



Accademia

Rivista dell'Associazione dei civilisti italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **uno** Gennaio - Aprile 2023

• **CONFRONTI**

*Carmelita Camardi, Stefano Pagliantini,
Matteo Dellacasa, Edoardo Bacciardi, Franco Trubiani*

• **ORIENTAMENTI**

*Guido Alpa, Simona Caporusso, Francesco Di Ciommo,
Andrea Maria Garofalo*

• **OPINIONI**

*Roberto Bocchini, Francesco Ricci, Massimo D'Auria,
Claudia Benanti, Francesca Cerea, Susanna Sandulli,
Claudio Scognamiglio*

• **INTERSEZIONI**

*Roberto Conti, Vincenzo Cuffaro, Francesco Gambino,
Giacomo Pace Gravina, Vincenzo Ricciuto,
Mauro Grondona*

• **OSSERVATORI**

Angelo Barba, Lourdes Fernandez Del Moral

Direttore editoriale/Editor-in-chief:

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

Vicedirettore/ Deputy director:

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

Comitato Editoriale/Editorial Board:

Maria Astone – Università di Messina
Angelo Barba – Università di Siena
Francesca Bartolini – Università Link di Roma
Elena Bargelli – Università di Pisa
Ettore Battelli – Università di Roma Tre
Elena Bellisario – Università di Roma Tre
Claudia Benanti – Università di Catania
Valentina Calderai – Università di Pisa
Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia
Francesca Cristiani – Università di Pisa
Massimo D'Auria – Università di Siena
Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale
Matteo Dellacasa – Università di Pavia
Valentina Di Gregorio – Università di Genova
Chiara Favilli – Università di Firenze
Fulvio Gigliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro
Mauro Grondona – Università di Genova
Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II
Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope
Riccardo Omodei Salè – Università di Verona
Stefano Pagliantini – Università di Siena
Teresa Pasquino – Università di Trento
Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II
Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro
Nicola Rizzo – Università di Pavia
Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata
Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano
Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

Comitato di Redazione/Editorial Staff:

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa
Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia
Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano
Francesca Cerea – Università di Bergamo
Martina D'Onofrio – Università di Siena
Andrea Maria Garofalo – Università di Trento
Antonello Iuliani – Università di Siena
Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia
Susanna Sandulli – Università di Roma Tre
Daniela Santaripa – Università di Siena
Elisa Stracqualursi – Università di Pisa
Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza
Aurelio Gentili – Università di Roma Tre
Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

Valutatori/Referee

Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Donato Carusi (Università di Genova) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Lilibiana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Michele Sesta (Università di Bologna).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*double blind peer-review*) ovvero pubblicati previo parere favorevole di un componente del comitato editoriale.

© Copyright 2023 – Accademia Rivista dell'Associazione dei Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269

Rivista online in open access periodicità quadrimestrale

Direzione e Redazione:
Roma

Produzione e distribuzione

Pacini Editore srl – Via Gherardesca 1 – 56121 Pisa Ospedaletto
– tel. 050 313011

Sommario

p. 5

CONFRONTI

CARMELITA CAMARDI, Sulla Governance digitale europea: una proposta di confronto | *European digital Governance: a call for discussion* » 7

STEFANO PAGLIANTINI, Trent'anni di direttiva 93/13, postvessatorietà restitutoria ed il vuoto di un'interpretazione conforme a tutto tondo | *Thirty years of Directive 93/13, restitutory "postvessatorietà" and the absence of a well-balanced interpretation* » 11

MATTEO DELLACASA, «Clausola abusiva...e poi?» Integrazione e nullità del contratto nella giurisprudenza della Corte di Giustizia | *"Unfair terms... and then?" Integration and nullity of the contract in the Court of Justice case law* » 25

EDOARDO BACCIARDI, Lo standard del consumatore medio tra *homo oe-conomicus* e *homo heuristicus* | *The average consumer standard betwe-en homo oeconomicus and homo heuristicus* » 77

FRANCO TRUBIANI, Le incerte sorti del "consumatore medio" tra con-dizionamenti cognitivi e nuove aperture della giurisprudenza | *The unclear fate of the "average consumer" between cognitive conditioning and new openings from jurisprudence* » 101

ORIENTAMENTI

GUIDO ALPA, Un nuovo statuto dei diritti nella società dei cambiamenti | *A new statute of rights within an evolving society* » 121

SIMONA CAPORUSSO, Attendendo le Sezioni Unite: appunti su tutela consumeristica, certezza del diritto e latitudine dei poteri officiosi | *Waiting for the Italian Supreme Court (Joint Divisions): notes on consumer protection, legal certainty and the latitude of the officious powers* » 139

FRANCESCO DI CIOMMO, Nullità consumeristiche, giudicato implicito e ruolo del giudice dell'esecuzione. Ovvero un pasticcio eurounitario in salsa italiana | *Consumer nullity, implicit res judicata and role of the enforcement judge. An Italian-style, European-wide mess* » 157

ANDREA MARIA GAROFALO, Oltre Banco di Desio: le (altre) ricadute sul sistema processuale italiano della giurisprudenza europea in tema di protezione effettiva del consumatore | *Beyond Banco di Desio: the (other) effects on the Italian procedural system of European case law regarding effective consumer protection* » 173

OPINIONI

ROBERTO BOCCHINI, Il contratto di logistica tra gli artt. 1570 bis e 1677 bis c.c.: dal ricovero di Sassocorvaro all'attualità del nostro codice | *Logistic contract among articles 1570 bis and 1677 bis of the Italian civil code, between Sassocorvaro's recovery and the timeliness of our Code* » 205

FRANCESCO RICCI, I contratti di distribuzione automobilistica integrata nel D.L. n. 68/2022 (dalla l. n.108/2022 alla l. n. 6/2023) | *Automotive integrated distribution contracts into D.L. n. 68/2022 (from l. n. 108/2022 to l. n. 6/2023)* » 231

MASSIMO D'AURIA, Convivenza e assegno di mantenimento | *Persons leaving together and maintenance allowance* » 253

CLAUDIA BENANTI, Vis attrattiva della funzione compensativa dell'assegno divorzile: la rilevanza dei sacrifici lavorativi compiuti durante la convivenza antecedente al matrimonio o all'unione civile | *Attractive vis of the compensatory function of the divorce allowance: the legal significance of labour sacrifices made during the cohabitation prior to marriage or civil union* » 265

FRANCESCA CEREÀ, «Complicanze» post-operatorie ed esonero da responsabilità del sanitario | *Postoperative complications and exclusion of medical liability* » 273

SUSANNA SANDULLI, Rettificazione di sesso e unioni civili | *Gender reassignment and civil unions* » 287

- CLAUDIO SCOGNAMIGLIO, Affidamento, responsabilità precontrattuale, inesigibilità: una nuova prospettiva di sviluppo della clausola generale di buona fede | *Legitimate expectation, pre contractual liability, write-off: a new development perspective of the good faith general clause* » 297

INTERSEZIONI

- ROBERTO GIOVANNI CONTI, Il mestiere del giudice e il diritto *incordato* di verità | *Working as judges and the right of truth* » 313
- VINCENZO CUFFARO, Verità e Giustizia omaggio al Diritto | *Truth and Justice: a tribute to Law* » 323
- FRANCESCO GAMBINO, Leonardo Sciascia e la pluralità degli ordinamenti giuridici | *Leonardo Sciascia and the plurality of legal systems* » 327
- GIACOMO PACE GRAVINA, Storie del diritto nella *Controversia liparitana* | *Stories of law in the Lipari controversy* » 335
- VINCENZO RICCIUTO, Giustizia e “senso della giustizia”. Il romanzo di Leonardo Sciascia nella lettura dei giuristi | *Justice and “sense of justice”. Sciascia’s novel in jurists’ work* » 343
- MAURO GRONDONA, Per un rinnovamento della teoria generale del diritto privato, ovvero: la forza sociale dell’individualismo | *Towards a renewal of the general theory of private law: the social force of individualism* » 357

OSSERVATORI

- ANGELO BARBA, La cultura delle riviste giuridiche tedesche: frammenti dal più recente dibattito sul diritto privato | *The knowledge of German legal reviews: excerpts from the most recent debate on private law* » 365
- LOURDES FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, Leggendo le riviste spagnole | *Reading Spanish reviews* » 381



Per un rinnovamento della teoria generale del diritto privato, ovvero: la forza sociale dell'individualismo*



Mauro Grondona

SOMMARIO: 1. Premessa: il diritto di una società aperta. – 2. Il pluralismo giuridico. – 3. L'ordine giuridico.

1. Premessa: il diritto di una società aperta

Il libro di Michele Spanò si presenta, ai miei occhi, come un'ambiziosa (e, nella prospettiva dell'a., pienamente riuscita) proposta di teoria generale del diritto, tutta protesa sul versante della socialità, diciamo pure del comune e del collettivo: comune e collettivo quali poteri istituenti, cioè poteri che creano diritto, e lo fanno a beneficio del collettivo e contro l'individuale. Nel presupposto che, tra il collettivo e l'individuale, non vi possa essere se non tensione e frizione; laddove, come cercherò più avanti almeno di accennare, l'attuale e per molti versi felice condizione del diritto postmoderno – nel senso di: plurale, flessibile, globalizzato, antidogmatico, giurisdizionalizzato – non solo può favorire una conciliazione tra l'individuale e il collettivo, e dunque tra le pretese delle persone e l'ordinamento, tra la libertà e i suoi limiti, ma può far sì che la dimensione collettiva, e cioè sociale, come tale ineliminabile, se non a costo di privare l'essere umano di uno dei suoi tratti costitutivi, appunto la socialità, funzioni quasi come paracadute, rispetto agli innumerevoli esperimenti sociali che l'agire individuale spontaneamente origina. In questo senso, l'individuale e il sociale, la libertà e il limite, il diritto privato e il diritto pubblico, la forza soggettiva e la forza oggettiva della giuridicità, non esprimono grandezze, o dimensioni, o aree, o luoghi politici (del resto, ogni azione, tanto individuale

* Appunti sparsi a margine di: Michele Spanò, *Fare il molteplice. Il diritto privato alla prova del comune*, Torino, 2022.

quanto sociale, ha una intrinseca, ineliminabile, politicità) reciprocamente lontani, o, ancor peggio, contrapposti, ma del tutto complementari: ciò che è individuale può rimanere tale (se risulta socialmente recessivo), ma spesso ciò che è individuale diviene anche sociale, proprio grazie a quelle caratteristiche di duttilità, flessibilità, adattabilità, inclusività (il diritto contemporaneo al quale tutti guardiamo con fiducia è il diritto di una società aperta, non il diritto delle ancora numerose società chiuse e che, in quanto tali, si oppongono all'apertura, cioè alla forza nomopoietica dell'individuo, che è la forza nomopoietica della libertà), competizione (tra idee, modelli, diversi individualismi: del resto, l'appena evocata società aperta è una società a fondamento individuale; e potremmo dire – richiamando alla memoria la famosa affermazione di Rodolfo Sacco, per cui 'la funzione sociale del contratto è il mercato' – che la funzione sociale dell'individuo è la società libera), che l'attuale diritto presenta, offrendo così grande spazio per una rinnovata e ambiziosa riflessione a cavallo tra il principio dell'*ex facto oritur ius* e la figura del *ius controversum*, che, appunto oggi, se si riuscisse a lavorare in stretta sinergia con giusantichisti (il diritto greco è una luce che splende, senza abbagliare¹; ma troppo spesso è lasciata spenta) e giusantropologi², potrebbero essere messi a frutto in relazione a un evoluzionismo giuridico che va di pari passo con la vertiginosa accelerazione del tempo del cambiamento (il problema più spinoso, questo, per una società liberale e per quell'individualismo filosofico-politico che ne è il presupposto ordinamentale; ma, a veder bene, è ancora e sempre il problema del rapporto tra continuità e discontinuità, che sta appunto al cuore di ogni prospettiva ermeneutica, e il diritto è una costante riflessione ermeneutica su sé stesso e sulla forza trasformativa di esso, nonché, appunto, sui tempi e sulle modalità delle trasformazioni socio-giuridiche in quanto tali), e che necessariamente richiede nuove e sperabilmente originali risposte teoriche.

Spanò – dicevo in apertura – guarda al diritto dal lato della socialità. Non è infatti un caso che tutti i saggi di cui il libro si compone siano, per un verso, una critica rivolta contro il diritto soggettivo (peraltro, un istituto giuridico che non sembra indispensabile come tale, almeno oggi³: il concetto di pretesa individuale⁴, e soprattutto di interesse meritevole di tutela, parrebbero più elastici e dunque maggiormente idonei all'interno di un sistema ordinamentale non instabile ma certamente mobile quale quello delle

¹ STOLFI, *La cultura giuridica dell'antica Grecia. Legge, politica, giustizia*, Roma, 2020.

² FOLETS, GOODALE, SAPIGNOLI, ZENKER (ed. by), *The Oxford Handbook of Law and Anthropology*, Oxford, 2022.

³ E tuttavia, già ieri, osservava, ben fondatamente, SCHLESINGER, *La «ingiustizia» del danno nell'illecito civile* (1960), in *Le prolusioni dei civilisti*, III (1940-1979), Napoli, 2012, 2895 ss., qui 2898: «[D]a un punto di vista metodologico, non si raccomanda un'interpretazione che cerca di cogliere il significato di un elemento di una certa fattispecie, avvalendosi di un concetto dogmatico, quale quello di diritto soggettivo assoluto: concetto che non solo è frutto di elaborazione puramente teorica, ma per di più è particolarmente tormentato e controverso».

⁴ Qui il riferimento imprescindibile, soprattutto nella prospettiva giusevoluzionista, resta LEONI, *Il diritto come pretesa*, Macerata, 2004. Ma allora si vedrà con gran profitto: CUBEDDU, *Scambio dei poteri e stato delle pretese. Scritti su Bruno Leoni*, Prefazione di A. Mingardi, Torino, 2021.

contemporanee società aperte), e, per altro verso, una critica rivolta contro la classica (ma anch'essa certamente oggi meno salda di ieri) distinzione tra diritto privato e diritto pubblico (da questo punto di vista, preciso subito, proprio una visione giusevoluzionista a fondamento individuale può consentire un continuo scambio tra diritto privato e diritto pubblico al di fuori di ogni dogmatismo nozionistico rispetto a determinate categorie concettuali, che sono come sempre meri strumenti ordinatori, senza poter avere, in sé, alcuna rilevanza, e soprattutto incidenza, ontologica).

Peraltro, al di là di sensibilità culturali e propensioni politico-filosofiche maggiormente orientate lungo l'asse della socialità ovvero lungo quello dell'individualità, non c'è dubbio che, non già chi si occupi di diritto privato in senso strettamente esegetico-normativo, ma chi pensi al diritto privato in primo luogo come a una teoria generale della società (teoria, di cui, peraltro, noi tutti siamo parte attiva, in quanto esseri viventi in un contesto politico, quale quello del cosiddetto mondo occidentale, che guarda con favore a tutto ciò che porta o che possa portare a un progressivo avanzamento della libertà individuale – in questa prospettiva evolucionista, anche l'errore, ovviamente, è strumento di conoscenza, e dunque di miglioramento e di progresso; del resto, ogni società effettivamente liberale è una società popperiana, o comunque è una società nella quale il tasso di 'popperianesimo giuspolitico' è bensì tale da non far temere gli errori, ma, al contempo, è altresì tale da favorire un contesto culturale all'interno del quale il concetto stesso di libertà non si trasformi in errore, e l'errore reiterato, perché non corretto, distrugga così la stessa libertà), in questo volume troverà interessanti e condivisibili supporti per meglio tracciare (anche criticamente, s'intende) il percorso della libertà e dell'autonomia, che però sono, e restano, gli assi portanti di qualunque teoria sociale non autoritaria.

Orbene, rispetto all'impostazione generale di Spanò, chi scrive è sicuramente d'accordo nel vedere (ma ovviamente con fiducia assai maggiore) nei poteri individuali, dunque nell'azione umana (qui pensando in particolare alla lezione della Scuola austriaca, e su questo punto soprattutto a Ludwig von Mises, nonché alla magnifica elaborazione teorica hayekiana⁵, che è un vero pilastro epistemologico proprio rispetto alla dimensione attuale della giuridicità: a trazione individuale, e dunque giurisprudenziale; tanto che, si potrebbe dire senza particolari difficoltà, al di là delle sempre in agguato tigne tra l'ideologismo e il dogmatismo, che siamo tutti hayekiani, cioè siamo tutti individualisti, e l'individualismo – sommamente benefico perché aperto a recepire tutto ciò che di meglio l'umanità è in grado di realizzare – non coincide con quell'egoismo da tanti identificato in un malefico prodotto liberale, anzi, nel liberalismo comunitario potendo trovare un temperamento in quella chiave sociale che è il perfetto contraltare della dimensione indivi-

⁵ V. in particolare: HAYEK, *Law, Legislation, and Liberty*, ed. by SHEARMUR, Chicago, 2022; ID., *The Sensory Order and Other Writings on the Foundations of Theoretical Psychology*, ed. and with a Foreword by V.J. Vanberg, Chicago, 2017; in trad. it., usciti in nuova ed. presso Società aperta, abbiamo ora: VON HAYEK, *L'ordine sensoriale. I fondamenti della psicologia teorica*, Prefazione di R. Cubeddu, Milano, 2021; ID., *Diritto, legislazione e libertà*, a cura di INFANTINO e MONATERI, Milano, 2022.

duale), il più efficace, efficiente, effettivo ‘motore sociale’ – con un continuo e reciproco scambio tra ciò che è individuale e ciò che è, o che è anche, sociale.

2. Il pluralismo giuridico

Vediamo allora, intanto, come si presenta il volume, che nasce come raccolta di saggi (una ‘notizia sui testi’ si legge a p. 26), e «[c]iascun saggio è un colpo di sonda deciso a fare luce su una relazione – quella che lega il diritto privato al collettivo, al molteplice, all’innumerabile, al più d’uno – che sembra avere la forma di un’impossibilità» (9).

Orbene, all’introduzione ‘Fare il molteplice. Appunti per una ri-civilizzazione del diritto privato’, seguono sette scritti: ‘Istituire i beni comuni. Una prospettiva filosofica-giuridica’; ‘Il comune rimedio. Un’apologia minima della tutela’; ‘Situazioni dell’autonomia. Sul carattere cooperativo del diritto privato’; ‘«Cambiare sole»’. Il diritto privato come infrastruttura del comune’; ‘Più d’Uno. La class action tra «tortificazione» del diritto civile e tramonto del diritto soggettivo’; ‘Le istituzioni dei privati. Autonomia, rapporti, cooperazione’; ‘Al di là del diritto soggettivo. Il diritto civile e la politica dei moderni’.

La critica di Spanò, vista nella sua portata generale, che qui mi limito ad accennare, ha ovviamente non solo una rilevanza teorica, ma anche significative ricadute pratiche: «Tutti gli istituti del diritto privato – contratto, proprietà, responsabilità civile – attendono di essere riletti alla luce di un diritto privato concepito e praticato come diritto del comune. Un diritto privato liberato dal nesso che ancora lo lega falsamente e pericolosamente allo Stato, alla legge e al pubblico [...]» (87).

Aggiungerei che, sotto il profilo teorico, la critica che l’a. sviluppa non è l’unica che possa condurre a conseguenze, se non identiche, simili, almeno rispetto alla dimensione del pluralismo giuridico: penso, ad esempio, alla raffinatissima elaborazione teorica che un filosofo del diritto come Francesco Viola sta svolgendo in questi ultimi anni, insistendo bensì sul diritto come ragione pratica dell’agire, e dunque aprendo alle prassi sociali, ma poi da ultimo distinguendo tra individualismo e singolarismo, o singolarità⁶, temendo egli infatti che la centralità del singolo possa in sostanza distruggere, più che non costruire, laddove Spanò non teme affatto le singolarità, ma anzi guarda a esse come aggregati sociali mobili, e appunto plurali, che, aggregandosi a seconda dell’interesse che questi soggetti intendono proteggere, e anzi vedere protetti, producono nuovo diritto («I bisogni sociali, proprio quando cominciano a essere soddisfatti universalisticamente, divengono anche la posta in gioco di movimenti politici della differenza e della singolarizzazione», 121).

In ogni modo, il punto di partenza del ragionamento e dell’impostazione del lavoro è nel segno del pluralismo: sociale e quindi politico; il punto di arrivo è nel segno di un

⁶ VIOLA, *Diritto e cultura* (draft – 8 novembre 2022), https://www.academia.edu/90470121/Diritto_e_cultura; e ora ID., *Indipendenza, dipendenza, interdipendenza in una società di singoli*, in ALICI, PIEROSARA (a cura di), *Debito e promessa. Tra dipendenza e autonomia*, Milano, 2023, 23 ss.

diritto oggettivo e cioè di un ordinamento giuridico che in sostanza è il prodotto di questo pluralismo.

Naturalmente, la forza del pluralismo, la forza del collettivo, la forza del comune va differenziata: c'è una forza materiale (e l'aspetto della materialità nel libro ritorna più volte), e poi c'è una forza giuridica, quel giuridicamente rilevante che, come tale, entra nel perimetro delle fonti del diritto.

Ma il problema non è tanto quello delle fonti del diritto (oggi, davanti a un diritto fortemente giurisdizionalizzato, non siamo certamente in un'epoca in cui la situazione giuridica soggettiva fatta valere è tutelata solo se possa essere sussunta all'interno di una fattispecie che attribuisca al soggetto un diritto); il problema è quello della giuridicizzazione degli interessi.

Dal punto di vista delle tutele («La tutela è davvero un nuovo nome dell'equità, che però non opera secondo il principio del restauro e della deroga, ma come motore del cambiamento giuridico e dell'estensione di ciò che conta come diritto, una volta che abbia spezzato il rapporto tra determinazione del diritto e realizzazione – tramite azione – dell'interesse», 53), non c'è dubbio che vi è stata un'espansione (si parla ormai abitualmente di linguaggio dei rimedi, e Adolfo di Majo è infatti autore utilizzato da Spanò) rimediale, e quindi, al di là del fatto che vi sia o no un diritto soggettivo, ci dovrà essere tutela quando vi sia un interesse qualificato dalla giurisprudenza (nella logica di una dialettica storicisticamente orientata, s'intende) come giuridicamente rilevante.

Mi pare, allora, che il principale problema non sia oggi quello dell'abbattimento del diritto soggettivo, che è stato sconfitto, direi con certezza, a partire dalla celeberrima sentenza di Cassazione n. 500 del 1999 (in dottrina, ciò era accaduto senza dubbio ben prima, a partire dagli anni Sessanta, come ognuno ben sa); si tratta piuttosto di riflettere intorno alle tecniche argomentative attraverso cui far entrare nello spazio della giuridicità ciò che non è, o non è ancora, giuridico: qui le opzioni teoriche sono le più varie, nel senso che possono essere, e in effetti sono, differenti le strade che si possono percorrere per arrivare a una giuridicità non imposta da un legislatore, ma costruita, e forse meglio proposta, dal basso, e poi però recepita da un livello più alto: l'ordinamento giuridico reso duttile dal ruolo della giurisprudenza quale fonte del diritto.

3. L'ordine giuridico

Parlare di recezione della giuridicità implica necessariamente far riferimento a un filtro, a una mediazione, esercitata da un livello che sta sopra il mero fatto: è un aspetto insuperabile e al centro della questione dell'ordine: tanto politico, quanto giuridico.

Siamo dunque di fronte all'esercizio di un potere politico, accentrato o diffuso che sia, il quale, selezionando e distinguendo, non libera comunque il diritto dalla dimensione ordinamentale: che si tratti poi di un ordinamento statuale o non statuale, non cambia i termini della questione.

Michele Spanò è antistatalista da sinistra, e persegue con fiducia la sua strada («Il diritto e la società sono [...] una cosa sola [...], 87); ma le cose non sono così diverse, se

pensiamo agli antistatalisti da destra: soprattutto Murray Rothbard e i suoi seguaci – pochi ma certamente agguerriti.

Anch'essi vogliono abbattere lo Stato; anch'essi non possono superare il problema del filtro: recezione, qualificazione, accoglimento, riconoscimento. Possono essere tanti i nomi che contraddistinguono un fenomeno che è reale, e che del resto pone anche la questione del conflitto rispetto alla quale, tanto chi guardi all'individuo quanto chi guardi al collettivo o alle singolarità sparse nell'ambito sociale, e che poi trovano necessariamente momenti di aggregazione, è sensibile.

Proprio il conflitto pone il problema di disporre di un criterio di giudizio, di un *tertium comparationis*, di un ordine giuridico, che, nazionale o sovranazionale, statutale o non statutale, opera sempre in chiave selettiva, e in questo senso sovrana (e l'esempio di Cesarini Sforza, che pure Spanò in più luoghi presenta come punta avanzata del pluralismo, in realtà – come rileva del resto lo stesso a. –, delude, perché Cesarini Sforza era un convinto corporativista, e in questo senso un giurista ideologicamente autoritario).

Orbene, se l'obiettivo è quello di mettere a punto una teoria giuridica che consenta di rendere più mobile l'assetto giuridico, di renderlo plurale, cioè di far entrare nel massimo grado possibile gli interessi sociali all'interno dell'ordinamento (ora non distinguiamo tra interessi individuali e interessi collettivi, nel senso di interessi di collettività, di gruppi), è ovvio che un filtro serve, perché siamo perfettamente all'interno della lotta per il diritto, cioè della lotta per il riconoscimento giuridico.

Io mi sento vicino alla proposta di un pluralismo integrale, che ben può essere accostata a quel liberalismo integrale di cui si accennava all'inizio e che però ammette la falsificazione (e in questo senso è una teoria scientifica e non solo una dottrina ideologica): la falsificazione si ha nel momento dell'eccesso di pluralismo sfociante in un eccesso di tutela (tanto è vero che, appunto il già evocato Popper, poneva dei limiti contro quell'eccesso di liberalismo che rischia di portare alla distruzione la società aperta).

Si tratta allora di un rischio insito tanto in una teoria tutta improntata al sociale, al collettivo, al comune, quanto in una teoria tutta improntata all'individuale.

Del resto, ci sono alcune pagine dedicate al tema della pretesa, valorizzata non tanto nell'ottica dell'azione, ma nel senso strumentale di nuovo interesse portato in giudizio perché possa ricevere una qualificazione giuridicamente rilevante e in favore, ovviamente, di chi questa qualificazione invoca («Ciò che governa in prima istanza il diritto dei rimedi è dell'ordine dell'interesse e del bisogno, non del diritto; dell'attore, non dell'ordinamento. Se perciò esso intrattiene un rapporto non estrinseco con il processo e le sue regole, tuttavia non si esaurisce mai in esse. A contare nel caso dei rimedi è sempre prima di tutto l'effettività della tutela giurisdizionale, ma soltanto laddove essa sia compresa a sua volta come un effetto di quegli stessi rimedi che la sollecitano; che, propriamente, attivandosi, la "effettuano"», 50).

Benissimo, a mio modo di vedere, che la pretesa assuma il ruolo di fonte indiretta. Fonte diretta, è impossibile: ma ciò è impossibile pure nell'ottica del collettivo, del comune; anche il collettivo, il comune esprimono un ordine giuridico: ovviamente, quando ci si trova di fronte a gruppi contraddistinti da una compattezza ideologica, è chiaro che non sia avvertita la presenza ordinamentale, ma anche qui l'ordinamento c'è, esattamente

te come c'è (dico 'ordinamento' nel senso di un livello più ampio e sovraindividuale) all'interno di quegli esperimenti di città o comunità libertarie statunitensi; come c'è all'interno di quegli esperimenti di costituzione e di gestione di beni comuni: ogni esperienza circoscritta, ma ideologicamente forte e compatta, sembra non porre il problema della differenza tra fatto e diritto, tra interesse materiale e interesse giuridicamente rilevante, tra azione del singolo e ordine giuridico, tra diritto e società.

In realtà, il problema è risolto *in radice* perché non c'è conflitto politico, e dunque giuridico, tra i membri di tali gruppi.

E tuttavia il conflitto è fondamentale, tanto in chiave teorica che pratica, appunto perché serve ad aprire gli spazi della giuridicità, in quel costante percorso di edificazione del giuridico (Riccardo Orestano è ben presente nella riflessione di Spanò). Ma il conflitto sociale, cioè all'interno dello spazio sociale, non è solo un conflitto tra gruppi, tra collettivi, tra aggregati, è anche (anzi è soprattutto) un conflitto tra interessi individuali: e tuttavia la dimensione individuale rimane molto sullo sfondo, dato che l'individuo richiama il diritto soggettivo, richiama la dogmatica tradizionale, e Michele Spanò scrive, a p. 11, che fidarsi della dogmatica significa farne l'apologia.

Se la dogmatica tradizionale ha certamente bisogno di un rinnovamento e di un adeguamento (e proprio questo volume potrà svolgere una tale funzione critica), è anche vero che una dogmatica tradizionale protesa sul fronte individuale può rivelarsi oggi particolarmente utile, recuperando prospettive che parevano ormai superate.

Mi riferisco in particolare al fatto che in alcune pagine del volume emerge l'idea di un ritorno del negozio, che mi trova del tutto d'accordo, appunto perché, se parliamo di contratto, l'aspetto patrimoniale è in primo piano, ma se parliamo di negozio è l'aspetto volontaristico a emergere: certo non più in senso strettamente e anacronisticamente psicologico⁷. Al contrario, una volontà negoziale che, in questo senso, contribuisce potentemente a ricostruire quell'ordine giuridico che è ineliminabile e indispensabile nella sua capacità adattativa, soprattutto rispetto alla dimensione politica di quel liberalismo comunitario cui si è fatto cenno; un ordine giuridico che nel suo costante rigenerarsi (e, rigenerandosi, andando a incidere così sulla dogmatica) è più efficace strumento di tutela delle nuove pretese e dei nuovi interessi.

Da questo punto di vista, l'individuo non è mai un nemico sociale: l'individuo è quel singolo che agendo nel contesto sociale produce nuovo diritto. Ecco che, allora, e nel segno della cooperazione tra ciò che è individuale e ciò che diviene sociale, è vero che il diritto e la società sono una cosa sola (87).

⁷ Su tutti questi aspetti, va visto ora il notevole lavoro, illuminante sotto vari profili, di DALLA MASSARA, *Il consenso annichilito. La critica radicale del contratto in Siegmund Schlossmann*, Bologna, 2021.