizione semplificata, riveduta e corretta del Corso di diritto romano'), Torino, 1935, p. 75 ss., dedicate allo svolgimento storico, nel diritto privato inglese, di *common law* e *equity*, ove la logica del dualismo giuridico e della costante modificazione dell'«ordine giuridico positivizzato» quando «non più rispondente alla

In questo senso, allora, la filosofia della prassi non ha nulla di neutrale, perché, al contrario, proprio in quanto filosofia e proprio in quanto prassi, non può che muoversi sulla base di quelle ragioni (prima di tutto culturali) storicamente e socialmente emergenti, e come tali capaci di raccogliere un consenso all'interno della collettività; ragioni che, legittimando la filosofia della prassi in chiave assiologica, la portano a incidere sulla realtà (così realizzandosi, appunto nella concretezza storica, quel fenomeno, del resto ben noto e al quale si è fugacemente alluso, dell'oggettivizzazione del soggetto, e dunque delle idee e della cultura di cui il soggetto è portatore, all'interno di un moto perpetuo che si rinnova sempre, pur restando circoscritto all'interno della dimensione storica, e come tale immanente), lungo alcune direttrici assiologiche fondamentali che non sono storicamente imposte da una 'pigrizia fatalistica' (per richiamare un linguaggio gramsciano)<sup>23</sup>, ma che, al contrario, sono criticamente e costruttivamente pensate e ripensate in ragione della loro capacità di incidenza sul presente. Donde, come accennavo sopra, il rifiuto della neutralità assiologica, e, al contrario, la necessità di individuare un punto di partenza assiologico che legittimi le prassi trasformatrici; e si può allora qui richiamare (esprimendo così un giu-

---

coscienza giuridica pubblica [...]» è al fondo dell'intera ricostruzione. Va ora va visto l'approfondito studio di CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Torino, 2020, e in particolare il densissimo (pp. 75-173) secondo capitolo, sulla funzione ermeneutica della comparazione, ove una non consueta attenzione per la posizione di Ascarelli, letta quale risposta a una domanda intrinsecamente ermeneutica, così dunque leggendosi convincentemente quest'ultimo, a sua volta, nella chiave di una teorica ermeneutica della comparazione. Ma allora vanno richiamati i vari saggi ora raccolti in G. BENEDETTI, *Oltre l'incertezza. Un cammino di ermeneutica giuridica. Prefazione di A. Punzi*, Bologna, 2020, il quale si sofferma anche sullo storicismo di Ascarelli.

<sup>23</sup> Traggio la citazione da CARTA, *Pensiero giuridico e riflessione politica in Antonio Pigliaru: dalla lezione di Capograssi all'eredità di Gramsci*, in *Quad. fior.*, 2008 (37), p. 349 ss., a p. 369, nota 64.

dizio di valore) il principio che ha contrassegnato e continua a contrassegnare in senso progressivo la storia dell'umanità<sup>24</sup>: alludo, evidentemente, alla libertà come fattore costitutivo dell'individuo<sup>25</sup>, e quindi dell'umanità, nel suo sviluppo storico<sup>26</sup>.

### 3. *L'ermeneutica giuridica come problema storico-sociale e filosofico-politico.*

Se non altro nell'ambito di quelle che nel passato si solevano chiamare scienze dello spirito<sup>27</sup>, le discussioni sul tema ermeneutico hanno conosciuto non solo un analogo svolgimento, ma anche un problematismo parallelo (anche se, a volte, temporalmente sfasato) e una reciproca influenza, perché ciascun 'settore disciplinare', assunto qui in chiave esclusivamente teoretica, è nient'altro se non una risposta, ovvero una messa in ordine, che opera primariamente di fronte a un'esigenza che lo interpella dall'esterno; e la risposta non potrà che pervenire mercé l'impiego di quelle categorie concettuali

---

<sup>24</sup> Cfr. NELSON, *The Theology of Liberalism. Political Philosophy and the Justice of God*, Cambridge (Mass.)-London, 2019.

<sup>25</sup> LEVI, *Paura della libertà. Introduzione di G. Agamben*, Vicenza, 2018.

<sup>26</sup> Cfr. la monumentale ricerca di MIGLIORI, *Il disordine ordinato. La filosofia dialettica di Platone* (2 voll.), Brescia, 2013, e in particolare il vol. II ('Dall'anima alla prassi etica e politica'), p. 871, ove si sottolinea come nel pensiero classico manchi «la figura tipica del pensiero antropologico moderno, il soggetto, l'individuo che fa scelte a partire dalla propria irriducibile unicità [...]»; è allora d'obbligo il rinvio a HAYEK, *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2000, p. 542 s.: «L'uomo non si è sviluppato nella libertà. Come membro di quella piccola tribù a cui doveva aderire per sopravvivere, l'uomo era tutto tranne che libero. La libertà è un artefatto della civiltà, che ha liberato l'uomo dagli ostacoli del piccolo gruppo, e dalle sue tendenze momentanee, a cui persino il capo doveva obbedire. La libertà fu resa possibile dall'evoluzione graduale della disciplina della civiltà che è allo stesso tempo la disciplina della libertà. Questa disciplina protegge l'uomo, mediante norme astratte impersonali, dalla violenza arbitraria degli altri, e permette ad ogni individuo di cercare di costruirsi una sfera individuale protetta in cui nessun altro ha il permesso d'interferire, e al cui interno può usare le proprie conoscenze per i propri scopi» (corsivo orig.).

<sup>27</sup> Ma v. allora, anche per ragioni di carattere storiografico, MUSATTI, *Geometrie non-euclidee e problema della conoscenza* [1921], Milano-Udine, 2019, in particolare il Cap. I («Storia della filosofia e storia delle scienze»), p. 137 ss., e ora ROVELLI, *Helgoland*, Milano, 2020.

che, continuamente, si analizzano, si criticano, si distruggono, si riedificano, perché sono l'unico mezzo per pensare, filosoficamente e storicamente, teoreticamente e empiricamente<sup>28</sup>. Ciò spiega senza difficoltà i consueti prestiti concettuali transdisciplinari, perché ogni categoria concettuale (anche la più circoscritta e specialistica), in quanto espressione e forma del pensiero, è tale solo di fronte a un problema, che attraverso la categoria può essere risolto; una soluzione, però, che, essendo tale solo di fronte a esigenze contingenti, non può essere assunta a categoria provvista del carattere dell'assolutezza, perché di assoluto (nel senso di costante) c'è solo la problematicità che connota la vita dell'essere umano, a partire, s'intende, dal momento in cui l'essere umano ha avvertito la vita stessa come problema<sup>29</sup>.

Da ciò deriva un inevitabile pluralismo problematico, e dunque categoriale, relativo a ogni questione che sia fatta oggetto di riflessione e non solo di una pratica; ed è del tutto banale l'osservare che le impostazioni e le soluzioni dei problemi non potranno mai essere, dal punto di vista dello svolgimento storico, perfettamente coincidenti, dovendo esse sempre tenere conto (nella linea di quell'intreccio tra ricostruzione e trasformazione di cui si è fatto cenno sopra) delle istanze e dei modi di pensare (in certa misura recependoli) del momento storico *in quo agitur*, e, insomma, di tutti quegli elementi e fattori (dunque del contesto) che in qualche misura incidono sull'impostazione stessa dei problemi e sul modo di risolverli.

Ma è anche vero che si possono comunque rintracciare, all'interno degli innumerevoli svolgimenti storici, linee di tendenza comuni in ragione del fatto che determinati bisogni (materiali e non) sono comuni all'umanità (e tenendo però allora presente che il dir

---

<sup>28</sup> Suggestivo WARBURG, *Arte italiana e astrologia internazionale a Palazzo Schifanoia a Ferrara* (1912), ora in ID., *Astrologica. Saggi e appunti 1908-1929*, Torino, 2019, p. 23 ss., a p. 63. Ma allora v. un celebre libro, e in particolare l'altrettanto celebre premessa alla terza edizione: BIANCHI BANDINELLI, *Storicità dell'arte classica*, Bari, 1973, pp. 7-14.

<sup>29</sup> Per molte riflessioni connesse a quanto solo accennato nel testo cfr. SINI e REDI, *Lo specchio di Dioniso. Quando un corpo può dirsi umano?*, Milano, 2018; e v. ora SINI e PIEVANI, *E avvertirono il cielo. La nascita della cultura*, Milano, 2020.

ciò ha, naturalmente, una problematicità contrastante con la prospettiva storicistica, superabile solo mercé un supporto antropologico, come forse meglio di tutti, in Italia, hanno mostrato Ernesto de Martino<sup>30</sup> e Arnaldo Momigliano<sup>31</sup>), al di là, appunto, della mera contingenza storica (il che non significa né che l'esigenza sarà ciclicamente la stessa, né che la risposta potrà dunque essere la stessa; ma significa che il problema alla base dell'esigenza, pur sempre storicamente 'nuovo', presenterà tendenzialmente aspetti che consentiranno di affermarne il carattere transtemporale)<sup>32</sup>: e non si potrà difatti negare che molti problemi di ermeneutica giuridica che, nel corso del tempo – e diciamo pure dei millenni –, i giuristi sono stati chiamati a affrontare e a risolvere non sono connotati dal carattere dell'impermeabilità storica (la quale sarebbe del resto un modo troppo facile e errato per ritagliare una zona di astoricità, o, forse pure peggio, di storia metafisicizzata, nel senso accennato più sopra), e ciò a tutto vantaggio di una comparazione anche diacronica, e dunque di un dialogo a distanza che proprio un'ermeneutica storica può rendere percepibile e comprensibile.

Se, sullo sfondo di ogni rovello giuridico, sta sempre la duplice questione dei presupposti politici tanto dell'argomentazione quanto della soluzione giuridica, nonché degli usi politici dello strumentario giuridico<sup>33</sup>, la discussione dei giuristi in chiave (e detto ciò in senso molto ampio) metodologica è destinata ciclicamente a ritornare, pur sempre rinnovandosi, e ciò in ragione del variare dei contesti e delle prassi (e dunque delle categorie concettuali, onde poter leggere e comprendere gli uni e le altre) al cui interno, e nella nostra specifica

---

<sup>30</sup> SOLMI, *Ernesto de Martino e il problema delle categorie* (1952), poi in ID., *Autobiografia documentaria. Scritti 1950-2004*, Macerata, 2017, p. 51 ss.

<sup>31</sup> GINZBURG, *Medaglie e conchiglie. Ancora su morfologia e storia - Postfazione alla nuova edizione di «Storia notturna»*, in ID., *Storia notturna. Una decifrazione del sabba*, Milano, 2017, p. 347 ss.

<sup>32</sup> Cfr. BALIBAR, *Gli universali. Equivoci, derive e strategie dell'universalismo* (trad.it.), Torino, 2018, *passim*, ma spec. i rilievi di sintesi che si leggono alle pp. 151-152.

<sup>33</sup> In tema, mi limito a rinviare ad alcune prese di posizione (a mio avviso eccessivamente rigide) di TARELLO, *op. cit.*

e circoscritta prospettiva giuridica, concezioni del mondo e usi del diritto reciprocamente interagiscono.

Da questo punto di vista, mi pare – e soprattutto per non restare su di una linea del discorso troppo generale da risultare quasi evanescente –, può essere allora utile pensare il problema ermeneutico quale espressione di una precisa e costante esigenza di filosofia politica, nel senso di una costante ricerca del migliore ordine politico possibile: inteso ovviamente quest'ultimo quale spazio ove si esplicano i rapporti sociali, e quindi quale spazio in cui si realizza la duplice dimensione dell'individualità e della socialità, cioè, appunto, dell'organizzazione politica<sup>34</sup>.

Se si accetta allora l'idea (oggi direi infatti pacifica, almeno quale premessa metodologica e teoretica di un discorso dei giuristi sul diritto che poi, però, spesso tradisce tale premessa nella sua pratica attuazione) che i problemi giuridici altro non sono se non delimitazioni degli spazi dell'azione individuale rispetto a un contesto sociale che non è mai interamente dato (anche quando ci si prefigga di ricostruirlo retrospettivamente, o in funzione conoscitiva, o in relazione alla concreta esigenza cui occorre fornire risposte), perché è il prodotto dell'interazione individuale (interazione che ovviamente copre tutti gli ambiti nei quali si attua l'azione umana), ne segue appunto che lo specifico problema interpretativo solo *prima facie* è un autentico e esclusivo problema di applicazione all'ambito giuridico di determinate tecniche ermeneutiche (tecniche, o pensate espres-

---

<sup>34</sup> In questa direzione, richiamo nuovamente il nome di un filosofo della politica con il quale i giuristi farebbero bene a dialogare: mi riferisco a Raimondo Cubeddu, e del quale si v. il seguente, densissimo (ma, come sempre, altamente istruttivo e chiarificatore) contributo: *Nuove tirannidi. Conseguenze inintenzionali della dipendenza della politica dalla scienza* ('IBL Occasional Paper', 16 dicembre 2016), pp. 1-20, spec. p. 2, ove un riferimento alla filosofia politica «come la ricerca, guidata dalla ragione, dalla passione e dall'esperienza, del miglior ordine politico: di un ordine in cui la libertà non si confonda con la licenza e l'ordine con l'oppressione [...]»; per una riflessione teoreticamente più distesa cfr. ID., *La natura della politica*, Siena, 2016.

mente per l'ambito giuridico, ovvero importate da altri campi scientifici e all'uopo riadattate)<sup>35</sup>; in realtà, è un primario problema di filosofia politica, perché *sub specie interpretationis iuris* vengono ripensati proprio quei rapporti a intrinseca rilevanza politica che stanno davanti all'attore e all'osservatore, e che verranno risolti anche attraverso l'applicazione di una regola giuridica (peraltro essa stessa assoggettata al medesimo procedimento interpretativo sempre operante sul contesto, nella classica logica del circolo ermeneutico)<sup>36</sup>.

Dunque, per via d'interpretazione (della Costituzione, della legge, del contratto, degli atti di autonomia privata in genere, dell'azione umana, in tutte le sue manifestazioni), si configura un assetto che è primariamente politico, perché esprime un ordine dei rapporti sociali; quell'ordine che, poi, si riflette sul singolo oggetto d'interpretazione. Ecco dunque la ragione per cui l'attività ermeneutica viene attratta in quella dimensione politica di cui è, al contempo, strumento di attuazione: ogni atto ermeneutico che incida su ciò che usa chiamarsi 'realtà' esprime, e tende a, un ordine politico; e ogni atto ermeneutico genera criteri direttivi finalizzati alla realizzazione di quel medesimo ordine politico<sup>37</sup>. È la stessa realizzazione dell'ordine politico in via ermeneutica, a ben vedere, che comporta la progressiva e aprioristicamente incontrollabile trasformazione dei criteri ermeneutici finalizzati a tale realizzazione, dovendo essi costantemente rispondere alla medesima esigenza politica che li legittima.

Gli esempi che possono essere portati sono molteplici, e qualcuno, per chiarezza, va almeno enunciato.

---

<sup>35</sup> Spunti, indicazioni, prospettive in BORI, *L'interpretazione infinita. L'ermeneutica antica e le sue trasformazioni*, Bologna, 1987, e ora in VOLLI, *Il resto è interpretazione. Per una semiotica delle scritture ebraiche*, Livorno, 2019.

<sup>36</sup> Nella prospettiva di queste pagine v. GAMBINO e PULVIRENTI, *Storie Menti Mondì. Approccio neuroermeneutico alla letteratura*, Milano, 2018. Ma v. ora MORETTI, *A una certa distanza. Leggere i testi letterari nel nuovo millennio* (trad.it.), Roma, 2020, critico soprattutto dell'ermeneutica testuale (fa ottimamente il punto sulla delicata questione PELLINI, *I romanzi messi alla prova*, in *Alias*, Domenica 4 ottobre 2020, pp. 1 e 4).

<sup>37</sup> Cfr. HELLER, *La verità in politica* (trad.it.), Roma, 2019.

Se la filosofia politica attuale (e quindi l'ordine giuridico della attuale società liberale) esprime una tensione ideale rivolta al progressivo ampliamento<sup>38</sup> della sfera individuale<sup>39</sup>; se, quindi, l'individuo è pensato come soggetto in grado<sup>40</sup> di dare un ordine a se stesso (ordine non solo morale, e quindi strettamente privato, ma anche normativo, e dunque trasparentemente pubblico)<sup>41</sup>, e cioè di essere produttore autonomo, in molti campi (sufficiente richiamare quelli della sessualità<sup>42</sup>, della nascita, della vita, della morte), di una giuridicità che ermeneuticamente si fa normatività<sup>43</sup>, è ovvio che il

---

<sup>38</sup> Passando, s'intende, per una necessaria revisione, in vista di un suo potenziamento, della teoria della democrazia liberale, che però deve restare – per ragioni storiche, ideologiche, etiche – il presupposto teorico irrinunciabile di ogni filosofia politica praticabile e di ogni struttura sociale compiuta: entrambe, dunque, nel segno del rispetto dell'individuo e dell'agire individuale.

<sup>39</sup> In ciò, ovviamente influenzata da tutto quanto accade nei vari contesti sociali della 'realtà' (che è, come tale, un contesto in costante trasformazione); e basti qui allora un cenno alle straordinarie potenzialità delle risorse telematiche, le quali, al di là dell'impossibilità di prevederne molte conseguenze, certo anche negative, sono ciò che fanno maggiormente sorgere nuove esigenze e nuove possibilità, tanto individuali quanto sociali.

<sup>40</sup> Anche perché aiutato, in certa misura, dalla stessa dimensione statuale, che, a sua volta e progressivamente, rinnova la propria funzione promozionale della libertà individuale, appunto 'assistendo' l'individuo alla luce di nuove esigenze e di nuovi strumenti trasformativi; le une e gli altri volti a un progressivo allargamento degli spazi di libertà e di autonomia, e quindi della stessa normatività, del soggetto: una dimensione da pensarsi, oggi, esclusivamente in chiave transnazionale, perché ciò la rende ancora più facilmente percepibile, sul piano empirico, nonché difficilmente contrastabile, sul piano teorico. Cfr. PERGOLA, *Più stato più mercato. Una stagione Confuciana per l'Occidente*, Roma, 2018.

<sup>41</sup> IRTI, *Destino di Nomos*, in CACCIARI e IRTI, *Elogio del diritto. Con un saggio di Werner Jaeger*, Milano, 2019, p. 113 ss., spec. p. 142 ss.

<sup>42</sup> Tema, questo, spesso ingiustamente e moralisticamente negletto: ma va allora visto ZENO-ZENCOVICH, *Sex and the contract. From infamous commerce to the market for sexual goods and services*<sup>2</sup>, Roma, 2015; per una sintesi, v. ID., «Sex and the contract»: dal mercimonio al mercato, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2007, p. 1191 ss.).

<sup>43</sup> Una normatività che è quindi insita nell'essere individui, prima ancora che nell'essere cittadini e, come tali, membri di una collettività politica. Una normatività del soggetto, che appunto si oggettivizza nella trasformazione dell'ordine politico-sociale, e dunque della giuridicità. Di qui la conseguente necessità di inter-

problema interpretativo richiederà una radicale risistemazione fondata (e quindi metodologica), proprio per controllare e disciplinare ogni frizione, e, peggio, qualunque frattura, tra la forza espansiva della dimensione politica individuale e la forza costringente della dimensione giuridica ordinamentale<sup>44</sup>, cioè tra condotte e prassi (entrambe rilevanti nella dimensione del potere) sociali e poteri giuridici, quindi tra ordine politico e ordine giuridico<sup>45</sup>.

Pertanto, anche un problema apparentemente molto circoscritto come quello dell'interpretazione del contratto non è certo esente da quelle influenze 'di contesto' cui ho più volte alluso; influenze che, tra l'altro, impongono all'osservatore di guardare al contratto e alle tecniche ermeneutiche da una posizione di partenza che certo non è più quella che al centro aveva soltanto il codice civile, o la Costituzione, per la evidente ragione che tutte le fonti nazionali debbono oggi essere rilette, e in certa misura ripensate, non tanto alla luce

---

venire su quei concetti empirici in tanto in quanto siano inadeguati (e cioè in opposizione) a questo nuovo ordine politico. L'obiezione per cui questo nuovo ordine, a ben vedere, è, in realtà, un disordine, da reprimere piuttosto che incoraggiare, è prevedibile, esprimendo essa una determinata concezione del mondo (e come tale non può che essere rispettata): ma si tratta poi di capire se, all'interno del mercato delle idee, dei comportamenti, degli stili di vita (insomma, il mercato dei modelli di azione umana, che è il formidabile motore sociale grazie al quale l'idea di sviluppo e di progresso può effettivamente attuarsi), tale disordine non corrisponda, piuttosto, a nuovi svolgimenti della libertà individuale, rispetto alla quale ogni tentativo di contrasto è sempre destinato al fallimento (e le uniche correzioni di rotta che possono avere successo sono solo quelle endogene, e come tali prodotte dallo stesso esercizio della libertà).

<sup>44</sup> Se non altro per una esigenza logica: la dimensione giuridica, in quanto sovrastruttura, è il prodotto della dimensione politica, che è la struttura sociale; una dimensione che, oggi, è appunto funzionale alla massima realizzazione dell'individuo: ma allora occorre ripensare gli strumenti di bilanciamento tra queste due spinte, le quali, se in parte non possono che essere convergenti, quale esito dell'approccio ermeneutico, devono altresì essere pensate e legittimate in quanto reciprocamente e tendenzialmente divergenti, con riferimento, appunto, alla distinzione tra situazione *ex ante* e *ex post*.

<sup>45</sup> Per alcune valutazioni critiche v. ancora CUBEDDU, *Nuove tirannidi. Conseguenze inintenzionali della dipendenza della politica dalla scienza*, in *IBL Occasional Paper*, 16 dicembre 2016).

delle fonti sovranazionali<sup>46</sup>, ma alla luce dell'intersezione tra le, e rispetto agli esiti politico-sociali delle, molteplici prassi individuali (in esse ricomprendendo, lo ribadisco, soprattutto i modi di vivere delle persone, nella logica di una progressiva costruzione di una morale impersonale, frutto dell'evoluzione e come tale soggetta a continui macro- o micro-adattamenti), appunto poiché tali prassi assumono un peso particolare nella costante rideterminazione dell'ordine politico della società<sup>47</sup>, così recuperando l'indispensabile presupposto di una oggettività ordinamentale che però va sempre considerata quale elemento (potremmo dire: necessario ma non sufficiente, ai fini della costruzione di un ordinamento giuridico storicisticamente connotato)<sup>48</sup> da costantemente superarsi, rispetto al suo contenuto prescrittivo, in chiave appunto ermeneutica; prassi individuali, insisto, che sempre più assumono dimensione e carattere transnazionali (e conseguentemente ne impongono, all'osservatore in generale e al giurista in particolare, una differente messa a fuoco, anche, se non soprattutto, rispetto a un complessivo ripensamento – che naturalmente non significa 'abbattere per ricostruire', ma piuttosto 'riflettere per adeguare' – delle fonti del diritto)<sup>49</sup>, se non altro perché la possibilità di conoscere ciò che altrove si è fatto o si fa è potente stimolo all'imitazione, e l'imitazione è la molla dello sviluppo<sup>50</sup>.

---

<sup>46</sup> Perché, se fosse solo questo, ci muoveremmo comunque sempre all'interno di una dimensione giuridica di stampo tradizionale, pur di certo resa contenutisticamente e gerarchicamente più complicata dalla interconnessa pluralità dei multi-livelli ordinamentali; una dimensione giuridica, quindi, che, data la tendenziale continuità normativa tra i contesti (qui l'approccio della critica letteraria in termini di *close reading* ha una sua particolare rilevanza), indurrebbe a ragionare pur sempre come se il problema giusemneutico fosse esclusivamente un problema di interpretazione della legge, del diritto e, in senso ancora più ampio, delle 'norme' giuridiche: il che non è, almeno ogni volta in cui ci si trovi in presenza di una discontinuità assiologica di contesto, e qualunque sia l'origine di tale discontinuità.

<sup>47</sup> Cfr. TÖNNIES, *Il costume*, Brescia, 2019.

<sup>48</sup> Cfr. ora l'ampio saggio introduttivo di Terracciano (a cura di), *La coscienza del tempo. Il carteggio Cantimori-Momigliano*, Pisa, 2020, pp. 5-105.

<sup>49</sup> Cfr. ora ZOPPINI, *Il diritto privato e i suoi confini*, Bologna, 2020, *passim*.

<sup>50</sup> Cfr. infatti HAYEK, *op. cit.*, p. 533 s.: «[S]i deve completamente scardinare la concezione secondo cui l'uomo è stato in grado di sviluppare una cultura perché

---

era dotato di ragione. Ciò che apparentemente lo distingueva era la capacità d'imitare e di trasmettere quanto aveva imparato. [...] In altre parole, l'uomo ha certamente più spesso imparato a fare le cose giuste senza capire perché lo erano, ed ancora oggi è meglio servito dalle sue abitudini che dalle sue capacità di comprensione». Con il che non si può nascondere che si dischiude allora dinnanzi a noi proprio la questione su cui Ascarelli (e in particolare l'Ascarelli del dopoguerra) ha maggiormente insistito: il difficile rapporto tra continuità e discontinuità, cioè il problema del cambiamento. Faccio questo rilievo perché è indubbio che, dal brano hayekiano citato, può apparire che l'approccio hayekiano sia di stampo 'conservatore', o meglio 'conservativo': di qui l'enfasi sulla vantaggiosità del seguire le proprie abitudini, appunto nel senso della continuità e della conservazione (quello 'star contenti al *quia*', che, però, a ben vedere, né teologicamente, né politicamente può davvero soddisfare). Ora, pur non potendo discutere qui la questione, non si può tacere che la posizione hayekiana è assai più complessa (certo non dirò lineare, o comunque non problematica; e, del resto, mai ap problematico può essere lo storicismo), come, mi pare, prova il seguente passaggio: «Si è spesso detto che il giurista è conservatore per tendenza professionale. In certe condizioni, precisamente quando alcuni principi giuridici fondamentali vengono accettati per un lungo lasso di tempo, essi governeranno in effetti l'intero sistema del diritto, il suo spirito generale come ogni singola regola e minuta applicazione. In tali periodi un simile sistema possiederà una grande stabilità intrinseca. Ogni giurista, pertanto, quando dovrà applicare o interpretare una regola che non è in accordo col resto del sistema si disporrà a tale impresa in modo da volgere quella regola in una forma che la renda compatibile con le altre. Se uniti, i giuristi di professione possono pertanto annullare talvolta l'intenzione del legislatore, non per dispregio del diritto, ma, al contrario, perché le loro tecniche li conducono a preferire quella che è ancora la parte predominante del diritto, e a collocarvi un elemento estraneo trasformandolo in modo da armonizzarlo con l'intero insieme. La situazione è comunque del tutto differente quando una filosofia generale del diritto non in accordo con la maggior parte del diritto esistente guadagna influenza. Gli stessi giuristi, mediante i medesimi abiti mentali e le medesime tecniche, e in generale altrettanto inconsapevolmente, divengono una forza rivoluzionaria, la quale è efficace nel trasformare il diritto stabilito in ogni suo dettaglio quanto prima lo era nel preservarlo inalterato. Le stesse forze che nel primo caso impediscono ogni movimento, nel secondo tendono ad accelerare il mutamento fino a trasformare l'intero corpo del diritto molto più di quanto chiunque avesse previsto o desiderato. Se questo processo condurrà ad un nuovo equilibrio o ad una disgregazione dell'intero corpo del diritto nel senso in cui tuttora comprendiamo questo termine, dipenderà dal carattere della nuova filosofia» (*ivi*, pp. 86-87). Anche queste parole meriterebbero ben più dettagliata attenzione, ma in questa sede mi basta mettere in rilievo almeno un aspetto, tra i molti altri possibili: il riferimento alla possibilità di cambiamento di quella che Hayek chiama 'filosofia generale del diritto' (e che, in senso più ampio, potremmo anche indicare richiamando la celebre categoria

Un'imitazione come tale virtuosa (e questa, beninteso, non è una descrizione ma una valutazione), perché (e anche qui basti richiamare campi come quelli dei diritti civili, della famiglia, dei contratti aventi a oggetto prodotti finanziari) essa muove dall'idea base (che è del resto anche una constatazione) per cui l'ampliamento dei confini dell'area in cui è fatto lecito di essere sovrani di se stessi non solo è possibile, ma è anche più facile rispetto al passato, perché è

---

concettuale della 'concezione del mondo') pone il problema delle ragioni di questo cambiamento. Ora, una prospettiva tanto liberale quanto individualista, come quella, da Hayek, non solo condivisa, ma da lui prima di tutto patrocinata sul piano delle idee, perché, appunto, si tratta di una concezione del mondo in vista dell'affermazione della quale occorre impegnarsi e lottare nella società (così ingaggiando, in primo luogo, una battaglia delle idee, nella linea, che non può stupire, per cui anche quello delle idee è un mercato), si fonda inevitabilmente sulle pulsioni soggettive degli individui, dalla cui azione (materiale e culturale) dipende quel cambiamento. Ma se è così, è evidente che l'esistenza di un *corpus* di tradizioni, di abitudini, di prassi, reiterate perché esistono ma non capite, certo non può essere di ostacolo a quell'impegno dei, e tra i, consociati, i quali condividano appunto quella concezione del mondo liberal-individualista. Da ciò consegue che la continuità non può essere altro che una categoria teoretica e storica, la quale certo serve a descrivere una determinata situazione storica, ma che altrettanto certamente non può operare in funzione ostativa del cambiamento, perché allora verrebbe meno il presupposto assiologico che giustifica, fondandolo, la libertà individuale. Mi permetto anche di aggiungere che, in questa prospettiva (incentrata cioè sull'agire individuale che diventa, o che può diventare, azione e trasformazione sociale), una comparazione tra Hayek e Gramsci (penso qui in particolare alla sua filosofia della *praxis*) potrebbe essere tutt'altro che peregrina, e, passando attraverso la prasseologia gentiliana, potrebbe anche illuminare l'itinerario culturale e intellettuale italiano e statunitense di uno studioso di primissimo piano quale Alessandro Pekelis (dandosi così anche ragioni di quelle valutazioni critiche, che invero hanno scandalizzato più d'uno, non solo processualista, e che sono state formulate da Giovanni Tarello nel suo notissimo saggio sui 'quattro giuristi per una cattiva azione'; lo stesso Tarello, in riferimento a Pekelis, ne ha dato una perspicua sintesi nella recensione citata al volume di ORESTANO, *op. cit.*, p. 282: «Basti dire che, al di là del consenso verso alcune ricostruzioni del Pekelis, nella linea tracciata da Orestano non si nota alcun residuo di quel linearismo e di quel provvidenzialismo storico – tanto meno nei suoi aspetti statocentrici – che caratterizzavano lo scritto del primo [il riferimento è alla celebre voce «Azione», uscita nel 1937]»).

oggi diffusa la consapevolezza che «l'uomo è la misura di tutti i valori della vita e della società»<sup>51</sup>.

Una consapevolezza che si è spostata dal piano della filosofia (e che, quindi, non è più soltanto tema di circoscritto dibattito filosofico) per trasferirsi sul piano, diciamo così, della *common knowledge* (anche quando, beninteso, sia semplicemente una *actitud* pressoché inconsapevole, che si esercita e si pretende di esercitare appunto perché 'si può fare così', o comunque perché si è sentito dire che così si può fare).

Se, allora, nessuno vorrà pretendere che quello che potremmo anche chiamare un inconsapevole individualismo metodologico<sup>52</sup> esprima un compiuto programma politico, neppure può essere messo in dubbio che, in chiave empirica, si è ormai compiuta la trasformazione degli ordinamenti (delle società liberal-democratiche), da tendenzialmente chiusi, a tendenzialmente aperti (aperti, appunto, alle prassi individuali, che informano di sé il tessuto sociale, rinnovandolo e trasformandolo); il che pone, in prospettiva generale, il problema delle nuove latitudini della normatività (e ciò conduce al cuore delle fonti del diritto), nonché, in prospettiva più circoscritta,

---

<sup>51</sup> TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in Garofalo (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, IV, Padova, 2003, p. 1 ss., a p. 5.

<sup>52</sup> Inconsapevole, perché applicato, spesso anche ottusamente e appunto per mera imitazione, da una moltitudine di consociati al di là, appunto, di ogni consapevolezza teorica: dunque, sarebbe certo ridicolo affermare che la dimensione empirica dell'attuale filosofia politica cammini sulle gambe della Scuola austriaca. A tacer del fatto, peraltro, che, poi, la pretesa di ampliamento della sfera dell'agire individuale incontra fortissime restrizioni quando si tratta di fare i conti con l'ambito economico, inteso, in senso lato, come terreno, per dir così, dove entrano in gioco i costi delle pretese individuali: qui, e tutto ciò ben noto (il fenomeno, del resto, non è certo solo dell'oggi, anzi è un tratto costante della società italiana; e già il nostro Leopardi ebbe modo di notarlo in vari luoghi delle sue magnifiche riflessioni filosofiche), la pretesa alla libertà individuale si converte in pretesa a che le conseguenze negative di questa libertà vengano (spesso indebitamente) traslate su altri; oppure ancora, quando si pretende che l'esercizio della libertà economica sia in sostanza a costo zero, ovvero che gli utili siano individuali ma le perdite collettive. Da questo punto di vista, certo non può dirsi che la Scuola austriaca vada oggi per la maggiore, né in Italia, né altrove.

la questione<sup>53</sup> del rapporto tra continuità e discontinuità ermeneutica, ovvero la questione delle condizioni di stabilità di ordinamenti fisiologicamente instabili<sup>54</sup> (come sono oggi tutti gli ordinamenti delle democrazie avanzate), perché sempre più disponibili (e in questo senso aperti) a recepire i frutti della creatività individuale (dove la creatività individuale si fa immediato strumento politico, nel senso di quell'oggettivazione del soggetto cui, più sopra, mi sono riferito).

In questa prospettiva, si può forse allora aggiungere, le peculiarità del diritto inteso quale espressione di una scienza autonoma sono vieppiù destinate a scolorire, perché il diritto, oggi, in quanto meccanismo di risposta, e, meglio e hayekianamente, di *feed-back*, alle domande connesse allo svolgimento storico dell'umanità, non è concepibile se non come frammento di un ordine politico che, nella sua fisiologica instabilità, è in continua trasformazione<sup>55</sup> (con una velo-

---

<sup>53</sup> Sulla quale, appunto la riflessione del già richiamato Tullio Ascarelli, imposta in termini storicistici, ha segnato forse il punto più alto, soprattutto per la straordinaria fertilità del suo pensiero, dal quale parrebbe oggi inevitabile ripartire.

<sup>54</sup> Tengo qui in particolare presenti alcune suggestioni che si rinvengono in MANTOVANI, *La scienza giuridica dei 'prudentes' romani nella storiografia di Mario Talamanca*, in Capogrossi e Colognesi e Finazzi (a cura di), *Ricordo di Mario Talamanca* (Atti della giornata di studi - Roma 21 maggio 2010, Sapienza Università di Roma), Napoli, 2012, p. 187 ss., a p. 195, e GAROFALO, *Principi e ordinamento romano: una riflessione sulle orme di Fritz Schulz*, in ID., *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica. Nuovi saggi*, Torino, 2015, p. 1 ss.: entrambi, Mantovani e Garofalo, richiamano un testo di NÖRR, *Rechtskritik in der römischen Antike*, München, 1974, che, però, nel momento in cui scrivo, non ho potuto vedere.

<sup>55</sup> Il medesimo fenomeno si verifica anche in campo linguistico, onde la incomprendibile difesa per una presunta 'purezza' dell'italiano, fortunatamente messa in non cale dai più attenti studiosi della lingua italiana. Qui basti rinviare alla seguente pagina dello Zibaldone leopardiano: «Rinunziare o sbandire una nuova parola o una sua nuova significazione (per forestiera o barbara ch'ella sia), quando la nostra lingua non abbia l'equivalente, o non l'abbia così precisa, e ricevuta in quel proprio e determinato senso; non è altro, e non può esser meno che rinunziare o sbandire, e trattar da barbara e illecita una nuova idea, e un nuovo concetto dello spirito umano» (*Zib.*, p. 2400; 18 aprile 1822). Ogni difesa della purezza è antistorico contrasto all'*usus scribendi et loquendi*, e dunque, come sempre, il fatto prevale sulla regola, in un processo di costante superamento (attualizzazione, e suo successivo superamento). Sul punto, segnalo alcune pagine (che,

cià sconosciuta nel passato), e dunque richiede un costante ripensamento del proprio linguaggio concettuale (dove, altresì, le indispensabili aperture a molti utilizzi dell'intelligenza artificiale).

#### 4. *Ordinamenti giuridici aperti e ruolo della filosofia politica.*

Di fronte a questo maestoso fenomeno di progressiva apertura degli ordinamenti (e quindi di espansione del giuridico e della giuridicità – anche e soprattutto in forme nuove, rispetto alle quali, evidentemente, una risposta ordinamentale in termini di *non liquet* sarebbe, a tacer d'altro, destinata alla sconfitta, perché antistorica) – fenomeno che, lo ribadisco, si riflette prima di tutto sul terreno della filosofia politica, anche quale luogo della riflessione scientifica finalizzata alla ricerca delle coordinate storico-concettuali del buon vivere aggregato<sup>56</sup> –, una reazione innanzitutto improntata alla lettura dei più recenti sviluppi ordinamentali nei termini della filosofia politica novecentesca (così necessariamente richiamandosi agli apparati giusargomentativi della tradizione)<sup>57</sup> non potrebbe in alcun modo risolvere i problemi in campo; problemi che sono quelli, bensì costanti ed eterni (ferme restano le ineliminabili differenze di percezione degli stessi, *ratione temporis*), della dimensione, come già segnalato più sopra, del lecito individuale e della relazione tra individuo e società<sup>58</sup>, ma che al contempo mutano se riguardati nella prospettiva delle soluzioni volta a volta costruite in ragione delle occa-

---

mi pare, almeno oggi, siano scarsamente ricordate, e che prestano anche significativa attenzione alla letteratura sovietica e presovietica) in cui si affronta criticamente il sempre tormentato rapporto tra fattualità e normatività: mi riferisco a ORLANDO, *Intorno alla crisi mondiale del diritto. La norma e il fatto. Appunti*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, IV, Diritto pubblico e storia del diritto, Padova, 1950, p. 577 ss., spec. p. 587 ss.

<sup>56</sup> Su tutto ciò richiamo ancora MIGLIORI, *op. cit.*, II, in particolare p. 1018 ss.

<sup>57</sup> Da questo punto di vista, un po' di quel 'veleno giuridico' diffuso da quei 'giuristi corruttori' cui (*ça va sans dire*, velenosamente) alluse BIGIAMI, recensendo da par suo la quinta edizione delle santoriane 'Dottrine generali del diritto civile', in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 118 ss., parrebbe essere viepiù necessario, invero indispensabile.

<sup>58</sup> Cfr. ora le ampie prospettive che apre ora VIRNO, *Avere. Sulla natura dell'anima loquace*, Torino, 2020.

sioni a partire dalle quali quei problemi sorgono: problemi che esistono appunto in quanto immersi nella storicità inarrestabile del divenire, e che come tali vanno quindi sempre affrontati rispetto alle mutevoli esigenze del presente<sup>59</sup>, cioè della vita reale delle persone, così sottraendoli alla gabbia di quella falsa ‘storicità con disegno predeterminato’ (per usare un’altra perspicua formula crociana)<sup>60</sup>.

Tutto ciò, sul seguente presupposto: quanto muta rispetto ai termini della questione appena richiamata produce effetti sistemici (di cui, statisticamente, non pochi saranno sempre imprevedibili e contro le intenzioni)<sup>61</sup> che avvolgono la catena dell’umano consorzio, i cui anelli sono metaforicamente il simbolo degli svolgimenti storici.

---

<sup>59</sup> Cfr. infatti ora PETRUCCIANI, *Politica. Una introduzione filosofica*, Torino, 2020.

<sup>60</sup> Si può qui allora segnalare, ma solo come nota al margine, che proprio la riflessione del crociano Ascarelli non è riuscita del tutto a sottrarsi, analizzando egli appunto il rapporto tra continuità e discontinuità storica ed ermeneutica, all’idea che vi sia, se non un disegno predeterminato (il riferimento di Croce è naturalmente a Hegel, il cui storicismo, del resto, fu criticato da Popper, come ben noto, in una prospettiva assai prossima a quella crociana), quantomeno una necessità storica immanente alla tradizione, da cui, tendenzialmente, la prevalenza delle ragioni della continuità su quelle della discontinuità. Ma cfr. allora il seguente rilievo di un illustre teorico della letteratura quale Francesco Orlando: ORLANDO, in *La letteratura e le cose. Conversazione [di Claudio Pavone] con Francesco Orlando* (1995), poi in (da cui cito) ZANNI ROSIELLO (a cura di), *Intorno agli archivi e alle istituzioni. Scritti di Claudio Pavone*, Ministero per i beni e le attività culturali (‘Dipartimento per i beni archivistici e librari – Direzione generale per gli archivi’), Roma, 2004: «[S]e certe costanti tornano tante volte in testi di una stessa epoca e anche di epoche successive, credo che non sia una deroga alla nostra mentalità storicistica il pensare appunto che ci sono delle costanti di lunga durata, il che non vuol dire fare della metastoria. Per un freudiano come me, non vuol dire rifarsi ad archetipi junghiani, radicati in eterno nella psiche umana, identici in tutte le epoche, in tutte le civiltà. Le epoche si possono scandire con tagli più corti o più lunghi e la storia non è soltanto – come un certo storicismo di marca idealistica ci portava a credere quando io mi sono formato – fatta di varianti, la storia è anche fatta di costanti, non è fatta soltanto di cose volta per volta nuove, è fatta anche di cose che durano», p. 331 ss., alle pp. 343-344 (il volume è disponibile in rete: [http://www.archivi.beniculturali.it/dga/uploads/documents/Saggi/Saggi\\_84\\_1.pdf](http://www.archivi.beniculturali.it/dga/uploads/documents/Saggi/Saggi_84_1.pdf)).

<sup>61</sup> CUBEDDU, *Nuove tirannidi*, cit., p. 4, riformula in questi termini quella che egli chiama ‘teoria generale dell’azione umana di Mandeville’: «[Q]ualsiasi azione può avere conseguenze che non hanno relazione con le sue motivazioni

Naturalmente non si tratta, a questo punto, di meccanicamente trasferire, per effetto vizioso di scolastica simmetria, nel campo giursermeneutico quell'approccio soggettivistico alla dimensione della politicITÀ<sup>62</sup> – un soggettivismo appunto connotante la vita istituzionale delle collettività liberal-democratiche contemporanee, compiute società aperte<sup>63</sup>; si tratta, piuttosto, di riconoscere che l'approccio che guarda al diritto come a una costruzione sociale fondata sui pilastri teoretici e empirici della pretesa individuale<sup>64</sup>, e, dunque, che

---

iniziali». Tanto che (come ivi osserva infatti Cubeddu) «lo sforzo della filosofia delle scienze sociali è stato da allora in poi quello di escogitare modi e sistemi per ridurre “le conseguenze indesiderate delle azioni umane volontarie” [cit. di Popper]».

<sup>62</sup> Cfr. BRAIDOTTI, *Materialismo radicale. Itinerari etici per cyborg e cattive ragazze*, Milano, 2019.

<sup>63</sup> Del resto, la storia della libertà è storia di progresso, e il progresso è primariamente apprezzabile e valutabile in termini individuali e soggettivi, cioè all'interno dei perimetri dell'agire individuale, oggi assai più indipendente di un tempo dalle mediazioni legislative, e come tale intrinsecamente permeato di giuridica rilevanza, attraverso la crescente mediazione del giudice, in questo senso davvero organo respiratore della coscienza sociale, ma non certo perché tutto ciò che nella società esiste e che dalla società promana debba trovare una giuridicizzazione, tanto più di impronta giudiziale. Questo rilievo vuole semplicemente richiamare l'attenzione sul rapporto tra diritto e società, nella consapevolezza che proprio tale rapporto attiene agli scopi e agli usi del diritto quale meccanismo istituzionale, e dunque il diritto è un prodotto di tale rapporto.

<sup>64</sup> In tema deve essere richiamato il nome di Bruno Leoni, la cui opera, oltremodo sotto-utilizzata (è del resto il destino che accomuna un po' tutti gli 'Austriaci'), sarebbe in realtà utilissima per comprendere lo stato (felicemente, cioè vitalisticamente, problematico) del diritto al tempo presente: v. allora almeno gli scritti raccolti in LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004. A mio avviso, il modello teorico elaborato da Leoni (quello che appunto concepisce il diritto come una rete di pretese individuali in costante e reciproca competizione) è così fortemente esplicativo da non essere pienamente (ma non paradossalmente) utilizzato nemmeno da parte degli stessi 'leoniani' contemporanei, timorosi che l'enfasi posta sul carattere individuale delle pretese si traduca poi in una proliferazione di diritti individuali, il cui costo, in gran parte, è destinato a gravare sullo Stato. V. ad esempio la posizione molto netta di uno studioso noto e apprezzato del pensiero e dell'opera di Bruno Leoni qual è Carlo Lottieri: qui faccio riferimento a un'intervista rilasciata l'11 aprile 2016 a Marco Dotti, leggibile anche in rete: <http://www.vita.it/it/interview/2016/04/11/diritti-per-tutti-liberta-per-nessuno-un-dialogo-con-carlo-lottieri/50/>. L'intervista è tutta incentrata (come capita

---

spesso in ambito ‘libertarian’) sulla contrapposizione tra diritti e libertà. Cfr. in particolare il seguente passaggio: «[I] moltiplicarsi di “diritti a” comport[a] di necessità una restrizione delle libertà individuali, tradizionalmente indicati anche come “diritti di”. Ogni diritto sostanziale o sociale esige meccanismi redistributivi e regolamentari che riducono lo spazio d’azione del singolo e delle comunità volontarie. È del tutto evidente, ad esempio, che se lo Stato afferma l’istruzione quale diritto, in breve tempo esso finirà per affermare pure che l’istruzione diventa un dovere, che tutti sono obbligati a finanziarla e che si deve intendere per istruzione un certo tipo di conoscenza, imposta a tutti dai programmi ministeriali. E a quel punto la libertà di cultura non esiste più». A tacer d’altro, si può osservare come una proliferazione di diritti nati in un contesto competitivo tra pretese individuali e la cui qualificazione in termini di diritti soggettivi (o, comunque, di posizioni soggettive di vantaggio) sia rimessa al giudice (che in questo contesto è, in senso istituzionalmente proprio, il meccanismo di attuazione di una democrazia che assume così connotati certamente nuovi rispetto a quelli tradizionali, cui, invece, tenacemente si richiama LUCIANI, *Interpretazione conforme a costituzione*, in *Enc. dir.*, Annali IX, Milano, 2016, p. 391 ss., e, anzi, a partire dai quali legge il tema dell’interpretazione giuridica) non valorizza proprio quella potenzialità giuspoietiche ascrivibili alla libertà individuale in un contesto liberal-democratico. Ma del resto, e come è noto, da parte libertaria (*rectius*, da parte di quel libertarismo di matrice rothbardiana), i conti con la democrazia sono ancora aperti: basti qui ricordare il volume, se non altro brillante, di HOPPE, *Democrazia, il Dio che ha fallito* (trad.it.), Macerata, 2010. Orbene, se si idealizza il concetto di diritto naturale e lo si fa diventare (per usare una terminologia tarelliana) un prodotto del mentalismo, la libertà dei libertari diventa una prigionia in cui la libertà degli individui ha una collocazione politica e un contenuto giuridico predefiniti, non già per opera dello Stato, ma (e ai fini del nostro discorso nulla muta, ovviamente) della tradizione, dei costumi, del passato, perdendo così, *in radice*, quei connotati oppositivi a ciò che storicamente è la dimensione del presente, e che la libertà individuale proprio nel suo svolgimento storico ha sempre inteso superare. Il che, in certa misura, è paradossale, ma, per altro verso, è la spia della sfiducia della libertà (e quindi nell’essere umano) che questo libertarismo (non troppo velatamente antidemocratico, e infatti, tendenzialmente, autoritario) fa propria. In senso più generale, sono allora intellettualmente suggestive e culturalmente benefiche alcune indicazioni che si rinvergono in MOMIGLIANO, *Pagine ebraiche*, Roma, 2016, e che affrontano il sempre problematico fondamento ideale della libertà nei suoi svolgimenti storici: v. in particolare ID., *Ermeneutica e pensiero politico classico in Leo Strauss*, Napoli, 1967, p. 221 ss., ma vanno visti tutti i saggi di cui si compone il volume, nonché, e non ultima, l’inedita conversazione con Momigliano della curatrice Silvia Berti, p. 277 ss.

quel medesimo soggettivismo operante quale centrale fattore istituzionale vanno oggi entrambi pacificamente annoverati, certo attraverso la mediazione giudiziale, tra i primari formanti del diritto e cioè tra i primari produttori di normatività<sup>65</sup>, senza che possa assumere particolare persuasività l'argomento per cui una pretesa individuale pensata in termini di fonte di produzione contraddice l'impostazione tradizionale: è, infatti, proprio questa 'impostazione tradizionale', che, restando tale, genera quella intollerabile asimmetria tra struttura e sovrastruttura, che innanzitutto è in sé un errore metodologico; ma si può anche aggiungere che, in ambito sociale, non esistono gli errori senza rimedi, nel senso che la forza dei fatti sociali è sempre superiore alla forza di una sovrastruttura storicamente inattuale (del resto, le ottuse resistenze al riformismo ben possono aprire le porte alla rivoluzione).

---

<sup>65</sup> Il che, a mio avviso (ma ovviamente qui posso fare solo un cenno a tale delicatissima questione), può avere anche il vantaggio di superare «la difficoltà di giungere a scelte collettive condivise in un ambiente caratterizzato da un'accentuata differenziazione dei valori»: così CUBEDDU, *Nuove tirannie*, cit., p. 7. Perché è chiaro che l'enfasi sul ruolo del giudice quale strumento di trasformazione endogena dell'ordinamento giuridico, a partire da un impulso esterno e riconducibile alla libertà individuale, impone senz'altro di ripensare all'idea di politica come luogo delle scelte di matrice collettiva. C'è infatti uno spazio politico, come più volte affermo nel testo, che è sottratto alla scelta (e quindi alla deliberazione) collettiva ed è invece attribuito – in termini di competizione interindividuale e in base a un processo di 'adjudication' – a una 'lotta per il diritto' riconducibile al meccanismo catalattico di hayekiana memoria (laddove, da parte liberale classica, ma soprattutto libertaria, la politica è fatta invece coincidere interamente con le scelte strutturalmente e istituzionalmente collettive: v. ancora CUBEDDU, *Nuove tirannie*, cit., *passim*, e ad esempio p. 8: «[N]on sembra sia ancora possibile fare completamente a meno di scelte collettive e quindi di politica [...]»). Ma ben si può pensare alla politica a partire dalle scelte individuali, appunto in una logica di competizione rispetto alle scelte collettive; con la conseguenza che gli spazi delle une e delle altre sarà il prodotto di tale competizione, tutta da giocarsi sul terreno socio-culturale.

Si può fare, al proposito, il nome (che potrà anche sorprendere, o al limite spiacere) di Emilio Betti<sup>66</sup>, che ha sempre contrastato la visione particolaristica del diritto<sup>67</sup>, opponendovi un approccio interpretativo finalizzato, in sintesi, a quegli innesti transordimentali<sup>68</sup> (realizzati appunto *ope interpretationis*) oggi così diffusi e grazie ai quali il dialogo tra giurisdizioni non solo è possibile ma costituisce una fruttifera realtà, nell'idea che l'attività interpretativa è strumento di creazione razionale (rispetto alla tenuta argomentativa) e ragionevole (rispetto alle esigenze storico-sociali) di nuovo diritto. Con la precisazione, che può anche (e forse deve) essere assunta in termini

---

<sup>66</sup> Che abitualmente passa per essere dogmatico e formalista, nonché (assai peggio) per esser stato culturalmente «in forte ritardo rispetto alla sua epoca»: la frase si legge in SACCO e ROSSI, *Introduzione al diritto comparato*<sup>7</sup>, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da Sacco, Milano, 2019, p. 230, nota 92.

<sup>67</sup> Mi riferisco qui alle parole (oltremodo significative) pronunciate da Betti in occasione delle sue onoranze: le riferisce CRIFÒ, *Onoranze a Emilio Betti* (Roma, 22 novembre 1962), in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1962 (XXVIII), p. 520 ss. Ivi (pp. 524-525) Betti traccia un programma didattico e di ricerca, anche in chiave metodologica, che definire 'ancora attuale' sarebbe riduttivo.

<sup>68</sup> V. in particolare, il seguente passaggio, che si legge ivi, a p. 525: «Partendo dal presupposto indimostrato che nell'orbita di un ordinamento non possano trovare applicazione norme che non abbiano in esso la propria fonte, la visuale positivista è costretta a postulare dispositivi automatici di recezione, d'inserzione o d'imitazione legislativa, che provvederebbero a ristabilire di continuo la conformità richiesta fra le norme dell'uno e le norme dell'altro ordinamento. Ma, a ben guardare, non si tratta di immettere norme giuridiche da un ordinamento in un altro, ma di ricavare dall'uno massime di decisione da applicare nell'altro; e i procedimenti di rinvio, di adattamento, di adeguazione, come anche di trasposizione o conversione, che a tal uopo si rendono necessari, si rivelano alla riflessione semplici processi ermeneutici, che si svolgono, non già sul piano nomogenetico della produzione del diritto, ma sul piano *interpretativo*, della sua applicazione: processi, che rispondono al canone della coerenza ermeneutica e all'esigenza di adeguazione dell'intendere, specialmente viva nel campo dell'interpretazione in funzione direttiva della condotta, nel concorso di leggi statali diverse, chiamate in potenza ad essere applicate congiuntamente. In verità, non abbiamo alcun bisogno di ricorrere a metafore desunte dal mondo fisico: se il diritto è un fatto spirituale, vale per esso, come per altre strutture foggiate dalla civiltà umana, la scoperta di Giambattista Vico: "questo mondo civile è stato fatto dagli uomini; onde se ne possono, perché se ne debbono, ritrovare i principi entro le modificazioni della nostra medesima mente umana"» (corsivo orig.).

problematici, per cui la tenuta argomentativa non va valutata soltanto rispetto a se stessa, dovendo essere invece proiettata sul terreno della specifica esigenza (pretesa) da cui origina la controversia<sup>69</sup>; ma se è così, ne consegue che la coerenza e la razionalità argomentative saranno criteri bensì irrinunciabili, ma solo se non, per così dire, retrospettivi, cioè ancorati a un ordinamento giuridico assunto quale *a priori*, posto che non si tratta di difendere l'esistente, ma di capire, se, perché e come l'esistente possa (o debba) essere modificato.

In questo senso, allora, razionalità e ragionevolezza sono semplici 'ragioni pratiche'<sup>70</sup>, cioè ragioni strumentali all'elaborazione di un giudizio che quale oggetto ha i necessari, progressivi adattamenti e assestamenti della giuridicità, ma non già categorie concettuali metafisicheggianti.

Si può così parlare, senza alcun timore teoretico, di un passaggio dalla norma 'posta' dal legislatore alla regola 'costruita' dall'interprete<sup>71</sup>, anzitutto per due ragioni: da un lato, il fisiologico ritardo con il quale il legislatore interviene rispetto a qualunque domanda sociale (che come tale ha tendenzialmente una dimensione intrinsecamente transnazionale); dall'altro lato, l'esigenza degli individui di poter accedere a forme di partecipazione politica non troppo distanti dalla effettività nomopoietica della pretesa esercitata vittoriosamente nel processo.

Vanno allora ripensate le forme di partecipazione diretta alle decisioni politiche<sup>72</sup> (nella prospettiva del principio di sussidiarietà), sì che anche sul versante spiccatamente istituzionale (e non solo processuale) il singolo possa guardare a se stesso quale elemento costitutivo degli aggregati sociali<sup>73</sup>, e non solo quale destinatario di una

---

<sup>69</sup> Cfr. RORTY, *La filosofia dopo la filosofia. Contingenza, ironia e solidarietà* (trad.it.), Roma-Bari, 2001, p. 63.

<sup>70</sup> Cfr. di nuovo VETTORI, *Persona e Mercato*, cit., pp. 11-12.

<sup>71</sup> LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013 e ID., *Diritto civile e ragione*, Milano, 2019.

<sup>72</sup> Cfr. ora Masala e Viviani (a cura di), *L'età dei populismi. Un'analisi politica e sociale*, Roma, 2020.

<sup>73</sup> Di particolare interesse è LEONI, *Una teoria «neo-jeffersoniana» della funzione del potere giudiziario in una società democratica*, in *Il Politico*, 1964, p. 357 ss.

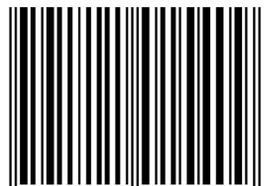
MAURO GRONDONA

decisione collettiva assunta in una sede oggi, per molti versi, troppo lontana e troppo lenta, cui vai ricondotto, in non piccola parte, il fenomeno così diffuso, e socialmente deleterio, della ‘crisi della politica’<sup>74</sup>.

---

<sup>74</sup> Al proposito richiamo ancora CUBEDDU, *Nuove tirannidi*, cit., *passim*. Ma v. ora NUSSBAUM, *La monarchia della paura. Considerazioni sulla crisi politica attuale*, Bologna, 2020.

ISBN 979-12-210-1540-9



9 791221 015409