



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence



Volume 1
Number 2
December 2021

Bononia
University Press



Direzione/Editors: A. Banfi (Univ. Bergamo), G. Luchetti (Univ. Bologna), M. Ricciardi (Univ. Milano Statale).

Comitato Direttivo/Editorial Board: M. Brutti (Univ. Roma Sapienza), A. Calore (Univ. Brescia), E. Cantarella (Univ. Milano Statale), E. Chevreau (Univ. Paris Panthéon), M. Miglietta (Univ. Trento), E. Stolfi (Univ. Siena).

Comitato Scientifico/Scientific Committee: Francisco J. Andrés Santos (Univ. Valladolid), Martin Avenarius (Univ. Köln), Ulrike Babusiaux (Univ. Zürich), Christian Baldus (Univ. Heidelberg), Maurizio Bettini (Univ. Siena), Italo Birocchi (Univ. Roma Sapienza), Mauro Bonazzi (Univ. Utrecht), Amelia Castresana Herrero (Univ. Salamanca), Marco Cavina (Univ. Bologna), Orazio Condorelli (Univ. Catania), Pietro Costa (Univ. Firenze), Wojciech Dajczak (Univ. Poznań), Lucio De Giovanni (Univ. Napoli Federico II), Oliviero Diliberto (Univ. Roma Sapienza), Athina Dimopoulou (Nat. Kap. Univ. Athens), Elio Dovere (Univ. Napoli Parthenope), Roberto Esposito (Scuola Normale Superiore), Giuseppe Falcone (Univ. Palermo), Michael Gagarin (Texas Univ.), Jean-François Gerkens (Univ. Liège), Peter Gröschler (Univ. Mainz), Alejandro Guzmán Brito † (Pont. Univ. Cat. Valparaiso), Akira Koba (Univ. Tokyo), Umberto Laffi (Univ. Pisa-Accad. Naz. Lincei), Andrea Lovato (Univ. Bari), William N. Lucy (Univ. Durham), Laretta Maganzani (Univ. Milano Cattolica), Valerio Marotta (Univ. Pavia), Thomas McGinn (Vanderbilt Univ.), Guido Melis (Univ. Roma Sapienza), Carlo Nitsch (Univ. Napoli Federico II), Antonio Padoa-Schioppa (Univ. Milano Statale), Javier Paricio Serrano (Univ. Complutense Madrid), Aldo Petrucci (Univ. Pisa), Johannes Platschek (Univ. München), Francesco Riccobono (Univ. Napoli Federico II), Gianni Santucci (Univ. Trento), Nicoletta Sarti (Univ. Bologna), Aldo Schiavone (ERC-Univ. Roma Sapienza), Alessandro Somma (Univ. Roma Sapienza), Gerhard Thür (Öst. Akad. d. Wiss.), Eduardo Vera-Cruz Pinto (Univ. Lisboa).

Comitato di Redazione: T. Beggio, P. Biavaschi, F. Bonin, P. Carvajal, A. Cirillo, G. Cossa, S. Di Maria, M. Fino, O. Galante, E. Marelli, F. Mattioli, A. Nitsch, I. Pontoriero, J. Ruggiero, E. Sciandrello, G. Turelli.



An International Journal
on Legal History and Comparative
Jurisprudence

Volume 1
Number 2
December 2021

Specula Iuris è resa possibile grazie al sostegno del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Bergamo, del Dipartimento di Scienze Giuridiche "Cesare Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano.

Direttore Responsabile

Giovanni Luchetti

Editorial office

email: redazione@speculaiuris.it

Web page

<http://www.speculaiuris.it>

Print subscription (2 issues)

€ 100

Subscription office

ordini@buponline.com

Publisher

Fondazione Bologna University Press

Via Saragozza, 10

40123 Bologna (Italy)

tel.: +39 051 232882

fax: +39 051 221019

ISSN: 2784-9155

ISSN online: 2785-2652

ISBN: 978-88-6923-982-3

ISBN online: 978-88-6923-985-4

Doi: doi.org/10.30682/specula0102

Registrazione

Tribunale di Bologna, n. 8567 del 03/06/2021

Gli articoli sono pubblicati sotto licenza Creative Commons CC-BY-NC-SA 4.0

Articles are licensed under a Creative Commons attribution CC-BY-NC-SA 4.0

Graphic Layout

DoppioClickArt – San Lazzaro (BO)

Cover

Portrait of Vincent of Beauvais, in *Speculum Historiale*, trans. into French by Jean de Vignay, Bruges, c. 1478-1480, British Library, Royal 14 E. i, vol. 1, f. 3 (Creative Commons attribution CC0 1.0).

Sommario

| | |
|---|-----|
| La democrazia a teatro. Scene di voto nella tragedia greca EMANUELE STOLFI | 5 |
| <i>Exceptio doli</i> y delegación. Una aproximación a sus problemas PATRICIO LAZO | 45 |
| Meciano e o <i>ex lege Rhodia</i> (d. 14.2.9). Una possível hipótese palingenética FRANCISCO RODRIGUES ROCHA | 59 |
| Psello e il diritto. Considerazioni preliminari agli scritti giuridici di Michele Psello ANTONIO BANFI | 93 |
| L'ordine sistematico nella tradizione civilistica europea. Osservazioni minime ANDREA LOVATO | 119 |
| Premesse per una discussione sul rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile. A partire dalla lezione di Tullio Ascarelli MAURO GRONDONA | 153 |

Premesse per una discussione sul rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile

A partire dalla lezione di Tullio Ascarelli

Mauro Grondona

Dipartimento di Giurisprudenza, Università di Genova, Genova, Italia

Abstract (Italiano)

Lo scritto si prefigge di riflettere, a partire da un contributo di carattere teorico e metodologico di Tullio Ascarelli del 1953, su alcuni aspetti del rapporto tra continuità e discontinuità nel diritto civile italiano. Sullo sfondo, vi è l'avvertita, diffusa e generalizzata esigenza di un rinnovamento metodologico, di fronte al massiccio ricorso, da parte della giurisprudenza italiana, a un'argomentazione fondata in larga misura sui principi generali e sulle clausole generali. Tuttavia, proprio la lezione metodologica di Ascarelli mostra come l'apertura ermeneutica dell'interprete non rappresenti un attentato contro la certezza del diritto e la prevedibilità delle decisioni (e quindi delle trasformazioni dell'ordinamento giuridico in via interpretativa), perché questa apertura ermeneutica non è mai lasciata a sé stessa, ma è oggetto di controlli, tanto di carattere ordinamentale, quanto di carattere sociale. Ciò, naturalmente (nella prospettiva di Ascarelli e in quella della più attenta giusermeneutica contemporanea), a condizione che il rapporto tra continuità e discontinuità giuridica venga collocato in una dimensione autenticamente storica, che guarda al giurista-interprete quale soggetto chiamato a valutare normativamente la realtà, così dando vita a nuove regole giuridiche, in un continuo processo di costante adattamento dell'ordinamento giuridico all'ordine sociale.

Keywords: Tullio Ascarelli, continuità, discontinuità, ermeneutica giuridica, diritto privato

Abstract (English)

Starting from a Tullio Ascarelli theoretical and methodological essay published in 1953, this paper proposes a thoughtful discussion on some aspects of the relationship between continuity and discontinuity in Italian civil law. In the background, there is the perceived need for a methodological renewal in the face of Italian case law massive recourse to an argumentation largely based on general principles and general clauses. However, Ascarelli's methodological lesson shows how the interpreter hermeneutic openness does not represent an attack against the certainty of law and the predictability of decisions (therefore of the transformations of the legal system by way of interpretation), because this hermeneutic openness is never left to itself, but is subject to controls of legal and social nature. Hence, of course – in Ascarelli's perspective and in that of the most attentive contemporary legal

hermeneutics –, provided that the relationship between legal continuity and discontinuity is placed in an authentically historical dimension, which looks to the jurist–interpreter as the subject called upon to assess reality normatively, thus giving rise to new legal rules, in a continuous process of constant adaptation of the legal system to the social order.

Keywords: Tullio Ascarelli, continuity, discontinuity, legal hermeneutics, Italian private law

1. Il problema del mutamento giuridico e l'intrinseca forza politica della dimensione della giuridicità¹

Il problema del mutamento giuridico, e quindi il problema del rapporto tra continuità e discontinuità, e così, potremmo anche dire (ma in senso più ampio e trasversale) tra tradizione e tradizionalismo, da un lato, e tra riforma e rivoluzione, dall'altro lato, non solo è un classico problema che il diritto, e quindi il giurista, in (e di) ogni tempo ha dovuto affrontare², ma è un problema sul quale Tullio Ascarelli ha fatto sentire con forza la propria voce. Direi, anzi, che la questione del rapporto tra continuità e discontinuità giuridica è stata una sua vera ossessione intellettuale, poi risolta in chiave etica (e dunque storica), come emerge chiaramente da una pagina dell'ultimo scritto ascarelliano (la bellissima 'Introduzione' a una raccolta di testi di Hobbes e Leibniz: un contributo fondamentale, soprattutto oggi, in un momento in cui la scienza giuridica è alla ricerca di una nuova teoria del diritto, e dunque di sé stessa³):

«La vecchia domanda dell'Eutifrone platonico e che pur concerne il rapporto tra conoscenza e azione, riceve così pur sempre nuove risposte in un mondo sempre rinnovato da queste stesse diverse risposte, che segnano insieme un cammino nello sviluppo del diritto e della società. Il problema eterno è solo apparentemente immobile, ma muta e si arricchisce rispecchiando nuove fedi e nuove concezioni. Si pone teologicamente nei confronti di Dio; si ripropone laicamente in quelli dello Stato; i problemi dell'interpretazione della legge umana ci rimandano a quelli dell'interpretazione del comandamento divino e il problema di una legge divina ci riporta a meditare sul significato di una legge umana. Unità e insieme diversità nella quale si rispecchia la storia del nostro mondo: la formazione degli stati e la secolarizzazione della cultura.

Non è possibile agire senza porre insieme la propria azione come valore, senza perciò insieme affermare un'origine generale. Ma non v'è mai ordine posto che possa sostituire la responsabilità dell'azione e della scelta, facendo della nostra azione mera applicazione di univoche nozioni date; il momento volontaristico della libertà tornerà sempre a contrapporsi a quello

¹ Il testo minimamente sviluppa, con qualche ordine argomentativo (ma conservando, almeno in parte, il tono della esposizione orale), la relazione da me svolta al Congresso annuale della *Società Italiana di Storia del Diritto*, dal titolo "Fine della Tradizione? Coscienza storica e identità del giurista", tenutosi a Verona dal 24 al 26 ottobre 2019.

² Cfr. ora Poddighe 2019. Da vedere i classici Calasso 1966, *passim* e Orestano 1987, pp. 175-219; considerazioni significative in Maschi 1982.

³ Viola 2021b.

intellettualistico di un ordine morale già posto. E la dicotomia si riproduce nella esperienza giuridica, pel legislatore e per l'interprete. Ed è appunto di fronte a questa dicotomia che anche il legislatore è interprete; la contrapposizione tra i due momenti si risolve nel processo stesso della continua posizione e applicazione della norma, di un rapporto sempre presente tra un dato e una volontà, tra un passato e una volontà di futuro. E tra i due momenti ricorrentemente si inserisce, come mediatrice, la probabilità alla quale si affida l'azione per la sua conciliazione con un ordine generale»⁴.

Credo allora che per il diritto civile, ma non solo per esso, a ben vedere⁵, il ruolo intellettuale, di avanguardia, di Ascarelli⁶, possa essere oggi di grande aiuto, nella prospettiva di un, per dir così, 'cultural case study'⁷. Ciò, per due ragioni. Da un lato, perché numerosi assunti teorici di quest'ultimo, nella materia dell'interpretazione e circa il ruolo creativo del giurista-interprete, sono stati progressivamente acquisiti dalla cultura giuridica⁸. Dall'altro lato, perché questi stessi assunti, oggi, appunto, largamente diffusi e applicati in chiave metodologica anche dalla giurisprudenza, appaiono destinati (e, a mio avviso, in un arco temporale piuttosto breve, in assenza di una netta reazione di carattere culturale) a essere fatti oggetto di un'ulteriore revisione critica⁹, ma, questa volta, nel segno di una restrizione della discrezionalità del giurista, e in particolare del giudice (tema, ovviamente, prima ancora che tecnico, culturale e politico – cioè, s'intende, di politica del diritto), anche al limite aiutati, in ciò (e in determinati ambiti), dalle risorse dell'intelligenza artificiale¹⁰, cui sarebbe comunque sbrigato guardare con diffidenza.

Questa esigenza di revisione critica, però, non può essere intesa, in ragione della sua consistenza anche quantitativa, né come un mero ritorno al passato, nel senso di un rifiuto della contemporaneità giuridica (ché, allora, si tratterebbe di un'inutile battaglia di retroguardia), né come una contraddizione (cioè una opposizione a quei paradigmi metodologici largamente diffusi, nella 'scienza normale', per riproporre invece quei paradigmi che il progresso giuridico ha già superato: saremmo, anche qui, all'interno di una prospettiva reazionaria, come tale, in sé, sempre perdente). Al contrario, si tratta di un rinnovamento metodologico¹¹ che deriva dall'attuale contesto storico-politico, e certamente non soltanto italiano¹². La trasversalità del fenomeno impone che sia preso sul serio.

⁴ ASCARELLI 1960, p. 69.

⁵ BLANDO 2018.

⁶ STELLA RICHTER *jr* 2021. V. ora, da un punto d'osservazione assai interessante, MIGLIORINO 2021.

⁷ Più in generale, molto utili le riflessioni critiche di ASCHERI 2011.

⁸ CAMARDI 2020. Più in generale, MAZZAMUTO 2020a. Dalla visuale brasiliana, v. ora SEDANO ONOFRI 2021 e OCTAVIANI 2020.

⁹ In questo senso si segnala (anche nella prospettiva della formazione del giurista) ORLANDI 2021.

¹⁰ RULLI 2018.

¹¹ Ne fa oggetto di approfondita riflessione, prevalentemente nell'ambito del diritto commerciale (ma diverse considerazioni sono senza dubbio riferibili anche all'attuale diritto civile) LIBERTINI 2020b, spec. p. 763 ss. (ove un significativo riferimento anche a Ascarelli: *ivi*, pp. 764-765). Cfr. allora ZENO-ZENCOVICH 2018.

¹² Ad es., SUMPTION 2020.

Come sempre, al centro della riflessione (e dell'insoddisfazione metodologica) sta la classica connessione tra diritto e società, cioè tra tecnica e politica¹³: questo scontro tra paradigmi esprime del resto quella fisiologica dinamica che impone, in questo caso alla scienza giuridica, di adeguarsi alle esigenze primariamente culturali che il diritto, in quanto meccanismo di ordinamento sociale¹⁴, progressivamente esprime, nella sua funzione di mediatore tra le esigenze storico-sociali¹⁵ e gli strumenti tecnici attraverso cui filtrare queste ultime¹⁶. È dunque errato, di fronte a un problema del presente, recuperare dal passato modelli o schemi interpretativi della realtà, posto che il contesto è oggettivamente diverso e l'interprete è soggettivamente immerso in una dimensione culturale differente rispetto al passato. Il che, naturalmente, non significa che dal passato non possano essere invece tratti elementi di riflessione da mettere a frutto rispetto alle esigenze del presente¹⁷, ma nella consapevolezza di una costante discontinuità culturale, non già di una costante continuità¹⁸. Occorre peraltro subito precisare che tra discontinuità culturale e discontinuità giuridica non vi è una necessaria corrispondenza biunivoca, perché la discontinuità culturale può essere temperata proprio da quella continuità giuridica che, in questo senso, svolge una funzione conservativa dell'assetto sociale, onde evitare improvvisi e non sufficientemente consolidati mutamenti di carattere culturale¹⁹.

Orbene, pensando al diritto civile (ma non solo)²⁰, si sta assistendo a un rafforzamento di cautela e di prudenza, da parte della dottrina²¹, di fronte all'idea di un ragionamento giuridico ormai assai lontano dalla fattispecie²² e invece aperto all'applicazione diretta dei principi generali²³ e al massiccio ricorso alle clausole generali²⁴: quest'ultime, però, non già quali contenitori di valori consolidati in termini economico-sociali, sì da poter essere poi facilmente tradotti in regole di giudizio²⁵, ma quali strumenti attraverso cui offrire una lettura giuridicamente vinco-

¹³ Sono tuttora fondamentali le pagine di JEMOLO 1947.

¹⁴ BRUTTI 2013b.

¹⁵ Cfr. infatti LIPARI 1968; ma allora va altresì visto PERLINGIERI 1969.

¹⁶ Cfr. ARNAUD 1993 (sono grato a Francesca Carocchia per la segnalazione del volume).

¹⁷ Ad es., può essere oggi utile la rilettura di MORIN 1945.

¹⁸ In tema, va visto il famoso scritto di CALASSO 1955. Nella civilistica, ben note le pagine, di largo respiro culturale, di PUGLIATTI 2011, p. 1181 ss.

¹⁹ CALABRESI 2013.

²⁰ BIN 2014; LUCIANI 2016; BIN 2018; FERRAJOLI 2018; BIN 2021.

²¹ Ad es., CASTRONOVO 2015; BARCELONA 2017; IUDICA 2019; ZACCARIA A. 2020; in chiave meno metodologica e più tecnica, cfr., ad es., LENER 2018, e ora BENATTI F.O. 2021 (ma allora cfr. altresì PALAZZO 2021). Significativa, anche in chiave culturale, la netta presa di posizione di PARDOLESI 2019. Ma allora cfr. BRECCIA 2020. Da una prospettiva latino-americana (ma particolarmente attenta e sensibile alla cultura giuridica europea, e italiana in particolare), va ora visto il robusto (e sanguigno) contributo di LEÓN HILARIO 2021.

²² Vanno visti i saggi pubblicati in *Ars Interpretandi*, 1/2019, p. 15 ss., preceduti dall'Introduzione di ZACCARIA 2019, p. 7 ss.

²³ Per impostazione e visione pressoché opposte, v. PIRAINO 2017 e FEMIA 2021b.

²⁴ Per un'impostazione pluridisciplinare v. ora SACCHI 2021. Ma nel volume manca, purtroppo, una trattazione espressamente dedicata alle clausole generali nel diritto civile (ma, *ivi*, v. però PATTI 2021, che si sofferma sulle clausole generali nel diritto processuale civile). Precedentemente, v. i saggi pubblicati in *Diritto & Questioni pubbliche* 2/2018, accessibili *on line* all'indirizzo http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2018_n18-2/index.htm. Prima ancora si v. VELLUZZI 2010 (su cui LIBERTINI 2010).

²⁵ Lungo questa linea si muove ora BENATTI F.A. 2021.

lante, se non altro per le parti in causa (ma ciò, è ovvio, nell'ottica, e con la consapevolezza, di una giurisprudenza fonte del diritto)²⁶, della cosiddetta coscienza sociale²⁷ e della giustizia sociale²⁸.

Tutto ciò, evidentemente, in funzione costruttiva dell'ordinamento giuridico²⁹.

Di fronte a questa tendenza³⁰, è, appunto, perfettamente fisiologico che insorgano, non già delle resistenze, ma delle prospettazioni alternative, che, da un lato, non rifiutino la discrezionalità del giurista-interprete e la funzione tanto creativa quanto trasformativa dell'interpretazione, ma che poi, dall'altro lato, offrano una configurazione istituzionale contraria all'idea di un legislatore come tale subordinato al potere del giudice, non tanto rispetto all'esigenza della certezza del diritto (che non può che assumere una fisionomia storicamente determinata³¹; e non c'è dubbio che la certezza del diritto nella prospettiva di uno Stato di diritto costituzionale sia categoria concettuale e operativa diversa rispetto ad altre esperienze ordinamentali del passato)³², ma soprattutto rispetto all'esigenza di una stabilità ordinamentale³³, che è, in prima battuta, il prodotto di una determinata concezione politico-culturale dei rapporti tra poteri istituzionalizzati³⁴ (e non c'è dubbio che, nella prospettiva dell'interpretazione, il giudiziario è un potere a tutto tondo, che, come tale, oltre a frenare eventuali eccessi sociali, può anche esprimere in sé un eccesso punitivo-sanzionatorio³⁵).

La difficoltà, all'evidenza, deriva dalla circostanza che ogni lettura degli assetti ordinamentali muove da determinate premesse tanto culturali quanto ideologiche fortemente influenzate dal contesto. Da questo punto di vista, allora, non c'è dubbio che il protagonismo giudiziario (ma meglio dovrebbe dirsi: magistratuale) assume, in chiave empirica, il ruolo di primario fattore di trasformazione culturale. E noi ci troviamo esattamente nel momento del possibile (e, a mio avviso, assai probabile) passaggio da un paradigma all'altro. Non, lo ripeto, per recuperare *tout court* una sudditanza del giudice alla legge (che, a ben vedere, era piuttosto una adesione a determinati principi, anche di carattere ordinamentale), ma per evitare che la discrezionalità dell'interprete sia troppo facilmente utilizzata quale strumento di frammentazione ordinamentale, che indebolisce l'intero corpo sociale, al contempo indebolendo la stessa libertà individuale, connotata così prevalentemente in chiave oppositiva (tra singoli o tra gruppi).

²⁶ In prospettiva storica, sono particolarmente interessanti alcune pagine di CALAMANDREI 1922.

²⁷ Una critica, ora, in FEMIA 2021b, spec. pp. 67-72.

²⁸ LIPARI 2021a.

²⁹ Peraltro, ciò che sta oggi accadendo – lo scontro tra un'argomentazione giuridica fondata sulle fattispecie legislative e un'argomentazione giuridica fondata sui principi generali – consentirebbe di ripercorrere con profitto un confronto dialettico assai interessante, ma che non ha ricevuto tutta l'attenzione che avrebbe invece meritato. Alludo alle puntuali critiche rivolte da Betti a Ascarelli in tema di interpretazione. Cfr. in particolare BETTI 1959, p. 531 ss. Sulla questione va visto PINELLI 2010. Più in generale, da vedere, ora, il volume collettaneo a cura di BANFI, BRUTTI, STOLFI 2020.

³⁰ Un ottimo quadro ricostruttivo è ora in VETTORI 2021.

³¹ Serbano particolare utilità gli scritti apparsi negli Atti del convegno (dedicato al tema: "La certezza del diritto e l'autonomia dei privati nel diritto dell'economia") organizzato nel 1956 dagli "Amici de *Il diritto dell'economia*". Ivi, in particolare, cfr. ASCARELLI 1956 e l'intervento critico (rispetto a quanto affermato da Ascarelli nella sua relazione) di LEONI 1956.

³² Una sintetica e efficace panoramica in FIORAVANTI 2018. Da vedere SETTIS 2017.

³³ Cfr. BALESTRA 2021.

³⁴ In prospettiva più ampia, sono molto interessanti le considerazioni che si leggono ora in RAMPA 2021.

³⁵ FIANDACA 2013 e MAZZAMUTO 2019. Cfr. altresì RICCIARDI 2021.

Di fronte alla centralità dell'essere umano, non solo in quanto, *naturaliter*, soggetto di diritto, ma in quanto propulsore di giuridicità, è evidente che occorre andare alla ricerca di uno strumentario giuridico-politico che, da un lato, consenta una costante espansione degli spazi di libertà individuale (e questo è il terreno, anche di scontro, politico-giuridico), ma che, dall'altro lato, indirizzi e ordini la massa di pretese individuali, che proprio nel valore costituzionale della libertà devono trovare una *ratio* interna, potremmo dire socialmente orientata, nella scia di Axel Honneth³⁶, che impedisca, in sostanza, quegli eccessi di libertà che poi sono, a ben vedere, all'origine del diffuso malcontento, in ambito civilistico, circa il governo della discrezionalità giudiziale.

Le molteplici espressioni del pluralismo giuridico, detto in sintesi, richiedono bensì una giuridicità flessibile, ma al contempo razionale, cioè razionalmente controllabile, nel presupposto (anche, o primariamente, metodologico) che ogni ragionamento debba essere assoggettato al filtro di una razionalità storicamente adeguata, la quale consenta agli apparati giuridici ordinatori di svolgere la propria funzione di irrobustire le interconnessioni sociali³⁷.

In questo senso, pluralismo giuridico e pluralismo sociale si rafforzano reciprocamente³⁸.

Queste brevissime considerazioni, che, del resto, non altro fanno se non riassumere una sensazione piuttosto diffusa, e trasversale, tra i giuristi, vogliono fare da sfondo all'esigenza di una compiuta riflessione metodologica (anche nella prospettiva della formazione del giurista)³⁹.

L'aspetto più interessante, come di consueto accade, è che l'evidente scontro sul metodo giuridico muove da uno scontro tanto sull'idea di libertà individuale, nonché sull'idea di liberal-democrazia, quanto sull'idea di diritto, che, per poter svolgere effettivamente il proprio ruolo di ordinatore sociale in chiave progressiva e emancipatoria, deve essere assistito da una legittimazione culturale⁴⁰. Tanto il diritto quanto il giurista, oggi, sono due entità alla ricerca di una nuova legittimazione culturale, che vi può essere solo a condizione che il diritto e il giurista vengano socialmente avvertiti quali elementi benefici per la protezione e la promozione delle esigenze individuali. Ma per essere protette e per essere promosse, le stesse esigenze individuali devono essere pensate in una dimensione sociale, alla ricerca di un ordine che, prima di essere imposto *ab externo*, è conseguito, per forza propria, grazie alla percezione che ciascun individuo ha di sé, di fronte alla collettività.

Per richiamare la nota immagine (impiegata da Erwin Panofsky in chiave euristica) del *paesage moralisé*, potremmo dire che il variegato paesaggio metodologico, in rapporto al contesto, consente sempre di tracciare la distinzione tra un progresso, che, nella prospettiva della società liberal-democratica, è emancipazione nella, e attraverso la, libertà, e un regresso, che,

³⁶ Ho sott'occhio la recentissima intervista rilasciata a un quotidiano italiano: HONNETH 2021.

³⁷ Vieni facile un richiamo alla linguistica, e in particolare a TERRACINI 1963, *passim*.

³⁸ Cfr. FEMIA 2020, spec. pp. 103-105, in riferimento ai rapporti tra efficienza ermeneutica ed efficacia normativa (§ 8), nonché al ruolo dell'ermeneutica giuridica oppositiva democratica (§ 9).

³⁹ Vanno ora visti i saggi apparsi in *Diritto & Questioni pubbliche*, 1/2021 ('Sull'educazione giuridica'), consultabili *on line* all'indirizzo http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2021_n21-1/index.htm, che muovono da VOGLIOTTI 2020.

⁴⁰ Su diversi aspetti che si intrecciano con quanto detto nel testo, v. NELSON 2019, *passim*.

invece, è assoggettamento a pulsioni socialmente distruttive (anche discendenti dall'esercizio della libertà individuale). Da questo punto di vista, il rapporto tra dimensione etico-politica e dimensione giuridico-politica ritorna in primo piano⁴¹, e anche su ciò la pagina sopra richiamata dell'ultimo Ascarelli è oggi significativa.

Ciò porta il discorso sul versante che guarda al diritto come a un fenomeno eminentemente culturale. È la stessa base culturale che impone al giurista di impadronirsi di quelle tecniche che consentano di elaborare argomentazioni destinate a resistere alla critica e a incidere sulla struttura ordinamentale in chiave funzionale. La competizione tra metodi giuridici si muove lungo la stessa strada della competizione culturale, nella consapevolezza che, senza conoscenza, non ci può essere salvezza, né individuale, né sociale, perché la conoscenza è come tale possibilità di progresso.

2. Cinque citazioni ascarelliane

A questo punto del discorso, propongo cinque citazioni di Tullio Ascarelli, tratte da uno scritto non tra i suoi più citati (anche perché non venne mai raccolto in volume), ma che, a mio avviso, non solo rappresenta al meglio l'idea di diritto e di giurista fatta da lui propria, ma esprime anche quella tensione intellettuale che, nel momento stesso in cui egli elaborava e comunicava una idea, ne faceva al contempo rilevare, magari solo implicitamente, i punti di debolezza, nella convinzione che non vi sono prospettive metodologiche da rigettare come tali. La serietà di un metodo, infatti, dipende dal contesto in cui quel metodo è applicato, dal problema che si vuole risolvere, dagli obiettivi che con esso si intendono raggiungere, nonché dalla disponibilità del ricercatore di fronte all'inaspettato. La scelta del metodo, in questo senso, ha dunque molto a che fare con l'ideologia, e dunque con l'etica, di chi quel metodo professa.

Ecco, allora, qui di seguito, cinque citazioni, tratte da un corposo scritto elaborato in occasione del 'Primo convegno nazionale di diritto comparato', che si tenne nel 1953⁴²:

(i) «La libertà dell'interprete si manifesta vuoi nella ricostruzione tipologica della realtà vuoi nel riordinamento degli ordinamenti normativi del *corpus juris* preconstituito, riordinamento e ricostruzione nel quale si faranno valere le valutazioni dell'interprete.

Qualunque ordinamento giuridico è pur sempre nella storia e frutto della storia, presentando perciò valutazioni diverse storicamente dovute alle diverse forze che concorrono a determinarlo e ai loro contrasti. La coerenza logica del sistema e la compatibilità delle sue diverse premesse non attiene alla sua formazione storica, ma costituisce il frutto, e il frutto sempre transitorio, dell'opera dell'interprete attraverso la valutazione, e pe[r]ciò l'ordinamento, dei suoi vari orientamenti e cioè la delimitazione della portata delle varie premesse ai fini dell'interpretazione»⁴³,

⁴¹ V. ora VIOLA 2021a.

⁴² ASCARELLI 1953. In parallelo, va letto ASCARELLI 1954.

⁴³ ASCARELLI 1953, p. 29.

(ii) «Nel contrasto tra la ricchezza della realtà concreta e l'esigenza di una sua completa valutazione normativa, secondo un sistema che deve porsi come unitario, è appunto il continuo rinnovamento del sistema attraverso l'interpretazione, che permette di dare una risposta ad ogni possibile quesito, attraverso un continuo e mai finito completamento, sì che ogni *corpus juris* preconstituito ci appare come continuamente completato attraverso l'opera dell'interpretazione, anziché come aprioristicamente completo»⁴⁴;

(iii) «Il limite posto alla libertà dell'interprete è segnato dal criterio di continuità alla cui osservanza è tenuto, dovendo le sue conclusioni essere riconducibili a quelle del sistema preconstituito. [...]

La categorie giuridiche [...] servono a stabilire la continuità delle varie soluzioni e il loro sviluppo si coordina con lo sviluppo di queste.

Fuori da esse, invero, il diritto si ridurrebbe a una serie di soluzioni casistiche la cui mancanza di coordinazione farebbe venir meno ogni certezza e l'interpretazione riuscirebbe a rigore impossibile; l'applicazione e lo sviluppo del diritto sarebbero affidate all'arbitrio dell'interprete o ai "responsi" del legislatore chiamato a pronunciare per ogni caso la sua decisione. Am[m]ettere la rilevanza delle valutazioni dell'interprete nell'elaborazione di queste categorie e porre così l'interprete al centro dello sviluppo del diritto non significa negare, ma anzi accentuare, il rilievo del "sistema" ai fini di uno sviluppo interpretativo e cioè di uno sviluppo che, rispettando una esigenza di continuità che si traduce in certezza giuridica e rispetto della libertà individuale, tuttavia attende a quel continuo completamento e a quella permanente adeguazione, indipendentemente dalla quale nessun *corpus juris* preconstituito può riuscire applicabile.

È questa permanente adeguazione che da un lato richiede la presenza di una struttura concettuale, dall'altro, e per la stessa ragione, rivendica la libertà dell'interprete, perché [,] vuoi la mancanza della prima vuoi la negazione della seconda, metterebbe capo a un continuo appello al "legislatore", allora confuso col giudice, attraverso continue pronunce [*sic*] legali, che ridurrebbero il diritto a una serie di comandi individuali, che, nella mancanza di qualunque coordinazione, si rivelerebbero arbitrari»⁴⁵;

(iv) «Le categorie giuridiche costituiscono così una inquadratura che trova la sua piena giustificazione nelle esigenze dello sviluppo interpretativo, indipendentemente dalla quale ogni singola norma non può intendersi né applicarsi e che [,] da un lato [,] ne condiziona la portata orientandone lo sviluppo interpretativo, dall'altro, perciò stesso, sfugge all'eventuale monopolio dell'organo che formula la norma. Si riflettono, nella loro elaborazione, necessariamente libera, esperienza e tradizioni del passato, speranza e volontà di futuro ché, per riprendere la frase di Leibniz,

⁴⁴ ASCARELLI 1953, p. 30.

⁴⁵ ASCARELLI 1953, pp. 34-35.

il diritto [,] in ogni momento posto attraverso l'interpretazione, è carico di passato e gravido di futuro; a[pp]aiono necessariamente condizionate dalla realtà sociale alla quale si riferiscono.

Sono forse [...] le tradizioni del passato [...] che più sono presenti nella struttura; le immagini del desiderato futuro, quelle che più influiscono sulla portata, che ciascun concetto finisce per assumere in sede di applicazione.

Formalismo e sociologismo nell'interpretazione in realtà non si contrappongono, seppure possono distinguersi [,] dato il maggior o minor rilievo di considerazioni strutturali o considerazioni funzionali [,] e secondo un maggior o minor rilievo delle esigenze della certezza o di quell'equità della soluzione, particolarmente vive queste ultime in periodi di rapida trasformazione economica; le categorie giuridiche invero non possono essere intese astratte dalla storia e indipendentemente dal riferimento ad una realtà sociale, ma questa non può a sua volta essere giuridicamente valutata fuori da una inquadratura concettuale.

La storia del diritto finisce così per coincidere con la storia delle teorie giuridiche, in un'esperienza giuridica nella quale norme e teorie confluiscono»⁴⁶;

(v) «L'interpretazione della norma presuppone la sua ricostruzione; la sua applicazione concreta importa simultaneamente, attraverso la sua interpretazione, pur sempre la posizione di un precedente e attraverso il quotidiano processo di interpretazione e applicazione il diritto si svolge – anche quando rimangono verbalmente identiche le norme i[n]terpretate – secondo un processo che non può seriamente contenersi negli schemi della “esattezza” di un'interpretazione nei confronti dell’“errore” di un'altra, sì che le tesi interpretative “oggi” accolte finirebbero per essere quelle “esatte” nei confronti di quelle “errate” di “ieri”, ma che è processo storico di sviluppo nel quale, attraverso la necessaria elaborazione delle categorie del pensiero giuridico, quasi vettori normativi, si fanno valere orientamenti che sfuggono all'impero di qualunque legislatore e in forza dei quali le norme vengono interpretate, ricostruite in un ordinamento unitario, nonostante l'eventuale contrasto delle loro origini, svolte e rinnovate e cioè sostanzialmente poste nuove norme. Ciascun interprete e ciascun operatore collabora in quest'opera facendo valere le proprie convinzioni e i propri orientamenti, contribuendo a proporre e a elaborare generali premesse e a utilizzare nella ricostruzione giuridica di norme e nella indicazione o attuazione di pratiche e soluzioni che, appunto attraverso la generale accettazione e convinzione, potranno entrare a far parte del diritto vigente, così in continuo sviluppo, in una continua tensione eppure in una continua armonizzazione, tra un *corpus juris* dato e le diverse esigenze.

Perciò, seppur nei limiti permessi da quella continuità di sviluppo cui è tenuto l'interprete, “la legge che scritta in cor si porta”, per dirla con Cino da Pistoia, pur sempre concorre nella determinazione del diritto e l'interprete del diritto vigente (ne sia o no cosciente) si fa interprete di esigenze morali e concezioni del mondo in base a un suo diritto ideale e rinnova nell'opera diurna di interpretazione e applicazione il diritto costituito.

⁴⁶ ASCARELLI 1953, pp. 35-36.

La giustizia non si pone come criterio di distinzione del “diritto” dal “non diritto”, ma come una permanente esigenza nei riguardi del diritto che in ogni momento venga posto»⁴⁷.

Come emerge in più di un passaggio qui sopra riferito (e come del resto è ben noto), un aspetto decisivo nella teoria generale del diritto ascarelliana (la chiamerei così, al di là del fatto che egli non ci abbia dato un compiuto quadro teorico, ma il perimetro concettuale tratteggiato è ben chiaro) riguarda le premesse di valore dell’interprete: direi che non c’è nessuno scritto dell’Ascarelli della maturità che non insista su questo punto, fondamentale.

Premesse di valore dell’interprete e non del legislatore, in questo senso chiarendosi la distinzione ascarelliana tra volontà della legge e volontà del legislatore, nel senso che, al di là della possibilità storiografica di ricostruire la *voluntas legislatoris*, ciò che conta, in chiave funzionale, è la *voluntas legis*, la quale deve essere adeguata, in via interpretativa, ai successivi contesti storico-politici sui quali andrà a incidere; è quindi indispensabile che la *voluntas legis* sia costantemente adeguata, in via interpretativo-applicativa, alle ragioni del contesto⁴⁸ (le quali, naturalmente, retroagiscono tanto sulle premesse di valore dell’interprete, quanto su quelle del legislatore: il che rende però il conflitto politico, e quindi interpretativo, insuperabile, quando vi sia diversità di premesse, e si tratterà, allora, di pervenire a una composizione fondata su di un bilanciamento che occupa l’intero ambito della giuridicità, da quello etico-politico a quello tecnico-applicativo).

In breve, per Ascarelli, l’interprete ha un ineliminabile (e necessario) potere creativo⁴⁹. Una creatività, potremmo anche dire, storicamente necessitata, che non significa, però, accettare la realtà delle cose quale prodotto della storia⁵⁰, ma intervenire su di esse in funzione politica,

⁴⁷ ASCARELLI 1953, pp. 33-34.

⁴⁸ ASCARELLI 1953, pp. 44-45: «L’interpretazione giuridica non mira solamente a risalire, come qualunque interpretazione, dal segno alla cosa significata, all’atto attraverso la parola, ma mira a cogliere una portata eventualmente estranea all’atto nel momento nel quale è stato storicamente posto (e cioè in un sistema fondato su leggi [a]scritte alla volontà del legislatore) e che, tuttavia, viene intesa come propria di questo, indipendentemente da accadimenti posteriori. La “volontà della legge” in contrapposto alla “volontà del legislatore” indica appunto il superamento, in sede interpretativa, della portata propria della norma intesa come fatto temporale determinato, per far capo a una sua “pienezza di significato” che non riposa più sul dato storico inteso, ma su una ricostruzione, a sua volta però compiuta indipendentemente dall’esame storico di avvenimenti [sic, ma dovrà leggersi ‘accadimenti’] posteriori, ma anzi al fine di determinarli. È perciò che l’affermazione di un esclusivo contenuto conoscitivo o teorico dell’attività interpretativa, vuoi attraverso la sua riduzione ad un’attività storiografica, vuoi attraverso quella del carattere naturalistico delle costruzioni o quella della riduzione delle soluzioni a uno sviluppo coerentemente logico delle premesse legali, torna a rilevarsi inadeguata dimenticando appunto che l’attività interpretativa mette capo alla posizione di nuove norme che, appunto perché tali, non sono “logicamente implicite” in quelle anteriori, se non attraverso una costatazione “a posteriori” che assume già quale portata della norma interpretata quella assunta dall’interprete nella sua interpretazione, interpretazione che a sua volta però si compie ricorrendo alle valutazioni proprie dell’interprete dalle quali risulta appunto la possibilità di nuove valutazioni normative».

⁴⁹ A ben vedere, la questione è in effetti meno lineare di come l’ho presentata nel testo, poiché è lo stesso Ascarelli che, sul punto, sembra a volte oscillare (e comunque il suo pensiero non è privo di qualche contraddizione). Qui basti il rinvio a GROSSI 2021, pp. 43-45 (ma naturalmente andrà allora visto GROSSI 1997) e, soprattutto, a LIBERTINI 2013.

⁵⁰ Cfr. infatti BRUTTI 1978, pp. 44-45: «Bisogna ricordare che nella cultura giuridica europea dell’Ottocento lo storicismo si coniuga con la postulazione di uno “spirito del diritto” o di entità analoghe poste a suo fondamento, che ne determinano in modo abbastanza misterioso l’individualità. In questa logica, il giurista “si pone al di sopra delle regole per indurne lo spirito generale connesso ai tempi e ai bisogni” [cit. di Bobbio]. Tale procedimento agisce in varie direzion[i]: ora per celebrare nel

dunque trasformativa, appunto analizzando la realtà per poi operare su di essa, a partire da una determinata concezione del mondo, che nell'ordinamento giuridico può trovare un ostacolo. Di qui, infatti, l'inscindibile nesso tra diritto e politica, che, attraverso l'approccio ermeneutico⁵¹, ha ricevuto una significativa fondazione teorica⁵².

La centralità circa la consapevolezza dei giudizi di valore dell'interprete (può ricordarsi che Ascarelli era amico di Esser)⁵³ non porta naturalmente a un soggettivismo valoriale incontrollabile, e quindi arbitrario. Lo storicismo al quale guarda Ascarelli è tale, da un lato, da favorire quelle interpretazioni funzionali a un costante progresso sociale, ma senza, dall'altro lato, produrre insanabili fratture sistematiche (con inevitabili ricadute sociali). La posizione politica di Ascarelli, che assume un peso in chiave metodologica, è, infatti, nel segno del riformismo⁵⁴, se non altro perché 'il diritto è di tutti', come ha scritto di recente Vincenzo Di Cataldo⁵⁵, così riprendendo la prospettiva di Ascarelli, il quale sottolineava come il miglior antidoto contro il rischio di arbitrio stia nel fatto che le nuove interpretazioni entrino a far parte del diritto vigente solo attraverso la generale accettazione e convinzione, non solo del ceto dei giuristi, ma dei consociati⁵⁶.

3. Continuità e discontinuità nel diritto civile

Sotto un certo profilo, si tratta di un tema sempre aperto alla discussione, posto che è proprio la diversa lettura del rapporto tra continuità e discontinuità a rendere problematica, ad esempio, l'idea di una riforma organica del codice civile.

Ma, come ovvio, in ogni ambito del diritto si avvertono tensioni tra prospettive continuiste e prospettive discontinuiste. Del resto, è in primo luogo Ascarelli, nei passaggi riferiti, a far emergere come entrambi i versanti siano necessari alla vita del diritto.

diritto moderno il compiersi di un sistema già implicito nell'antico, ora per comparare e distanziare l'uno dall'altro. La verità è che la tradizione storicistica consegna alla cultura giuridica contemporanea strumenti del tutto inadeguati a storicizzare, nella loro composizione molecolare, oltre la coerenza formale e l'unità ideologica del sistema, tecniche e valori del passato e del presente. Anzi, lo storicismo rappresenta il punto di vista più radicalmente interno al sistema, in quanto fonda la sua individualità sull'origine e sulla diacronia. Ma l'esigenza di storicizzazione rimane, anche in rapporto ad una visione dinamica del fenomeno giuridico, che auspica il mutamento, e i concetti di finalità e funzione ne rappresentano un primo veicolo».

⁵¹ Per un'approfondita analisi dell'Ascarelli 'ermeneutico', v. ora CARIELLO 2020, pp. 75-173.

⁵² ZACCARIA 2012; VIOLA 2015; VIOLA 2018; ZACCARIA 2020.

⁵³ ASCARELLI 2017, p. 135.

⁵⁴ STELLA RICHTER *jr* 2021, p. 43: «In generale, Ascarelli, seppur lontano da incarichi politici, fu sempre impegnato a porre il suo intelletto al servizio del miglioramento della società, in nome degli ideali di libertà e democrazia, e si occupò con passione della cosa pubblica, anche aderendo a diversi movimenti e circoli politici di tipo schiettamente progressista».

⁵⁵ DI CATALDO 2017, sul quale v. LIBERTINI 2020a, spec. pp. 298-304.

⁵⁶ ASCARELLI 1953, p. 45: «Ed a compiere quest'opera [*scil.* l'interpretazione] saranno bensì professionalmente, e perciò con quella esperienza degli strumenti e con quel raffinamento e quella precisione di formulazioni che caratterizzano una attività professionale, i giuristi, ma pur anco tutti i consociati in quanto tutti interpreti e applicatori del diritto; lo saranno i dottrinari nell'elaborare generali sistemi e lo saranno, e forse innanzi tutto, i giudici nell'individuare e ricostruire, sia pure in relazione alle esigenze del singolo caso, la norma applicabile; lo saranno tutti i consociati che, pur come il borghese della commedia di Moli[è]re faceva della prosa, faranno del diritto anche senza saperlo, in un'opera che è di cooperazione e collaborazione collettiva e che nell'opinione generale trova in via definitiva il suo giudice».

Può anche accadere che si sia portati a essere discontinuisti sotto il profilo metodologico e invece continuisti sotto il profilo sostanziale⁵⁷.

Se osserviamo il campo del diritto civile, le classiche aree del diritto contrattuale, del diritto della responsabilità civile e del diritto di famiglia, è facile notare come ci si trovi di fronte a quel fenomeno, cui si riferisce Ascarelli, e che potremmo qualificare della discontinuità nella continuità: la discontinuità giuridica che si è progressivamente realizzata non va a discapito della continuità ordinamentale, nel senso che le soluzioni che si sono affermate, o che si stanno affermando, in questi ambiti, sono certamente discontinue, in relazione a determinati temi, quali, ad esempio, l'ingiustizia del danno o la giustizia contrattuale.

Una discontinuità, peraltro, che non si avverte ancora sufficientemente, in chiave metodologica, nella manualistica. Il che, però, potrebbe anche essere un fenomeno apprezzabile.

In questo senso.

C'è un livello di discontinuità, che attiene al cosiddetto diritto vivente, il quale si distanzia dal diritto codificato, che, infatti, in assenza di specifici interventi legislativi, non potrà che procedere lungo la linea della continuità. Un tale aspetto richiama però l'attenzione proprio sul versante istituzionale della materia giusprivatistica, posto che l'argomento in forza del quale il manuale di diritto privato, rappresentando esso uno strumento di alfabetizzazione giuridica, può (o forse deve: ma, se è così, si dovrebbero ripensare i rapporti tra i corsi istituzionali – tornare ai corsi di introduzione alle scienze giuridiche? – e i corsi monografici) limitarsi a fornire nozioni fondate su concetti, esprime una difesa della continuità categoriale, che può anche sovrapporsi alla continuità del diritto vigente.

C'è poi un livello di continuità, rispetto alle categorie fondamentali del diritto civile, che va anche oltre la continuità rispetto al diritto vigente, perché è una continuità tecnico-culturale, e che però va incontro a quelle esigenze storiche (sulle quali molto insiste Ascarelli) in forza delle quali la tecnica rimane, per dir così, fedele a sé stessa, ma gli scopi di essa cambiano. In questo modo, il diritto si trasforma costantemente, anche quando vi è perfetta continuità rispetto alle categorie concettuali e rispetto al diritto vigente.

Di qui, infatti, deriva quella discontinuità nella continuità, in difesa della quale Ascarelli, nelle vesti del teorico del diritto, si schiera.

⁵⁷ Cfr. infatti LIBERTINI 2013, p. 23, a proposito di Ascarelli: «Le divergenze [tra Ascarelli e Bigiavi] si incentravano sulla teoria dell'interpretazione, che rimaneva un processo cognitivo per Bigiavi, mentre era inevitabilmente creativa per Ascarelli. Sotto questo profilo, la superiorità teorica di Ascarelli appare oggi indiscutibile. Non si deve però pensare che la contrapposizione fosse tra un atteggiamento "conservatore" ed uno "progressista": sul piano delle soluzioni interpretative affermate, Bigiavi, nella polemica sull'imprenditore occulto, sosteneva tesi più moderne e "giuste"; ed Ascarelli fu, anche in altri campi (se pur non in tutti), un giurista "conservatore", poco incline a rompere soluzioni interpretative "consolidate" e prudente anche nelle proposte *de iure condendo*. Ma allora v. FERRI 1963, p. 71: «[L]a preoccupazione di Ascarelli non è quella di voler apparire nuovo, la sua finalità non è quella di sconvolgere l'ordine faticosamente dato alla materia dalla dottrina e dalla giurisprudenza. Egli intende far opera costruttiva, non critica: egli si preoccupa di consolidare l'ordine già costituito, con l'approfondimento e la puntualizzazione dei problemi, con la ricchezza delle argomentazioni, con la confutazione delle posizioni eterodosse e tutto questo fa da Maestro con quella padronanza della dottrina e della giurisprudenza, con quella ricchezza di ingegno e di esperienza che gli sono proprie. Talora il suo attaccamento alla tradizione è così vivo, che chi lo abbia conosciuto come uomo costantemente proteso alle conquiste sociali e al progresso della civiltà, ne può persino rimanere meravigliato» (maiusc. orig.).

Ma la formula della ‘continuità nella discontinuità’ allude anche alla circostanza che il cambiamento (e quindi la discontinuità) è la fotografia di ciò che è già avvenuto e ancora sta avvedendo, sul piano sociale. Quando la trasformazione sociale (ad esempio del costume) si attua progressivamente, e senza fratture, si ha una trasformazione nella continuità, cioè all’interno di un contesto sociale, da un lato, in larga misura pronto ad accogliere il cambiamento, e, dall’altro, tale da fornire alle categorie giuridiche il sostrato legittimante in chiave trasformativa (ad esempio, danno ingiusto non è più soltanto la lesione di un diritto soggettivo assoluto, ma è la lesione di ogni interesse giuridicamente rilevante).

Il rapporto costante tra continuità e discontinuità è il centro dell’evoluzione del diritto, e, in effetti, a questa impresa a evidente fondamento antropologico, ciascun individuo partecipa, perché si tratta di un cambiamento indispensabile onde adeguare l’ordinamento giuridico all’ordinamento sociale. In questi momenti di trasformazione, ma non di rottura, dunque, ritorna in primo piano uno storicismo che, appunto, non coincide con il mero accadere, ma che è tale – nella linea di Ascarelli – da contribuire al verificarsi stesso di quell’accadimento, cioè agendo sulle ragioni del cambiamento, e dunque sulla necessità di quest’ultimo.

Siamo quindi di fronte a un cambiamento che indossa la veste del riformismo e non della rivoluzione. Un cambiamento, e pertanto una necessità di cambiamento, che interpella la dimensione politica del giurista in quanto tale, cioè tecnico del diritto⁵⁸.

Ecco perché molti, per non dire tutti, dei più significativi cambiamenti che si sono avuti *grosso modo* dalla metà degli anni Sessanta a oggi sono stati sempre anticipati dalla dottrina e dalla giurisprudenza; spesso il legislatore ha seguito queste trasformazioni. Spesso, ma non sempre, come ad esempio accade per la questione dell’adozione da parte della coppia omosessuale, che la giurisprudenza ha pressoché risolto, superando i limiti contenuti nella legge sulle unioni civili, non appellandosi, genericamente, ai valori, perché allora si possono certamente anche richiamare valori diversi, e anzi opposti, rispetto a quelli a fondamento dell’adozione, ma rileggendo il sistema dell’adozione in una chiave ordinamentale più ampia, eurounitaria e transnazionale, nella prospettiva di una tendenziale universalizzazione delle tutele⁵⁹.

Ma, in ambito di diritto di famiglia, la giurisprudenza civile, e in particolare quella della Corte di cassazione, ha dato ottima prova di come riuscire a rileggere il sistema italiano alla luce, appunto, dell’ordinamento dell’Unione europea e anche della dimensione transnazionale. Si può qui brevemente richiamare un’ordinanza del 2018⁶⁰, che si è occupata, a prima vista, di una questione piuttosto marginale, come il diritto dei nonni a mantenere rapporti affettivi con i nipoti. La particolarità del caso era che qui ci si trovava di fronte a un nonno biologico e una nonna sociale.

⁵⁸ Significativo il seguente rilievo di CASSESE 2000, p. 960, in riferimento a «un errore di prospettiva proprio della sua [scil. di Giannini] generazione: quello di ritenere l’azione politica lo spazio necessario dell’impegno riformatore, per cui l’assenza da quell’area avrebbe reso impossibile l’impegno».

⁵⁹ BAREL 2020.

⁶⁰ Cass. Civ., 25 luglio 2018, n. 19780.

Orbene, la Corte, facendo dialogare il formante legislativo con il formante giurisprudenziale, e in particolare attingendo alla giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti umani, ha affermato che la nozione giuridicamente rilevante di famiglia supera la nozione legislativa, in tutti i casi in cui quest'ultima rappresenta un *vulnus* all'esercizio dell'affettività. L'affettività, dunque, è quella fattispecie concreta, quel fatto che, non come tale, ma qualificato in termini ordinamentali e non strettamente legislativi, prevale (o può prevalere) su di una regola legislativa, così trasformando il diritto nel senso di un'adeguazione dell'ordinamento giuridico all'ordine sociale (ma è certamente l'ordinamento giuridico, letto, ermeneuticamente, in chiave promozionale della soggettività e dell'affettività, a rendere possibile la trasformazione giuridica di sé stesso).

Anche le aree del contratto e della responsabilità civile hanno conosciuto e continuano a conoscere una evoluzione che non ha nulla di rivoluzionario: basti qui richiamare la vicenda del danno non patrimoniale, oggi forse rilevante anche nella chiave di possibili risarcimenti punitivi, finalizzati a far convogliare nel *quantum damni* il tasso di gravità, e quindi di antisocialità, della condotta del danneggiante⁶¹. Del resto, l'aspetto della sanzione di fronte a una condotta antisociale era già presente all'interno di quella fattispecie, da alcuni avversata ma che tuttora resiste, anche se sotto altro nome: mi riferisco al danno esistenziale.

Si può affermare, allora, che la responsabilità civile stia conoscendo un ritorno della colpa.

Qual è, o quale può essere, la ragione di questo ritorno della colpa, che in questo senso non ha nulla di moralistico, ma va appunto compreso nella linea politica di un rimedio (quello della responsabilità civile) che necessita di un adeguamento a fronte di ciò che potremmo anche chiamare il successo della libertà individuale? La risposta è abbastanza semplice: proprio l'espansione della libertà individuale ha reso più evidente l'esigenza di estendere, in parallelo, la responsabilità individuale, così recuperando anche quegli spazi di operatività della colpa, volta a sanzionare la condotta antisociale (e ciò, ben s'intende, a fronte di aree che, invece, non potranno che rimanere assai lontane dalla colpa, così ricadendo nell'ambito della responsabilità oggettiva: pensiamo ad esempio alla cosiddetta intelligenza artificiale). E in questa direzione si può allora aggiungere che proprio l'espansione della libertà individuale ha fatto sì che quest'ultima potesse divenire primario fattore di trasformazione sociale (e dunque giuridica), se non altro attraverso la pretesa fatta valere vittoriosamente in giudizio.

In ambito contrattuale, poi, non c'è dubbio che concetti quali l'equilibrio contrattuale⁶², la buona fede nella fase dell'esecuzione del contratto⁶³, l'obbligo di rinegoziazione⁶⁴ di fronte a una sopravvenienza cosiddetta atipica (e non prevista dalle parti), la tutela dei diritti fondamentali⁶⁵ hanno reso l'ordinamento italiano più sensibile non tanto alla giustizia contrattuale

⁶¹ DE MENECH 2019.

⁶² D'AMICO 2021.

⁶³ PIRAINO 2015.

⁶⁴ MACARIO 2021; TUCCARI 2018.

⁶⁵ RESTA 2021; VALLE 2020.

in sé, che è un concetto troppo astratto, per poter avere davvero una propria forza prescrittiva, ma a una giustizia intesa come ragionevolezza economica di fronte ad un determinato assetto contrattuale⁶⁶, che esiste all'interno di un determinato contesto economico-sociale⁶⁷. Non è infatti un caso che, da qualche anno, la giurisprudenza abbia riscoperto il giudizio di meritevolezza, soprattutto nella prospettiva della causa in concreto, e dunque, entrambi, quali strumenti di concretizzazione del giudizio, tanto rispetto al testo contrattuale, quanto rispetto al contesto (negoziale, tra le parti, ma anche sociale)⁶⁸.

In che senso la causa in concreto è connessa al tema della meritevolezza e a quello di una giustizia contrattuale letta alla luce del criterio di ragionevolezza economica (un criterio che, in questo quadro, muove da determinate esigenze sociali che si diffondono all'interno della collettività, si serve della tecnica giuridica e sfocia poi nella costruzione di una regola di giudizio che recepisca il bisogno sociale, ormai giuridicizzato e così divenuto giuridicamente rilevante, e come tale vettore di giuridicità)? Direi nel senso che la causa in concreto è il criterio di giudizio (che si appoggia su determinati valori ma che, come tale, non è un valore) grazie al quale ogni singola prestazione contrattuale è valutata in base al senso economico della pattuizione (la causa in concreto trova il proprio presupposto nell'idea di contratto come operazione economica⁶⁹), nella prospettiva ordinamentale: di qui, la necessità di una interconnessione tra valori del contratto e valori dell'ordinamento. Ciascun ambito, almeno potenzialmente, può arricchire l'altro.

Torniamo alla meritevolezza, tecnicismo che, oggi, pare conoscere una nuova vita, ma in senso opposto rispetto al disegno dei codificatori. Nella nota impostazione bettiana, infatti, la meritevolezza assolveva a una funzione di controllo dell'autonomia privata di carattere corporativista. Conseguentemente, il precetto in forza del quale l'ordinamento italiano ammette i contratti atipici, purché siano diretti a realizzare interessi meritevoli di tutela in conformità all'ordinamento giuridico (Cod. Civ. art. 1322, c. 2), intendeva evidentemente significare che la dimensione della atipicità contrattuale doveva essere assai prossima alla dimensione della tipicità, legale o sociale che fosse (da cui il tema, altrettanto ben noto, dell'assorbimento della causa atipica in quella tipica).

Oggi, invece, la meritevolezza sta assumendo (ma si vedrà, in effetti, se la dottrina civilistica italiana vorrà davvero muoversi in questa direzione costruttiva, o se, invece, preferirà dolersi di un ritorno in auge della meritevolezza, quasi fosse la prova, *in re ipsa*, di un ritorno dell'autoritarismo contrattuale, ma questa volta per via giudiziale, posto che, per decenni, il giudizio di meritevolezza è stato ricondotto al giudizio di liceità, onde, appunto, evitare la duplicazione dei controlli codicistici sull'autonomia privata) un volto diverso, e io mi spingerei anche dire 'liberale'. La meritevolezza, infatti, può essere utilizzata quale strumento flessibile, nella pro-

⁶⁶ In generale v. ora SALANITRO 2021; ma allora cfr. anche BENEDETTI 2021.

⁶⁷ LIPARI 2021b.

⁶⁸ PIRAINO 2021.

⁶⁹ GABRIELLI 2021.

spettiva di un'autonomia privata⁷⁰ da assumersi quale fonte di regole giuridiche, che sono tali perché l'autonomia privata trasforma in giuridicità, attraverso la dimensione negoziale, diverse esigenze socio-economiche⁷¹. Di talché, il vaglio della meritevolezza (anche rispetto a un contratto tipico, si può aggiungere) favorisce l'espansione della forza giuridica di quell'area economico-sociale, che, invece, in Betti – e anche qui richiamando idee ben note – era connotata da una rigidità valoriale tipica di un ordinamento autoritario. Oggi, all'opposto, il controllo di meritevolezza può svolgere la funzione di rendere più lineari e armonici i rapporti tra sfera del giuridico e sfera dell'economico, pur dovendosi naturalmente avvertire che questo discorso, che trova la sua ricaduta tecnica nella causa concreta, avrà accenti e esiti diversi a seconda che il contratto, appunto in quanto operazione economica, veda coinvolti soggetti connotati da una debolezza non solo economica, ma anche culturale⁷², oppure no. Ritorna, mi pare quella fisiologica dialettica tra premesse di valore dell'interprete, valori dell'ordinamento, valori espressi dall'autonomia privata e contesto politico-sociale di riferimento. In questo senso, il giurista-interprete è costantemente chiamato a un'opera di scomposizione e ricomposizione, che, attraverso la tecnica giuridica, realizza genuine operazioni di politica del diritto perché non vi possono essere interpreti politicamente neutri⁷³.

La questione più delicata, all'evidenza, è che la politica del diritto dell'interprete e la politica legislativa (utilizzando queste due formule, non perfettamente sovrapponibili, infatti, per sottolineare la differenza tra giudice e legislatore, e così nuovamente richiamando quell'insoddisfazione metodologica a cui ho fatto cenno in apertura), se, certo, possono, e anzi devono, essere reciprocamente connesse (alla luce, di nuovo, di quanto ha rilevato Ascarelli, distinguendo tra volontà della legge e volontà del legislatore, e così affidando all'interprete gli sviluppi 'contestuali' di un testo), non possono però muoversi all'interno di un rapporto soltanto oppositivo, che indebolisce entrambe.

Orbene, questo rapporto oppositivo, secondo diversi osservatori, si avrebbe oggi soprattutto in ragione di una metodologia interpretativa giurisprudenziale che, in sostanza, consente (al limite anzi favorendo tale atteggiamento ermeneutico) che l'interpretazione contestuale sia venata di un soggettivismo etico così netto e percepibile (nonché misurabile, rispetto alla prescrizione legislativa, all'assetto economico negoziale, e, soprattutto, al riempimento di contenuto di principi e clausole generali) tale da operare quale distruttrice dell'ordine sistematico.

Bisogna però allora subito notare che la difesa di tale ordine sistematico è soprattutto predicata da chi guarda a una dimensione ordinamentale prevalentemente racchiusa nella dimensione del codice civile (e comunque di un ordine giuridico chiuso), così tendenzial-

⁷⁰ Una meditata e arricchente prospettiva critica in FEMIA 2021a.

⁷¹ ALPA 2021.

⁷² Particolarmente interessante, e intellettualmente raffinata, è l'analisi di MORENO-CRUZ 2021.

⁷³ Ha infatti osservato BRUTTI 2013a, p. 95, che il negozio giuridico «[p]uò adattarsi a concezioni statalistiche, come avverrà nel Novecento. Può essere riproposto come il simbolo di rivendicazioni liberali. È insomma un modello a contenuti variabili».

mente rifiutando l'idea di una giuridicità intrinsecamente transnazionale (dunque un ordine giuridico non solo in costante movimento, ma aperto)⁷⁴, che si svolge nel costante rapporto dialettico tra esigenze sociali e schemi giuridici di ordinamento della realtà (questo, del resto, è il significato più rilevante della formula ascarelliana della ricostruzione tipologica della realtà in funzione normativa⁷⁵).

Orbene, se si adotta tale perimetro concettuale e culturale (il 'paradigma della chiusura'), non c'è dubbio che il diritto per fattispecie appartenga a una concezione della giuridicità insoddisfacente e inadeguata sotto diversi profili, in primo luogo perché tale concezione non può dar conto, già sul piano empirico, della varietà di ciò che esiste all'interno della sfera del diritto applicato, che è un prodotto legislativo, quantomeno, di secondo livello, e che, come tale, non appartiene soltanto al legislatore che ha posto la regola, poi oggetto di interpretazione contestualmente orientata, ma appartiene alla stessa collettività destinataria della regola⁷⁶ (modellata, infatti, quest'ultima, in chiave ermeneutica, rispetto alle esigenze che il corpo sociale ha progressivamente manifestato, alla luce, naturalmente, delle premesse di valore dell'interprete, in un costante, e più o meno intenso, gioco cooperativo con il legislatore, a beneficio di una progressiva espansione ordinamentale, nel segno, come già notato, della tutela e della promozione delle posizioni soggettive individuali – peraltro destinate a crescere⁷⁷).

Di fronte all'espansione dell'approccio ermeneutico-argomentativo, onde evitare che le critiche rivolte, non tanto alla giurisprudenza in sé, né alla sua auto-percezione in termini di fonte del diritto, ma, soprattutto, alla stessa possibilità concettuale di configurare il diritto italiano vivente come un diritto effettivamente fondato sui precedenti giudiziari⁷⁸ (l'impossibilità di ciò, come anche qui ben noto, deriverebbe dall'alto numero delle pronunce emanate dalla Corte di cassazione), è allora indispensabile ripensare la teoria dell'argomentazione giuridica, che certamente non è una variabile indipendente dal contesto (e anche dal costume) giudiziario.

Il tema della concretizzazione delle clausole generali e dei principi generali, dunque, torna in primo piano, e anzi dovrebbe essere messo il più possibile a frutto (ricorrendosi anche a metodologie, quali quelle empiriche, rese oggi non solo maggiormente fruibili, ma maggiormente precise grazie alla sofisticazione informatica e statistica), per restringere il più possibile gli

⁷⁴ DWORKIN 2013. Su Dworkin, PALOMBELLA 2014 e, più in generale, ZACCARIA 2014.

⁷⁵ Va segnalata la bella giornata di studi svoltasi telematicamente il 18 giugno 2021 nell'ambito del Dottorato di ricerca in diritto e tutela del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Roma Tor Vergata ("Tullio Ascarelli e il ragionamento tipologico"), con introduzione di M. Stella Richter e relazioni di F. d'Alessandro, M. Libertini, P. Spada, C. Angelici, G. Terranova, G. Guizzi, V. Cariello, e conclusioni di G. Ferri. Confidando nella pubblicazione degli atti del seminario, gli interventi possono essere ascoltati ai seguenti link: <https://www.facebook.com/MauroGrondonaLaw/videos/534293851033356> (parte I), e <https://www.facebook.com/MauroGrondonaLaw/videos/1435305200182348> (parte II).

⁷⁶ Su questi e altri problemi, nella prospettiva della storia della cultura giuridica, v. le recenti e belle pagine di GAZZOLO 2020.

⁷⁷ ALPA 2020.

⁷⁸ PASSANANTE 2018. Cfr. ora anche MAZZAMUTO 2020b.

spazi di una discrezionalità che, anche quando non sia qualificabile come arbitrio, è comunque dipendente, in larga misura, non già dall'analisi e dalla messa a frutto di precedenti giudiziari in senso proprio, ma, piuttosto, dall'impiego di pronunce che hanno affrontato, magari solo in un *obiter dictum*, una questione apparentemente analoga, senza essere, però, state fatte oggetto di alcuna razionalizzazione, né da parte della dottrina, né da parte della giurisprudenza, né da parte del ceto forense, che, anzi, potrebbe anche beneficiare di questo 'disordine decisorio', riuscendo così, con una certa facilità, a reperire una pronuncia da utilizzare quale base argomentativa di partenza (quando non anche di approdo)⁷⁹.

Tuttavia, di fronte a una metodologia, come quella di taglio giurermeneutico, che si professa (e in effetti è) così attenta al caso concreto e alle ragioni di esso, è ovvio che occorra irrobustire non tanto l'argomentazione in sé, quanto la fiducia nella forza persuasiva dell'argomentazione (una persuasività che ha a che fare con il contesto nel quale il caso si è verificato), soprattutto quando essa svolga una funzione, intrinsecamente politica, di bilanciamento tra interessi in conflitto, in modo alternativo rispetto a quanto previsto dal legislatore, appunto per ragioni contestuali. La forza dell'argomentazione, in questo senso, coincide, almeno in larga misura, con la trasparenza dell'argomentazione, così allora anche recuperando l'idea che il processo serve per accertare la verità ricavabile dalle fonti di prova a disposizione⁸⁰.

Il dovere di essere trasparente nell'argomentazione, naturalmente, si estende a tutti i protagonisti del processo, e da un certo punto di vista proprio la vicenda della meritevolezza del contratto può essere presa a modello: una significativa pronuncia del 2018⁸¹, infatti, impiegando il criterio di meritevolezza, apre all'autonomia privata e dunque alla creatività delle parti, ma il punto decisivo è che le parti (e dunque i loro legali), prima, nel regolamento contrattuale, e poi, nelle rispettive difese, devono riuscire a spiegare al giudice quale sia stata la ragione economica che le abbia spinte in quella direzione, cioè ad adottare un certo assetto economico-negoziale. Altrimenti, la non meritevolezza è filtrata dal giudizio di non ragionevolezza, di fronte, come nel caso *de quo*, a una clausola contrattuale che alterava significativamente l'equilibrio contrattuale in favore di una parte, senza che dal regolamento contrattuale e dal processo emergessero elementi idonei a spiegare la presenza di quella specifica clausola comportante quello specifico effetto.

Orbene, in presenza di una argomentazione debole, perché non sufficientemente esplicativa, così come, rispetto alla legge, il testo appartiene all'interprete chiamato a leggerlo orientato al contesto, allo stesso modo, rispetto al contratto, le clausole di cui è esso composto, appartengono, ermeneuticamente, al giudice, e comunque al decisore.

⁷⁹ Una situazione, invero, ben nota da tempo alla nostra dottrina: v. ad es. COVIELLO *sr* 1918, p. 1668: «La giurisprudenza non deve disprezzarsi dallo scienziato, considerandola come un arsenale dove il causidico può trovare decisioni in appoggio di qualunque tesi [...]».

⁸⁰ NIEVA-FENOLL 2021.

⁸¹ Cass. Civ., sez. un., 17 febbraio 2017, n. 4224.

Un'appartenenza ermeneutica che, a ben vedere, è giustificata dalla necessità di fornire una risposta che, come tale, si pone in alternativa rispetto a quella offerta dalle parti (le quali, appunto, confliggono); da questo punto di vista, l'attenzione ermeneutico-argomentativa rappresenta, in sé, un rimedio contro gli eccessi di giurisdizionalizzazione del diritto, posto che, appunto, spetta alle parti il compito di indirizzare e controllare il ragionamento del giudice, soprattutto quando ci si imbatte in ampi spazi di discrezionalità.

4. Conclusioni

Nell'ottica del rapporto tra continuità e discontinuità, è senza dubbio possibile preservare l'idea di un diritto per principi, o, per richiamare la famosa prolusione del 1966 di Stefano Rodotà, a una legislazione per principi⁸²; una legislazione ricca di fattispecie aperte e di nozioni a contenuto variabile.

Questo approccio metodologico, se guardiamo a molta parte del diritto civile attuale (anche in ragione dell'alto numero di giuristi che svolgono la professione forense, e che li rende tendenzialmente troppo prudenti, in chiave metodologica, rispetto a una percezione del diritto che tenti invece di avvicinarsi all'ambito dell'antropologia culturale, non lasciando sullo sfondo l'aspetto strettamente tecnico, ma prefiggendosi di analizzare la regola in chiave assiologica e funzionale), va ascritto al versante della discontinuità.

Dall'altro lato, il contrasto di ogni decisione arbitraria, la fiducia in un progresso di cui il diritto e il giurista possono (e anzi debbono) essere fonte, la convinzione che la libertà individuale socialmente collocata e socialmente connotata possa (e anzi debba) essere strumento di emancipazione, tanto individuale quanto sociale, sono aspetti che vanno ascritti alla continuità.

Del resto, proprio Ascarelli, il quale, in pressoché tutti i suoi scritti della maturità ha molto insistito (pur, come detto, non senza oscillazioni o anche ambiguità) sulla natura creativa dell'interpretazione⁸³, con la stessa forza ha ribadito la sua contrarietà a ogni soluzione genericamente improntata all'equità o alla giustizia sostanziale⁸⁴. Non perché giustizia e equità, in quanto valori, non possano trovare uno spazio all'interno della regola giuridica (ciò sarebbe sbagliato), ma perché il riferimento alla giustizia e alla equità (così come a ogni altro valore rilevante) deve sempre trovare una necessaria mediazione, o meglio un termine di confronto (che è testuale, ma anche contestuale, posto che l'ordinamento giuridico, in sé, non soltanto è un dato, ma è costantemente un ricostruito dall'interprete), nella prospettiva di un ordinamento giuridico che, al contempo, è preconstituito al giudizio dell'interprete, altrimenti man-

⁸² RODOTÀ 1966.

⁸³ ASCARELLI 1953, p. 37, nt. 19: «Quest'attività creativa dell'interprete non deriva però da un principio di indeterminazione, avvicicabile a quello delle scienze fisiche [...], ma attiene alla stessa natura dell'interpretazione, dato il carattere astratto della norma preconstituita che dovrà sempre essere ricostruita ai fini di qualunque sua applicazione».

⁸⁴ ASCARELLI 1959, p. VIII.

cherebbe un *tertium comparationis*, ma è anche sempre costituito dall'interprete attraverso la fisiologica attività ermeneutica, operandosi sulla base di quei materiali normativi (e in certa misura potremmo anche dire 'frammenti di giuridicità') la cui comprensione ermeneutica (che si sforza di leggere i testi rispetto ai contesti, e viceversa) è, come tale, sempre innovativa.

Questo, nella prospettiva ascarelliana (una prospettiva, mi pare, non solo significativa in chiave storiografica, ma rilevante in chiave tanto teorica quanto pratica), il senso e il benefico apporto della discontinuità giuridica, indispensabile onde evitare una (eccessiva) dissociazione tra diritto e società.

Una discontinuità – va avvertito –, che non rimane prigioniera di sé stessa. Dunque, il rischio che la discontinuità possa favorire una 'irrazionalità sociale' diffusa (a ovvio detrimento di quella stabilità del corpo sociale, che è invece indispensabile, affinché l'ordine sociale possa interagire con l'ordinamento giuridico) è ridotto, in primo luogo, dalla circostanza che l'interprete si muove all'interno di un contesto prima di tutto culturale, che pone, e impone, alcuni limiti; in secondo luogo, dalla circostanza che la tecnica giuridica è certamente manipolabile (cioè funzionalmente e dunque ideologicamente orientabile), ma il problema della manipolazione della tecnica giuridica, a ben vedere, può essere stemperato riconducendolo agli usi della tecnica giuridica: usi, anch'essi controllabili, altresì in chiave culturale, almeno fino al punto di rottura del paradigma (una rottura, la quale, però, nel momento in cui si verifica, segna il proprio carattere fisiologico, posto che la rottura medesima è stata determinata proprio da ragioni culturali di contesto: anche in questa ipotesi, pertanto, non saremo di fronte a un impiego irrazionale della tecnica giuridica, frutto di una cieca discontinuità, ideologicamente connotata), perché la manipolazione, ovvero l'uso innovativo della tecnica giuridica, dipende dalle ragioni in vista delle quali la manipolazione medesima avviene, nella nota logica dell'argomentazione orientata alle conseguenze.

Si ritorna, così, al problema della trasparenza argomentativa, poiché fondamentale è la trasparenza della (e nella) linea di politica del diritto perseguita dall'interprete, nonché la trasparenza quanto agli esiti di quest'ultima.

Il che porta alla questione della competizione tra teorie giuridiche, e dunque tra orientamenti giurisprudenziali. In questo senso, è di nuovo evidente quanto sia fondamentale l'elaborazione di una compiuta teoria del precedente giudiziale all'interno di un ordinamento giudiziario quale quello italiano, e, soprattutto, la necessità che la giurisprudenza, nel proprio intenso lavoro ermeneutico, impieghi argomentazioni effettivamente riconducibili non già a isolate pronunce, ma a autentici precedenti, come tali sempre razionalizzabili⁸⁵. E tuttavia, al di là degli indubbi aspetti problematici posti dal rapporto dialettico – o forse meglio: competizione tecnico-assiologica – tra continuità e discontinuità, non c'è dubbio che tale competizione garantisca tanto il pluralismo metodologico, quanto il coraggio intellettuale che sfocia poi nell'innovazione metodologica, sempre presidiata dalle ragioni di contesto. Una innovazione

⁸⁵ In prospettiva più ampia, v. ora FERRANTE 2020.

metodologica, quindi, di stampo gradualistico, pensando in particolare a uno degli insegnamenti di Popper.

In conclusione, credo che il messaggio intellettuale che Ascarelli ci ha trasmesso e che noi, oggi, possiamo riprendere e sviluppare, adeguandolo alle esigenze del presente, sia un messaggio di speranza e di fiducia, tanto in chiave politica, quanto in chiave tecnica (e del resto, appunto il connubio tra consapevolezza della politicità del giurista e capacità tecnica del giurista ci dà la esatta cifra intellettuale di ogni autentica politica del diritto): fiducia in quei valori di progresso e di emancipazione sociale, che sempre devono essere difesi, e speranza che la costante difesa di questi valori rappresenti il fondamento tecnicamente più solido del diritto⁸⁶.

Bibliografia

- ALPA 2020 = G. ALPA, *Dalla tutela dell'ambiente al riconoscimento della "natura" come soggetto di diritto. Una rivisitazione delle categorie del diritto civile?*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 11 (2020), pp. 19-34.
- ALPA 2021 = G. ALPA, *s.v. Autonomia contrattuale*, *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 1-47.
- ARNAUD 1993 = A.-J. ARNAUD, *Da giureconsulti a tecnocrati. Diritto e società in Francia dalla codificazione ai giorni nostri* (trad. it.), a c. di F. Di Donato, Napoli 1993.
- ASCARELLI 1953 = T. ASCARELLI, *Diritto comparato e teoria dell'interpretazione*, in *Atti del primo convegno nazionale di studi giuridico-comparativi*, Roma 1953, pp. 17-70.
- ASCARELLI 1954 = T. ASCARELLI, *Interpretazione del diritto e studio del diritto comparato*, in *Saggi di diritto commerciale*, Milano 1955, pp. 481-519.
- ASCARELLI 1956 = T. ASCARELLI, *Certezza del diritto e autonomia delle parti nella realtà giuridica*, in *Convegno degli Amici de "Il diritto dell'economia"*, in *Il diritto dell'economia* (1956), pp. 1238-1263.
- ASCARELLI 1959 = T. ASCARELLI, *Problemi giuridici*, vol. I, Milano 1959.
- ASCARELLI 2017 = T. ASCARELLI, *Pensieri e lettere familiari*, a c. di P. Femia, I. Martone e I. Sasso, Napoli 2017.
- ASCHERI 2011 = M. ASCHERI, *Categorie di giuristi e categorie di storici: quale osmosi?*, in P. ANDERSEN, P. LETTO-VANAMO, K.Å. MODEÉR, H. VOGT (eds.), *Liber Amicorum Ditlev Tamm. Law, History and Culture*, København 2011.
- BALESTRA 2021 = L. BALESTRA, *È possibile un elogio della giustizia? (a proposito di un recente volume)*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3 (2021), pp. 699-723.
- BANFI, BRUTTI, STOLFI 2020 = A. BANFI, M. BRUTTI, E. STOLFI, *Dall'esegesi giuridica alla teoria dell'interpretazione: Emilio Betti (1890-1968)*, Roma 2020.
- BARCELLONA 2017 = M. BARCELLONA, *L'ottica rimediale e la morte della legge*, in *Nuovo diritto civile* 3 (2017), pp. 37-45.

⁸⁶ ASCARELLI 1953, p. 61.

- BAREL 2020 = B. BAREL, *Le nuove frontiere dell'adozione dei minori: dal sempre più ampio riconoscimento delle adozioni all'estero all'accesso all'adozione interna da parte di coppie same-sex e di single*, in *GenIus* 1 (2020), pp. 1-22, <http://www.geniusreview.eu/2021/genius-2020-1/>.
- BENATTI F.A. 2021 = FRANCESCA BENATTI, *La funzione delle clausole generali nel diritto privato*, in *Banca, borsa, titoli di credito* 3 (2021, parte I), pp. 381-398.
- BENATTI F.O. 2021 = FRANCESCO BENATTI, *Che ne è oggi del testo del contratto?*, in *Banca, borsa, titoli di credito* 1 (2021, parte I), pp. 1-17.
- BENEDETTI 2021 = A.M. BENEDETTI, *s.v. Presupposizione*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 873-893.
- BETTI 1959 = E. BETTI, *Interpretazione della legge e sua efficienza evolutiva*, in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, a c. di G. Crifò, Milano 1991, pp. 523-554.
- BIN 2014 = R. BIN, *A discrezione del giudice. Ordine e disordine – una prospettiva quantistica*, II ediz., Milano 2014.
- BIN 2018 = R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano 2018.
- BIN 2021 = R. BIN, *Normatività del fattuale*, Modena 2021.
- BRECCIA 2020 = U. BRECCIA, *Chiaroscuri della scienza giuridica contemporanea (a margine del libro di Nicolò Lipari, Diritto civile e ragione)*, in *Rivista di diritto civile* 1 (2020), pp. 131-159.
- BRUTTI 1978 = M. BRUTTI, *Teoria e trasformazione dello Stato negli scritti di Norberto Bobbio*, in *Democrazia e diritto* 18 (1978), pp. 35-60.
- BRUTTI 2013a = M. BRUTTI, *Dal contratto al negozio giuridico. Appunti*, Torino 2013.
- BRUTTI 2013b = M. BRUTTI, *Rileggere Orestano. Teoria e storiografia del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 4 (2013), pp. 3-34.
- CALABRESI 2013 = G. CALABRESI, *Il mestiere di giudice. Pensieri di un accademico americano*, Bologna 2013.
- CALAMANDREI 1922 = P. CALAMANDREI [ma lo scritto è semplicemente siglato 'P.C.'], *Il programma di politica giudiziaria dei socialisti tedeschi*, in *Rivista del diritto commerciale* (1922, parte I), pp. 155-169.
- CALASSO 1955 = F. CALASSO, *Pensieri sul problema della «continuità» con particolare riguardo alla storiografia giuridica italiana*, in *Storicità del diritto*, Milano 1966, pp. 261-286.
- CALASSO 1966 = F. CALASSO, *Storicità del diritto*, Milano 1966.
- CAMARDI 2020 = C. CAMARDI, *Creatività, storicità e continuità nella teoria dell'interpretazione di Tullio Ascarelli*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 1 (2020), pp. 69-99.
- CARIELLO 2020 = V. CARIELLO, *Comparazioni e interpretazione*, Torino 2020.
- CASSESE 2000 = S. CASSESE, *Giannini: l'uomo e il suo lascito scientifico*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 4 (2000), pp. 955-1020.
- CASTRONOVO 2015 = C. CASTRONOVO, *Eclissi del diritto civile*, Milano 2015.
- COVIELLO sr 1918 = L. COVIELLO sr, *Gli errori della giurisprudenza ed i suoi trionfi*. Prolusione al Corso ufficiale di Diritto civile nella R. Università di Napoli letta l'11 marzo 1918, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. II (1900-1935), Napoli 2012, pp. 1641-1671.

- D'AMICO 2021 = G. D'AMICO, *s.v. Giustizia contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, Contratto, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 583-607.
- DE MENECH 2019 = C. DE MENECH, *Le prestazioni pecuniarie sanzionatorie. Studio per una teoria dei «danni punitivi»*, Milano 2019.
- DWORKIN 2013 = R. DWORKIN, *A New Philosophy for International Law*, in *Philosophy & Public Affairs* 41.1 (2013), pp. 2-30.
- FEMIA 2020 = P. FEMIA, *Ermeneutica dell'opposizione*, in *Ars Interpretandi* 2 (2020), pp. 93-110.
- FEMIA 2021a = P. FEMIA, *Autonomia. Frammento 2016*, Napoli 2021.
- FEMIA 2021b = P. FEMIA, *Principi e clausole generali. Tre livelli di indistinzione*, Napoli 2021.
- FERRANTE 2020 = R. FERRANTE, *Ideologie della giurisdizione e cultura giuridica togata. Tradizione, nomofilachia, formanti e metodo storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 307-345.
- FERRAJOLI 2018 = L. FERRAJOLI, *Contro il creazionismo giudiziario*, Modena 2018.
- FERRI 1963 = G. FERRI, *Rec. a T. ASCARELLI, Corso di diritto commerciale. Introduzione e teoria dell'impresa*, in *Rivista del diritto commerciale* (1963, parte I), pp. 70-72.
- FIANDACA 2013 = G. FIANDACA, *Populismo politico e populismo giudiziario*, in *Criminalia* (2013), pp. 95-121.
- FIORAVANTI 2018 = M. FIORAVANTI, *Passato, presente e futuro dello Stato costituzionale odierno*, in *Nomos. Le attualità nel diritto* 2 (2018), pp. 1-9, <https://www.nomos-leattualitaneldiritto.it/fascicoli/nomos-2-2018/>.
- GABRIELLI 2021 = E. GABRIELLI, *s.v. Operazione economica*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, Contratto, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 729-753.
- GAZZOLO 2020 = T. GAZZOLO, *Giovanni Gentile e l'idea di diritto*, in *Rivista internazionale di filosofia del diritto* 4 (2020), pp. 713-736.
- GROSSI 1997 = P. GROSSI, *Le aporie dell'assolutismo giuridico (Ripensare, oggi, la lezione metodologica di Tullio Ascarelli)*, in *Diritto privato* 3 (1997), pp. 485-550 (poi in P. Grossi, *Nobiltà del diritto. Profili di giuristi*, Milano 2008, pp. 445-504).
- GROSSI 2021 = P. GROSSI, *Il diritto civile in Italia fra moderno e posmoderno. Dal monismo legalistico al pluralismo giuridico*, Milano 2021.
- HONNETH 2021 = A. HONNETH, *Il conflitto per il riconoscimento*, intervista a c. di G. Fazio pubblicata ne *Il manifesto*, 19 settembre 2021, p. 10.
- IUDICA 2019 = G. IUDICA, *Il diritto civile nell'età delle contraddizioni*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata* 1 (2019, parte II), pp. 132-137.
- JEMOLO 1947 = A.C. JEMOLO, *Confessioni di un giurista*, Milano 1947.
- LEÓN HILARIO 2021 = L. LEÓN HILARIO, *Estudio Preliminar (Guía de lectura a un volumen sobre la jurisprudencia no-vinculante de los Plenos Casatorios Civiles de la Corte Suprema de la República)*, in Y. MEZA TORRES (coord.), *Los Plenos Casatorios Civiles. Análisis a los 10 Plenos Vinculantes*, Lima 2021, pp. 23-73.

- LEONI 1956 = B. LEONI, *Intervento* [senza titolo], in *Convegno degli Amici de "Il diritto dell'economia"*, in *Il diritto dell'economia* (1956), pp. 1291-1294.
- LIBERTINI 2010 = M. LIBERTINI, *Rec. a V. VELLUZZI, Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche* 1 (2010), pp. 377-382.
- LIBERTINI 2020a = M. LIBERTINI, *Due contributi di giuscommercialisti alla teoria generale del diritto*, in *Orizzonti del Diritto Commerciale* 1 (2020), pp. 291-307.
- LIBERTINI 2020b = M. LIBERTINI, *Passato e presente nel diritto commerciale (a proposito di tre libri recenti)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 49 (2020), pp. 735-771.
- LIBERTINI 2013 = M. LIBERTINI, *Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia*, in *Rivista delle società* 1 (2013), pp. 1-41.
- LIPARI 1968 = N. LIPARI, *Il diritto civile tra sociologia e dogmatica (Riflessioni sul metodo)*. Prolusione letta a Bari il 16 marzo 1968, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3135-3178.
- LIPARI 2021a = N. LIPARI, *Elogio della giustizia*, Bologna 2021.
- LIPARI 2021b = N. LIPARI, *s.v. Contratto e principio di ragionevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 356-384.
- MACARIO 2021 = F. MACARIO, *s.v. Contratti di durata*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 103-130.
- MASCHI 1982 = C.A. MASCHI, *Antico e moderno nella scienza del diritto*, in *Studia et Documenta Historiae et Iuris* 48 (1982), pp. 5-36 (dell'estratto).
- MAZZAMUTO 2019 = S. MAZZAMUTO, *L'Europa del diritto alla prova del sovranismo e del populismo*, in *Europa e diritto privato* 2 (2019), pp. 279-282.
- MAZZAMUTO 2020b = S. MAZZAMUTO, *La Suprema Corte ed il vincolo del precedente*, in *Europa e diritto privato* 4 (2020), pp. 1089-1103.
- MIGLIORINO 2021 = F. MIGLIORINO, *Lecture corsare di Tullio Ascarelli. Penalisti e criminologi da Weimar al Terzo Reich*, Milano 2021.
- MORENO-CRUZ 2021 = P. MORENO-CRUZ, *Il privilegio epistemologico dell'ignoranza e la comparazione giuridica, tra voci silenziate e ricordi situati*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo* 2 (2021), pp. 435-458.
- MORIN 1945 = G. MORIN, *La révolte du droit contre le code. La révision nécessaire des concepts juridiques (Contrat, responsabilité, propriété)*, Paris 1945.
- NELSON 2019 = E. NELSON, *The Theology of Liberalism. Political Philosophy and the Justice of God*, Cambridge, Massachusetts & London, England 2019.
- NIEVA-FENOLL 2021 = J. NIEVA-FENOLL, *Discipline extra-giuridiche e studio del processo in Michele Taruffo*, trad. it. di L. Passanante, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile* 3 (2021), pp. 829-841.
- OCTAVIANI 2020 = A. OCTAVIANI, *O viajante e o construtor: Ascarelli, do Direito Privado ao Direito Econômico*, in https://www.academia.edu/49362551/O_viajante_e_o_construtor_Ascarelli_do_Direito_Privado_ao_Direito_Econ%C3%B4mico.

- ORESTANO 1987 = R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987.
- ORLANDI 2021 = M. ORLANDI, *Introduzione alla logica giuridica*, Bologna 2021.
- PALAZZO 2021 = M. PALAZZO, s.v. *Testo del contratto*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, 1151-1170.
- PALOMBELLA 2014 = G. PALOMBELLA, *Sulle spalle di Dworkin. Principi e adjudication nel diritto internazionale*, in *Rivista di filosofia del diritto* 3.2 (2014), pp. 421-442.
- PARDOLESI 2019 = R. PARDOLESI, *Dottrina e giurisprudenza: conflitti, dialoghi, monologhi*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 19.1 (2019), pp. 53-60, http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2019_n19-1/index.htm.
- PATTI 2021 = S. PATTI, *Le clause generali nel diritto processuale civile*, in R. SACCHI (a c. di), *Il ruolo delle clause generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021, pp. 463-481.
- PERLINGIERI 1969 = P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*. Prolusione al corso di Diritto civile, letta nell'Università di Camerino il 18 aprile 1969, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3179-3208.
- PINELLI 2010 = C. PINELLI, *Il confronto sull'interpretazione fra Emilio Betti e Vezio Crisafulli e il contributo di Tullio Ascarelli*, in *Il diritto tra interpretazione e storia. Liber amicorum per Angel Antonio Serbati*, vol. IV (pp. 67-91), Roma 2010.
- PIRAINO 2015 = F. PIRAINO, *La buona fede in senso oggettivo*, Torino 2015.
- PIRAINO 2021 = F. PIRAINO, s.v. *Meritevolezza*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 667-699.
- PODDIGHE 2019 = E. PODDIGHE, *Aristotele e la legge: il tema del mutamento*, in *Quaderni di storia* 45.90 (2019), pp. 29-63.
- PUGLIATTI 2011 = S. PUGLIATTI, *Nota su continuo e discontinuo*, in *Scritti giuridici*, vol. V (1965-1996), Milano 2011, pp. 1181-1285.
- RAMPA 2021 = L. RAMPA, *Rigidità e flessibilità delle costituzioni alla luce della teoria economica dei contratti incompleti*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica* 51.1 (2021), pp. 185-208.
- RESTA 2021 = G. RESTA, s.v. *Contratto e diritti fondamentali*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 291-313.
- RICCIARDI 2021 = M. RICCIARDI, *L'età della frattura e la crisi del liberalismo*, in *Il Mulino* 1 (2021), pp. 10-25.
- RODOTÀ 1966 = S. RODOTÀ, *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*. Prolusione letta a Macerata il 18 dicembre 1966, in *Le prolusioni dei civilisti*, vol. III (1940-1979), Napoli 2012, pp. 3089-3133.
- RULLI 2018 = E. RULLI, *Giustizia predittiva, intelligenza artificiale e modelli probabilistici. Chi ha paura degli algoritmi?*, *Analisi giuridica dell'economia* 2 (2018), pp. 533-545.
- SACCHI 2021 = R. SACCHI (a c. di), *Il ruolo delle clause generali in una prospettiva multidisciplinare*, Milano 2021.
- SALANITRO 2021 = U.A. SALANITRO, s.v. *Rischio contrattuale*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, pp. 1050-1076.

- SEDANO ONOFRI 2021 = R. SEDANO ONOFRI, *O Jurista entre o Direito e o Progresso: Um Sentido para a Interpretação Jurídica no Pensamento de Tullio Ascarelli*, in *História do Direito* 2.2. (2021), pp. 185-200.
- SETTIS 2017 = B. SETTIS, *Le «considerazioni sullo Stato moderno» di Massimo Severo Giannini: una conferenza inedita del gennaio 1954*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico* 3 (2017), pp. 677-709.
- STELLA RICHTER jr 2021 = M. STELLA RICHTER jr, *Racconti ascarelliani*, II ed., Napoli 2021.
- SUMPTION 2020 = J. SUMPTION, *Trials of the State. Law and the Decline of Politics*, London 2020.
- TERRACINI 1963 = B. TERRACINI, *Lingua libera e libertà linguistica*, Torino 1963.
- TUCCARI 2018 = E. TUCCARI, *Sopravvenienze e rimedi nei contratti di durata*, Milano 2018.
- VALLE 2020 = L. VALLE, *Il contratto e la realizzazione dei diritti della persona*, Torino 2020.
- VELLUZZI 2010 = V. VELLUZZI, *Le clausole generali. Semantica e politica del diritto*, Milano 2010.
- VETTORI 2021 = G. VETTORI, s.v. *Contratto e Costituzione*, in *Enciclopedia del diritto*, I Tematici, I, *Contratto*, diretto da G. D'Amico, Milano 2021, 266-291.
- VIOLA 2015 = F. VIOLA, *Il diritto come arte della convivenza civile*, in *Rivista di filosofia del diritto* 4.1 (2015), pp. 57-74.
- VIOLA 2018 = F. VIOLA, *Una teoria deliberativa della giurisdizione?*, in *Ars Interpretandi* 1 (2018), pp. 13-28.
- VIOLA 2021a = F. VIOLA, *La comunanza etica nella società del pluralismo (draft - 6 settembre 2021)*, pp. 1-16, https://www.academia.edu/51351576/La_comunanza_etica_nella_societ%C3%A0_del_pluralismo.
- VIOLA 2021b = F. VIOLA, *Prospettive della teoria del diritto*, in A. SCERBO (a c. di), *Teoria e prassi dell'esperienza giuridica. In ricordo di Francesco Gentile*, Napoli 2021, pp. 15-37.
- VOGLIOTTI 2020 = M. VOGLIOTTI, *Per una nuova educazione giuridica*, in *Diritto & Questioni pubbliche* 2 (2020), pp. 229-259, http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2020_n20-2/index.htm.
- ZACCARIA 2012 = G. ZACCARIA, *La comprensione del diritto*, Roma-Bari 2012.
- ZACCARIA 2014 = G. ZACCARIA, *Rileggendo la giurisprudenza normativa di Ronald Dworkin: una valutazione complessiva*, in *Rivista di filosofia del diritto* 3.1 (2014), pp. 41-60.
- ZACCARIA 2020 = G. ZACCARIA, *La ragione dialogica dell'ermeneutica*, in *Ars Interpretandi* 2 (2020), pp. 125-150.
- ZACCARIA A. 2020 = A. ZACCARIA, *Il diritto privato europeo nell'epoca del post-postmodernismo*, in *Rivista di diritto civile* 1 (2020), pp. 1-12.
- ZENO-ZENCOVICH 2018 = V. ZENO-ZENCOVICH, *Autopsia del diritto civile*, in *Rivista critica del diritto privato* 36.4 (2018), pp. 617-627.