



Giuristi e diritto: tra pluralismo metodologico, coscienza critica, deontologia costituzionale (a proposito di: MARIO LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*)



Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova

1. Segnalo, anche questa volta, piuttosto brevemente e con molto ritardo (e il mio dispiacere, anche questa volta, è doppio: per la frammentarietà della segnalazione e per il ritardo nel farla) questo fondamentale (sotto molteplici aspetti, sui quali cercherò appunto di dire qualcosa nel corso di questa sommaria presentazione) volume di Mario Libertini¹.

Fondamentale, in primo luogo, perché i saggi in esso raccolti toccano pressoché tutti gli snodi centrali di una materia mobilissima e anticipatrice quale è il diritto commerciale², tanto in prospettiva storica quanto in prospettiva teorica; tanto rispetto a ciò che accade all'interno del diritto commerciale, quanto rispetto a ciò che accade all'esterno di esso, pensando qui, in particolare, ai rapporti tra diritto commerciale e diritto civile.

In ogni pagina del volume tale prospettiva (e anzi, e meglio: attitudine e vocazione) teorica è presentissima, venendo così a giocare un ruolo significativamente trasversale quella che sinteticamente e senza difficoltà possiamo anche chiamare 'sensibilità teorico-generale', intesa appunto in senso molto ampio, quale costante esercizio di ragionamento rigorosamente impostato e rigorosamente svolto, e quindi utile per ogni ambito giuridico. Di più. Usando qui parole rivolte da Libertini ad Ascarelli, e che benissimo

¹ LIBERTINI, *Passato e presente del diritto commerciale*, Torino, 2023, XVIII-522.

² *Ibid.*, 305-306, in un importante passaggio (anche per quanto si dirà nel corso di questa segnalazione) in cui l'autore riconduce l'inattualità di Tullio Ascarelli, tra l'altro, alla circostanza che egli «aveva una grande vocazione "generalista": considerava il diritto commerciale – che amava per la sua grande storia e per la sua vocazione pionieristica e modernizzatrice – come una base di partenza per proiettarsi verso elaborazioni dottrinali e metodologiche riferibili all'intera esperienza giuridica o a materie non rientranti nei confini accademici tradizionali del diritto commerciale; mentre oggi prevale un orientamento specialistico in tutti i campi del diritto, ed anche fra i cultori del diritto commerciale».

possono ripetersi, con gli ovvi adattamenti cronologici, per il nostro autore, descrivendo esse, in modo sobrio e preciso, le principali caratteristiche appunto del Libertini studioso: un giuscommercialista, e dunque un giurista, che supera, proprio in relazione al problema del metodo, ogni autoreferenzialità e chiusura disciplinare e che si inserisce, ravvivandolo, rinnovandolo e arricchendolo, nel dibattito metodologico generale, anche grazie alla notevole proiezione internazionale. Parole, citate quasi alla lettera, che si leggono a p. 21 e che vanno messe allora in connessione con una centralissima professione metodologica fatta da Libertini, in cui ci si imbatte in chiusura di 'Introduzione' e da cui occorre muovere: «[C]iò che mi sembra davvero importante conservare, della tradizione disciplinare, è proprio quella vocazione generalista che si è, in passato, manifestata su due piani diversi. In primo luogo, quello della elaborazione di principi e concetti giuridici di carattere generale, cioè della dogmatica privatistica generale, in un contesto di valorizzazione della diversità di soggetti (imprese, grandi e piccole, consumatori, *stakeholder*) che si muovono all'interno dei multiformi scenari dell'economia di mercato. In secondo luogo, sul piano interdisciplinare, nel senso di valorizzare l'intreccio di discipline privatistiche e pubblicistiche, che condiziona oggi il concreto operare di quasi tutti i settori economici, e di confermare il metodo che richiede una previa, approfondita analisi dei fenomeni economici e degli interessi in conflitto, nonché un'attenta informazione comparatistica, come premessa per qualsiasi ricostruzione della disciplina giuridica di tali fenomeni. Credo che, in questa prospettiva, una discussione sul regolamento di confini fra i diversi settori scientifico-disciplinari – tra diritto civile e diritto commerciale, o tra diritto commerciale e diritto dell'economia – possa avere interesse solo ai fini dell'applicazione della legislazione universitaria attualmente vigente. Ciò che conta è che il compito della costruzione di principi e concetti di diritto generale dell'impresa e dei mercati non può essere privilegio (o onere) esclusivo dei cultori di alcuna disciplina» (XVII-XVIII).

Fondamentale, in secondo luogo, perché tutti i saggi raccolti nel volume (sarebbe infatti un errore limitarsi a scorrere le 'note di lettura', che contengono spesso riflessioni di spiccata rilevanza teorico-generale) muovono da una istanza di carattere metodologico, esprimendo essi una vera e propria esigenza politico-culturale di profondo impegno metodologico, che io ho inteso quale chiamata collettiva 'alle armi intellettuali' rivolta al ceto dei giuristi, onde sollecitarli, appunto in termini di collettività intellettuale (non di materie, non di scuole, o, assai peggio, di fazioni), a una complessiva e radicale riflessione metodologica, con l'obiettivo di mettere a punto un modello metodologico a largo spettro (dalla teoria delle fonti all'argomentazione, necessariamente passando attraverso il problema dei limiti e dei controlli di cui ogni potere deve essere trasparentemente destinatario) che tragga naturalmente beneficio da una sistematica opera di revisione, a partire dal presente ma che si estenda al passato (prossimo e remoto), per far sì che tale rinnovamento metodologico sia ovviamente e massimamente adeguato all'attuale contesto (un contesto da valorizzare anche e soprattutto nel senso sociologico di esso³ – senza dunque

³ *Ibid.*, 297, in nota 32: «In questo quadro [Libertini si riferisce al secondo dopoguerra italiano,

affatto chiudere le porte metodologiche alla intrinseca politicità di ciò che accade e che diventa, o può diventare, giuridicamente rilevante, attraverso quell'operazione tecnico-politica che sostanzia l'interpretazione), non solo nazionale (e da questo punto di vista il diritto commerciale – ma io direi l'intero di diritto privato –, quale diritto del mercato, ha una intrinseca forza euristica particolare), ma pur sempre rivendicando la centralità di una determinata linea politico-culturale, in più pagine appassionatamente e trasparentemente difesa da Libertini: mi riferisco, ovviamente, a quel giuspositivismo critico che l'autore assume a concezione generale del diritto⁴ e nel quale pienamente si riconosce (anche perché in tutti gli scritti di cui il volume è composto è ben evidente il suo contributo alla individuazione del contenuto teorico e operativo di tale giuspositivismo), divenen-

sottolineando come, «[n]on mettendosi in dubbio il dogma legalistico, il compito della dottrina veniva ridotto fra la retta esegesi e la sistemazione concettuale a fini puramente “teorici”», *ivi*] può intendersi veramente l'importanza, per la dottrina giusprivatistica italiana, dell'opera di T. Ascarelli, con il recupero (ché non si trattava certo di una novità in assoluto) di una prospettiva “sociocentrica” (se mi è consentita questa espressione) di fronte alla prevalente prospettiva “nomocentrica”».

⁴ *Ibid.*, 194-195: «Il punto vero è però che il tema dell'apertura del processo interpretativo ai dati della cultura generale e alla realtà sociale, nonché all'impiego dei giudizi di valore, si pone per tutte le norme giuridiche: non solo per quelle a contenuto indeterminato, ma anche per quelle di dettaglio; e allo stesso modo si pone per le disposizioni di principio. Naturalmente il grado e il peso dell'apertura variano con il variare del contenuto del testo normativo. Questa apertura verso la realtà socioeconomica e culturale era negata nel giuspositivismo legalistico del passato. Ma si tratta di un atteggiamento superato: il riconoscimento di un ineliminabile apporto creativo nell'attività giurisprudenziale è generale, sicché è inutile attardarsi, oggi, nelle critiche ad un giuspositivistico legalistico puro, che nessuno difende come tale. Bisogna invece fare i conti con versioni critiche del giuspositivismo, che riconoscono che, nell'interpretazione giuridica, non si può fare a meno di giudizi di valore, che a loro volta possono essere tratti solo da un dialogo costante della giurisprudenza con le conoscenze tecnico-scientifiche e con le ideologie presenti nella società. Il punto, già fermato mezzo secolo fa da Bobbio e Scarpelli [e cfr. *ivi*, in nota 102: «Sulla stessa linea si poneva in quel torno di tempo, nella dottrina giuscommercialistica, l'insegnamento di Tullio Ascarelli»], è che il giuspositivismo dev'essere valutato (apprezzato o rifiutato) come ideologia giuridica, e non come una teoria descrittiva del diritto. In questa prospettiva il riconoscimento dell'esistenza di spazi di creatività giurisprudenziale non impedisce poi di affermare che la stessa debba essere temperata dal limite deontologico della fedeltà ai valori (storicamente fondati) di un ordinamento istituzionale dato (e accettato) e dal vincolo metodologico della continuità (coerenza) logico-semantica con i testi normativi formalmente accreditati come fonti. Questo vincolo, deontologico e metodologico, può porsi anche per l'interpretazione delle clausole generali: è possibile che anche la c.d. concretizzazione delle norme indeterminate sia fatta sulla base del principio di fedeltà ai valori dell'ordinamento e della continuità logico-semantica con le disposizioni di principio (anche se il limite della continuità, in questo caso, ovviamente si affievolisce, ma non scompare del tutto). In altri termini: l'idea che la norma “a contenuto indeterminato” comporti necessariamente una delega in bianco a valori sociali esterni alla volontà del legislatore non è fondata su argomenti stringenti; essa anzi ci riporta ad un tempo storico precedente all'affermazione degli attuali ordinamenti a base costituzionale rigida e quindi precedente all'idea che valori etici e politici potessero essere “normativizzati” in disposizioni di principio vincolanti per l'interprete, in sede di valutazione di legittimità e di interpretazione delle norme di rango inferiore».

do, tale concezione, così, visione deontologica complessiva della giuridicità, valorizzandosi in essa, necessariamente e giustamente, la prospettiva ideologica (per note ragioni storiche considerata, vuoi un vecchiume, vuoi una scoria di un cattivo ragionamento, ma così ovviamente non è mai stato, e non è neppure oggi), cioè, a sua volta, valorizzando una complessiva concezione della società e dei rapporti sociali, su cui il diritto interagisce – ed è ovvio che il modo stesso di pensare il diritto e al diritto è decisivo, rispetto al modo di utilizzare il diritto: in questo sta la ineliminabile e fondamentale componente ideologica⁵ (necessariamente intrecciata con quella metodologica e deontologica) della concezione del diritto di Mario Libertini.

2. Sulla scorta dell'idea-cardine della vocazione generalista del diritto commerciale poco sopra richiamata, con la conseguenza che quest'ultimo va inteso quale diritto generale dell'impresa e del mercato, si può allora sottolineare un ulteriore aspetto del volume, che lo fa apparire, ai miei occhi di lettore, decisivo, ai fini di una riflessione ambiziosa e agguerrita (com'è appunto ambizioso e agguerrito il volume) sull'intera giuridicità contemporanea.

Orbene, dalle pagine di Libertini (come, per altri versi – ma, osservando le rispettive posizioni di entrambi gli studiosi, ovviamente più nella linea della divergenza che non della convergenza, tra i due: v. appunto il rilievo di p. 497, testo e nota 3, che a mia volta ho riferito qui sopra, in nota 5, *in fine* –, mi è capitato di scrivere pensando a molte recenti pagine di Francesco Viola, anch'egli appunto impegnato nella ricerca, febbrile e fiducio-

⁵ Tra le molte possibili citazioni in tema, rispetto a quanto osservato nel testo, è significativa la seguente, nella quale Mario Libertini rivolge una critica, tanto garbata quanto ferma, a Giuseppe Terranova: «T. è contrario al primato del diritto giurisprudenziale, non perché questo non sia in grado di produrre certezza, ma per il difetto di legittimazione democratica della magistratura. Contestare l'interpretazione formalistica delle norme non significa passare da un modello di diritto legale a un modello di diritto giurisprudenziale. Queste affermazioni, per me condivisibili, si muovono su una linea di giuspositivismo critico, di cui si sarebbe attesa una più convinta professione, sul piano ideologico. Il libro è, sotto questo profilo, troppo fedele al suo programma di elogio dell'approssimazione, sì che il suo messaggio centrale è stato anche interpretato, e non senza argomenti, come espressione di realismo giuridico [il riferimento è a Salvatore Mazzamuto, il quale contrappone, come si legge a p. 479, in nota 5, il messaggio pacatamente ottimista sulla continuità di funzionamento della giurisprudenza di Terranova alla prospettiva, assai più allarmata, metaforicamente espressa dall'immagine dell'eclissi, di Carlo Castronovo]» (*ibid.*, 478-479). Può allora essere utile richiamare qui la parallela critica che Mario Libertini rivolge a Francesco Viola: Libertini qualifica ovviamente il diritto nei termini di una pratica sociale, ma proprio in quanto pratica sociale «ha bisogno di regole e di riflessione razionale sulle stesse [e cfr. quanto lo stesso Libertini ha affermato poco prima, ovvero che è proprio l'ineeliminabile discrezionalità in sede applicativa a richiedere «un preciso impegno razionale nella scelta di una ideologia giuridica e di una metodologia prescrittiva», 497]. Che è cosa ben diversa [e qui il riferimento polemico è fatto appunto nei confronti di Francesco Viola: *ibid.*, nota 3] da una conclusione meramente pragmatica [sul diritto], nel[la] quale si fa omaggio alle tradizioni interpretative, al contempo escludendone la vincolatività» (497).

sa, dei fondamenti di una nuova teoria generale del diritto⁶, anch'essa adeguata tanto al contesto sociale quanto alla cultura giuridica del presente momento storico⁷), emerge chiarissima la prospettiva spiccatamente culturale e costruttiva, nel senso dogmatico e nel senso, più generale, di offrire ai lettori e alle comunità scientifiche di riferimento una teoria generale del diritto (o comunque numerose ragioni per muoversi in questa direzione) che «tenga conto di tutta l'evoluzione che gli ordinamenti moderni hanno avuto [dal diritto costituzionale con i suoi principi (oggi "multilivello"), al diritto amministrativo con la sua disciplina dei poteri funzionali, e naturalmente al diritto commerciale con la sua considerazione dell'impresa e dei mercati]» (50).

Il passaggio è significativo anche perché compare all'esito di una riflessione sulle «due tradizioni culturali del diritto civile e del diritto commerciale» (*ivi*), enfatizzando la circostanza che le differenze tra di esse «sono alimentate soprattutto da una regolazione della vita accademica, che impone procedure di selezione separate sulla base di differenze disciplinari talora arbitrarie» (*ivi*).

Nel caso di un autore qual è Mario Libertini le comunità scientifiche di riferimento non sono, beninteso, le semplici comunità disciplinari, ma le comunità di studiosi, vorrei dire più in chiave transdisciplinare che non semplicemente interdisciplinare, posto che, come ha ricordato di recente Sabino Cassese⁸, richiamando illuminate parole di Lucien Febvre, a mo' di invito a varcare con fiducia ogni frontiera disciplinare, «[n]on è all'interno di ogni scienza, ma alla frontiera tra le diverse scienze che si fanno le grandi scoperte». Per noi giuristi, la comunità scientifica di riferimento non dovrebbe essere pensata – per usare, ma in senso critico, la famosa espressione leopardiana – nell'ottica delle 'società strette' che, appunto, si stringono disciplinarmente intorno alle materie in cui 'il diritto' è burocraticamente suddiviso. All'opposto, la comunità scientifica di riferimento è l'intera comunità giuridica (e anzi, sotto molteplici aspetti è anche quella degli economisti e dei sociologi; direi di più: a veder bene, e come è giusto che sia, è la comunità che transdisciplinarmente si articola intorno all'intero ambito delle scienze umane e sociali; del resto, se il diritto è un meccanismo ordinante la realtà delle cose umane, o comunque una parte di tale realtà, è evidente che, indipendentemente da ogni altra considerazione strettamente tecnica, un qualche rapporto con questa realtà a esso preesistente dovrà pur averlo: e l'unica strada perché questo rapporto possa effettivamente realizzarsi è quella della conoscenza, che si consegue solo a partire da un metodo che permetta una costante espansione conoscitiva, cioè un intreccio prospettico di sguardi e di domande sui problemi. Da questo punto di vista non c'è dubbio che la purezza me-

⁶ Ma va allora subito ricordato come lo stesso LIBERTINI, *Passato e presente*, 113, qualifichi la teoria generale del diritto come «disciplina [...] oggi piuttosto negletta».

⁷ Proprio di Francesco VIOLA vanno viste alcune pagine recenti: *La filosofia del diritto nel cambio d'epoca*, in *Veritas et Jus*, 2024(28), 133-145, rese altresì disponibili su *Academia.edu*: https://www.academia.edu/117677386/La_filosofia_del_diritto_nel_cambio_depoca, che è uno studio sulla filosofia del diritto intesa quale categoria generale.

⁸ CASSESE, *Varcare le frontiere. Una autobiografia intellettuale*, Milano, 2024, in esergo.

todologica è sempre deleteria – se assunta quale canone metodico generale, e non già quale specifica prospettiva di ricerca: il che è ovviamente legittimo. Si apre allora, così, quasi spontaneamente, lo spazio, invero enorme, nel quale può svolgersi con pienezza ogni esercizio di pluralismo metodologico e disciplinare – del resto, nessun sapere può essere autonomo, perché nessun sapere basta a sé stesso).

3. Fatti questi rilievi a mo' di premessa minima, va detto almeno qualcosa sulla struttura e sul contenuto del volume.

Nel merito, non posso, purtroppo (per mia incapacità), passare in rassegna e discutere, uno per uno, tutti i contributi di cui il volume è composto; vediamo però com'è strutturato.

L'«Introduzione» che lo apre trasmette immediatamente il senso generale di questa raccolta (raccolta di saggi, sì, ma, come ho già sottolineato, ci sono innumerevoli fili di continuità culturale tra di essi, e la lettura complessiva di questi lavori fa emergere molto bene la prospettiva metodologica generale dell'autore, appunto contraddistinta da un giuspositivismo critico: v. in particolare le pp. 154-157; ma anche p. 34, nota 66, *in fine*, ove tale giuspositivismo critico viene qualificato come «ispirat[o] alle idee di Tullio Ascarelli e di Uberto Scarpelli [...]», e al quale viene poi accostato Claudio Luzzati⁹).

All'«Introduzione» seguono tre parti: «La dottrina del diritto commerciale» (3-106); «Diritto commerciale e diritto privato generale» (109-255); «I protagonisti» (259-5119). Segue un fondamentale (sempre, ma ovviamente in un'opera qual è questa) «Indice degli autori» (e molti fra essi, i più giovani, saranno ben lieti di trovarvi il proprio nome: Mario

⁹ Il riferimento è a *La politica della legalità*, Bologna, 2005. Ma va richiamato l'intero passaggio: «Un filone culturale [quello appunto del giuspositivismo critico] che non coltiva l'illusione ideologica che tutto il diritto stia nella legge e nella volontà del legislatore, ma che contemporaneamente vede nel riconoscimento del «primato della legge» e della rigidità delle fonti una condizione necessaria (ancorché non da sola sufficiente) di continuità e di coerenza delle regole giuridiche effettivamente applicate. Per quanto a prima vista possa apparire paradossale, quanto più il sistema delle fonti è rigido (e gerarchizzato), tanto più sono esaltati il ruolo della giurisprudenza teorica e le sue responsabilità. In un sistema che accetta il primato della legge, i testi legislativi possono essere semplici e contenere clausole generali, comportanti una vigile delega alla giurisprudenza; in un sistema che accetta l'idea di pluralità di fonti, i testi normativi tenderanno a divenire sempre più pletorici e cercheranno di descrivere puntigliosamente ogni evenienza, con il risultato di abbandonare o di indebolire le disposizioni di principio e di scoraggiare la ricerca di coerenza da parte dei giuristi interpreti. [...] In altri termini: più si va verso equilibri giuridici pluralistici, più il ruolo del giurista si riporta all'eterno (e pur non disprezzabile) modello del giureconsulto, il cui compito primario è quello di consulente in affari privati. Il postulato dell'unità dell'ordinamento e della conseguente rigidità delle fonti fa nascere invece l'idea di una giurisprudenza teorica che sia in grado di comprendere e costruire in un quadro coerente l'insieme delle regole particolari. I modi di concettualizzare questo ruolo alto della giurisprudenza sono stati storicamente diversi (da quello di «scienza giuridica» a quello di «ingegneria sociale») e sono oggi tutti privi di attualità culturale; e questo è segno non piccolo della crisi del modello stesso» (LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 154-155).

Libertini crede nella gerarchia delle fonti, ma non crede in una gerarchia accademica formalisticamente intesa¹⁰; e anche questo è un aspetto certo non secondario e anzi degno di nota, di cui occorre dare atto).

Prima di dire qualcosa su alcuni contenuti del libro, non si può non rilevare come, tra le molteplici linee di fondo e di sfondo che ne emergono, una è senz'altro quella (che pongo in primo piano perché certo non riguarda soltanto il diritto commerciale) del passaggio (che, se non darà poi sempre luogo a un 'eterno ritorno', è però contrassegnato da una costante dialettica interna) dalle prassi e dalle pratiche ai sistemi e alla dogmatica. Non è del resto un caso che Libertini si soffermi espressamente «su una delle grandi opzioni ideologiche del nostro tempo (spesso ricondotta, in modo semplificato, al contrasto fra Hayek e Keynes): nel campo del diritto si propone il tema della scelta fra il primato del diritto di formazione "spontanea" (quindi anche contrattuale o giurisprudenziale) con un ruolo soltanto correttivo e integrativo della legislazione (oltre che una concezione elastica del sistema delle fonti), e il primato del diritto di formazione "istituzionale", che può riconoscere a sua volta ampi spazi di autonomia all'autonomia privata e alla giurisprudenza, ferma restando però la riserva della decisione di ultima istanza in capo al potere legislativo e la conseguente tassatività del sistema delle fonti» (47).

Appare qui subito evidente la densità metodologica di questo passaggio, che riprenderò anche più avanti, ma che ci mette subito di fronte a un aspetto difficilmente eludibile o aggirabile, e che va al cuore del giuspositivismo critico: se il diritto positivo contemporaneo (almeno negli ordinamenti liberal-democratici) è sempre il prodotto di una decisione politicamente e giuridicamente legittima (e quando essa non lo sia vi sono specifici rimedi, come il ricorso alle corti costituzionali), come si giustifica (ovvero si legittima, politicamente e giuridicamente) un contropotere ermeneutico di stampo giurisdizionale? Il giuspositivismo critico cui Libertini si richiama e che in larga parte in questo stesso volume egli corrobora in chiave politico-ideologica e tecnico-argomentativa a tale domanda offre una risposta nettamente negativa: non si giustifica, e dunque va contrastato (più sul piano politico-ideologico che non tecnico).

Voglio anche fare una notazione stilistica. Lo stile di Mario Libertini (indipendentemente dalla data in cui il saggio è stato composto) si connota per una prosa tanto contenutisticamente densa quanto espressivamente lineare, con, in più, la dote del sapere discorrere, anche per molte pagine, incuriosendo sempre e progressivamente il lettore, e così riportando in vita studiosi, idee, metodi e polemiche. Non è poco, per un autore, trasformare una disputa giusmetodologica in un avvincente racconto di storia delle idee.

¹⁰ Anche perché (cfr. *ibid.*, 155-156, in nota 23) egli stigmatizza l'«involutione dell'istituzione accademica, che ha portato all'inflazione delle cattedre, all'incontrollabilità della produzione dottrinale e all'autodistruzione di quell'élite di giuristi-scienziati che aveva assunto, dalla seconda metà dell'Ottocento, il ruolo di custode e depositaria dei principi di organizzazione della vita civile e politica. [...] [Una involuzione che ha portato a] un ceto accademico che distrugge il prestigio e la funzione della giurisprudenza teorica per realizzare vantaggi immediati in termini di crescita quantitativa o [...] di vantaggi privati esterni all'accademia».

Contenutisticamente (sperando di non apparire eccessivamente elogiativo, e quindi retorico) direi in sintesi così: ogni pagina di questo libro andrebbe letta e meditata con tutta calma. La forza intellettuale dell'autore, la sua capacità di individuare, sempre e puntualmente, il problema metodologico dietro a ogni aspetto tecnico affrontato *ex professo* o anche solo lambito, rendendo così il problema metodologico benefico e istruttivo per ogni giurista che sinceramente e spassionatamente si interroghi circa lo stato attuale della giusmetodologia italiana (al di là delle personali convinzioni *pro tempore* raggiunte dal lettore), indipendentemente dalla 'materia' di 'competenza disciplinare', unite a una trasparenza argomentativa, e soprattutto esplicativa, che è il fondamento di ogni onestà intellettuale, rendono questo testo imprescindibile per un serio (e indispensabile) sviluppo di quella che, senza alcuna enfasi, denominerei coscienza critica del giurista (qualunque sia – questo è ovvio, e lo è, *a fortiori*, di fronte a un testo metodologicamente agguerrito come questo – l'opzione metodologica condivisa).

Anche nel saggio – apparentemente, o effettivamente – di portata massimamente specialistica c'è sempre quella dose di ossigeno metodologico e culturale che rafforza nel lettore una circostanziata fiducia, se non una vera e propria fede: ogni problema metodologico va sempre preso sul serio, perché prendere sul serio i problemi metodologici significa anche (e in certi momenti storici soprattutto) compiere opera di autoanalisi¹¹.

¹¹ Mi pare decisiva in questo senso (dico nel senso di un esercizio di autoanalisi che assuma effettivamente rilevanza per l'intera categoria dei giuristi, non certo nel senso di un'autoanalisi che si risolva in uno 'studio di caso': ma, appunto di fronte a una personalità straordinaria quale quella di Tullio Ascarelli, la riflessione di carattere metodologico che Libertini ha svolto su Ascarelli, e che mi accingo a riferire, acquista un valore conoscitivo altrettanto paradigmatico quanto lo fu studioso che l'ha provocata) la seguente citazione, che, lo anticipo, sarà lunga – confidando che il passaggio richiamato possa suscitare interesse e soprattutto favorire nuove idee e nuovi programmi di ricerca. Libertini muove da un rilievo, tra lo stilistico e il contenutistico, sottolineando in particolare come Ascarelli «tende[sse] a collocare le opinioni da lui espresse sulle "onde lunghe" della storia delle idee, evitando il richiamo a specifiche *auctoritates* o l'adesione a specifiche correnti di pensiero» (330-331). È a questo punto del discorso che una lunga nota – la n. 18, che si legge alla p. 331 – dà conto di una questione decisiva per ogni lavoro intellettuale, ovvero il senso complessivo della propria attività (quando, s'intende, essa non sia ridotta a un mero esercizio meccanico di applicazione di conoscenza specialistica e settoriale, così allora disinteressandosi dei presupposti di tale conoscenza, e soprattutto degli esiti di tale applicazione, all'insegna di una pressoché completa indifferenza culturale, e quindi ideologica, che, se supera un certo livello di propagazione tra gli operatori – in questo caso giuridici –, produce la perdita della stessa dimensione culturale del lavoro intellettuale, inaridendolo ma soprattutto svilendolo): «Questo stile [di Ascarelli], se da un lato ha costituito una delle grandi ragioni di fascino degli scritti dell'A., dall'altro ne ha indebolito, a mio avviso, l'efficacia comunicativa. A molti lettori A. è parso infatti come una personalità isolata e in qualche modo "irregolare". A questa superficiale impressione ha però contribuito lo stile della produzione ascarelliana, soprattutto dell'ultimo decennio di vita dell'A. Negli scritti dell'ultimo decennio, susseguenti al ritorno di A. in Italia, è avvertibile lo stupore e la delusione in lui suscitati dalla scienza giuridica ritrovata nel suo paese, dopo la fine della guerra. Di fronte ad una nuova Costituzione e ad un ordine politico democratico, che avrebbero dovuto stimolare la dottrina giuridica a compiere un'opera di ripensamento capillare dei contenuti dell'ordinamento, la dottrina

Un'autoanalisi che ci dovrebbe rendere maggiormente consapevoli del nostro ruolo e della nostra funzione di giuristi accademici, in particolare quando si ritenga – come ritiene Libertini, a p. 306, nota 3, *in fine* – che «la centralità della dottrina e la responsabilità politica del giurista all'interno dell'ordinamento in cui opera [...] siano temi oggi generalmente messi ai margini delle elaborazioni dottrinali in tutto il campo del diritto privato».

4. Ancora un'osservazione intorno al tema dello 'specialismo degli studi', da cui la dannosa 'compartimentazione del sapere'. Sarebbe ovviamente un grave errore pensare che Libertini osteggi gli studi specialistici¹². Lo specialismo è una caratteristica fondamentale della scienza. Essere specialisti significa avere approfondito con rigore metodologico alcuni problemi. È ovviamente un grande pregio, non già un difetto. Ma un conto è appunto lo specialismo conoscitivo, un conto è la frammentazione della conoscenza, che

giuridica italiana apparve ad A. come rinchiusa in se stessa e volta a teorizzare il disimpegno politico del giurista (e significative sono in proposito le critiche di A., espresse in tempi non sospetti, agli atteggiamenti riduttivi nei confronti della rilevanza delle norme costituzionali nel processo interpretativo). Una dottrina che, per di più, mostrava scarso interesse per l'esame dell'effettiva realtà economica e sociale, chiudendosi in una sterile alternativa fra l'esegesi fine a se stessa dei testi di legge (compresi quelli destinati a scarsa applicazione) e l'esercitazione virtuosistica su strumenti concettuali ricevuti dalla tradizione. Di fronte a questa situazione, l'atteggiamento di A. non fu però mai di chiusura pessimistica (e in questo senso egli espressamente dissentì dal pessimismo di un'altra grandissima e isolata personalità della cultura giuridica italiana del secolo XX, quale Arturo Carlo Jemolo). Tuttavia, è trasparente, negli scritti dell'ultimo decennio, una sensazione di isolamento culturale, che sfocia in una contrapposizione insistita del proprio pensiero a quello della dottrina corrente. Questa sensazione sta probabilmente alla base di una produzione scientifica quantitativamente enorme, spesso disorganica ed infarcita di ripetizioni. La produzione dell'A. dell'ultimo decennio non è quella di uno studioso che, fiducioso in un progresso culturale in atto, si sente partecipe di un movimento culturale e riflette analiticamente sui contenuti del proprio pensiero, perseguendo ideali di chiarezza e distinzione. È piuttosto l'atteggiamento di chi compie una battaglia ideale, e sacrifica talora l'approfondimento puramente "scientifico" ad una finalità nobilmente propagandistica. Eppure, è proprio in questo atteggiamento, nella fedeltà ad una concezione storicistica ed umanistica del diritto, e nella coerenza con cui egli perseguiva un ideale di vita culturale, in cui il lavoro intellettuale trova giustificazione nella sua capacità di incidere sulla realtà sociale in vista dell'affermazione di certi valori, che, a mio avviso, risiede la grandezza di A. studioso e giurista, e insieme la ragione del fascino esercitato dal suo insegnamento. È in questa tensione morale, nella concezione di una "missione" del giurista, considerato come un tecnico impegnato e responsabile nella costruzione dello sviluppo sociale, che si può ravvisare la chiave per intendere tutta la riflessione ascarelliana, dagli scritti più giovanili a quelli della maturità».

¹² *Ibid.*, 51-52: «[G]li specialismi sono inevitabili nell'organizzazione della ricerca scientifica [...]; [...] pur riconoscendo la necessità degli specialismi, occorre reagire al pericolo di una frammentazione definitiva della cultura giuridica: il diritto contemporaneo deve mirare alla coerenza nel rispetto di principi e di valori, e ciò richiede che le analisi specialistiche possano essere vagliate alla luce di principi generali; [...] il diritto generale, della cui costruzione abbiamo bisogno, è un insieme di principi e norme generali che traggono alimento sia dal diritto privato sia dal diritto pubblico e devono essere utilizzati con consapevolezza della coerenza complessiva delle soluzioni proposte».

va di pari passo con la perdita di quell'ambizione metodologica che ha invece la pretesa di abbracciare trasversalmente e di comprendere ampi settori della dimensione umana¹³ (la conoscenza è *naturaliter* trasversale), ben sapendo, ad esempio, che i problemi metodologici affrontati dalla filologia romanza non sono affatto lontani da quelli affrontati dal diritto o dalla musicologia o dalla critica letteraria, come senza alcuna difficoltà risulta da qualunque lettura (di ieri o di oggi) che abbia una qualche ambizione metodologica¹⁴.

¹³ Segnalo l'appassionato C. GIUNTA, Su "Ritratti di filologi" di Sebastiano Timpanaro, in *Il Mulino*, 1° ottobre 2024, <https://claudiogiunta.it/tag/sebastiano-timpanaro/>.

¹⁴ Il noto libro (noto, invero, a suo tempo – e anche molto discusso; lo cito perché il suo autore, in una recente, arguta intervista, pubblicata in *Snaporaz*, di GARDELLI, *Il futuro del passato. Intervista ad Alfonso Berardinelli su Giulio Bollati*, <https://www.snaporaz.online/il-futuro-del-passato-intervista-ad-alfonso-berardinelli-su-giulio-bollati/>, appunto Alfonso Berardinelli, lo ha orgogliosamente richiamato) *Il critico senza mestiere. Scritti sulla letteratura oggi*, Milano, 1983, si presta benissimo per alcune brevissime considerazioni nella direzione di cui al testo. Al di là di specifiche prese di posizione reiterate nell'intervista e sulle quali non concordo, sono moltissime le pagine del volume che si offrono, in chiave metodologica, a un parallelismo con l'ambito giuridico: tutto si gioca, come sempre, a cavallo tra un sapere strumentale-tecnico e visioni del mondo (cioè ideologia): cfr., in particolare, la p. 48 del cit. volume di Berardinelli, che, discorrendo di problemi di critica letteraria, affronta direttamente questioni di carattere istituzionale; del resto, la cultura in sé ha una ovvia portata istituzionale, e allora è facile tracciare un altro parallelismo tra poetiche di avanguardia, che portano alla riconciliazione tra artista e pubblico (un'estetica piccolo-borghese che conduce a effetti paradossali: pubblico e artista si identificano, 154; donde il fenomeno di socializzazione totale progressiva, *ivi*, che al giurista fa subito pensare a una soggettivizzazione delle fonti, alla sovranità del sé, a un interprete che diventa creatore di regole, in quanto parte della dimensione sociale e quindi voce della coscienza sociale, ecc.), e giurisdizione dei diritti, ovvero (se si preferisce) creazionismo giuridico a base 'principalistica' e comparatistica. Se poi si voglia ragionare, in particolare, sul metodo, un volume con cui Berardinelli polemizza (a mio avviso, a torto), avendo in mente soprattutto gli eccessi formalizzanti che hanno danneggiato il piacere della lettura, o hanno comunque esasperato l'intellettualità dell'atto del leggere, facendolo degenerare in intellettualismo (alludo ovviamente allo strutturalismo), non c'è dubbio che la celebre inchiesta, a cura di SEGRE, *Strutturalismo e critica*, Milano, 1985, sia una miniera, in chiave metodologica, per il giurista, e appunto per la metodologia giuridica (del resto, è ben noto quanta ispirazione il Rodolfo Sacco teorico della giuscomparazione abbia tratto dalla linguistica strutturalista e dalla linguistica comparata). Inoltre, e a veder bene, una riflessione sullo strutturalismo nella critica letteraria ci porta senza difficoltà a Tullio Ascarelli e al suo storicismo compatibile con le strutture giuridiche (e qui abbiamo il fecondo rilievo di Jean Starobinski, ad avviso del quale lo strutturalismo è l'indispensabile completamento della coscienza storica: cfr. *Strutturalismo e critica*, cit., 37). E se – come ancora Starobinski osserva *ivi* – la libertà letteraria ha cercato la sua immagine nella struttura che essa ha inventato, come non pensare ai rapporti tra strutture giuridiche e funzioni giuridiche, al ruolo dell'autonomia privata, ai tempi del cambiamento giuridico, ai rapporti tra mutamento e sovversione, tra riforme e rivoluzione – e che Ascarelli fosse un 'giurista riformista' non è dubbio: cfr. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 344, a proposito «del suo senso di responsabilità civica e del suo atteggiamento politico riformista» –, alla ricerca di costanti sovrastoriche e transtoriche pur presenti all'interno della storicità, come osserva, in riferimento a Dilthey, Hugo Friedrich, a p. 58 del volume cit. di Alfonso Berardinelli (e per riprendere di nuovo temi, tutti, ascarelliani). Certo, è evidente il rischio insito nella transdisciplinarietà – anche quello, apparentemente banale

Lo specialista che abbia consapevolezza metodologica e curiosità intellettuale può dialogare con qualunque altro studioso di qualunque altro campo del sapere. Questa è un'altra lezione che si può trarre (e che io, probabilmente, sono portato a estremizzare, accettando di buon grado il rischio – com'è stato efficacemente detto – del 'trovarobato delle scienze umane'¹⁵) dalle pagine di Mario Libertini. Pagine che, va sottolineato, se non

ma senza dubbio da non sottovalutare, sul quale richiamava l'attenzione anni fa Pietro Rescigno, invitando alla cautela: il rischio, cioè, che si facciano letture extradisciplinari non aggiornate, immettendo così nel proprio campo di ricerca idee apparentemente innovative, per il non specialista, ma, in realtà, se non rancide, stantie. Per riferire alla lettera le parole di Rescigno: «Il problema è sempre quello della difficoltà di utilizzare questi rami diversi del sapere nella loro concretezza di quel momento, mentre forse il giurista che se ne appropria arriva sempre con un po' di ritardo, cioè fa proprie acquisizioni che probabilmente nel settore specifico confinante sono già superate» (RESCIGNO - RESTA - ZOPPINI, *Diritto privato – Una conversazione*, Bologna, 2017, 136). Ora, il rischio c'è, ma c'è pure un'abbondante manualistica (pensando in particolare alle scienze umane e alle scienze sociali – ma tutti gli ambiti ne sono provvisti) che consente al lettore, specialista ma curioso, di muoversi, se non altro, con un certo agio, traendo quegli spunti e quelle indicazioni che potranno essere, a seconda della sensibilità culturale, variamente sviluppati in chiave metodologica (che, poi, ogni autentica attività di ricerca comporti un certo rischio, non solo è ovvio, ma è un bene; e del resto è, questa, tra le altre, lezione degna di essere ricordata e ripetuta di studiosi di indiscutibile rilievo, ma che non sempre trovarono e trovano, all'interno della propria 'materia', pieni consensi metodologici, quali Francesco Orlando e Carlo Ginzburg). Il rischio di un mancato aggiornamento (in questo caso metodologico) non è imputabile che alla negligenza del ricercatore, e dunque non è una buona ragione per non tentare (almeno) un percorso di ricerca a fondamento e a trazione transdisciplinari.

¹⁵ L'espressione, di Gianluigi Simonetti, è riferita da PELLINI, *Tre grandi critici – Luigi Blasucci, Remo Ceserani, Francesco Orlando*, Palermo, 2023, 18 (ma l'intero volumetto – umanamente appassionato e intellettualmente avvincente: solo spiace assai, almeno a me, un uso un po' troppo insistito, e soprattutto improprio, del sostantivo 'neoliberismo' e dell'aggettivo 'neoliberista' – si presta benissimo a una lettura con gli occhiali metodologici del giurista. Ancora una volta tutto, e felicemente, si tiene (a mio avviso); oppure (l'avvocato del diavolo è sempre fondamentale in ogni lavoro di ricerca), si tiene fino a un certo punto, o non si tiene affatto. Detto altrimenti: in alcune righe che Pellini dedica a Blasucci, c'è espresso benissimo il rischio che può derivare da un eccesso di cultura extradisciplinare applicata al proprio campo disciplinare, e dunque il rischio di dire sciocchezze nel proprio ambito perché si sa qualcosa anche degli ambiti altrui (e questo 'qualcosa', magari semplicemente orecchiato, lo si vorrebbe pure importare nell'ambito proprio). È il ben noto fenomeno del 'cretino colto', e sarebbe del tutto sbagliato far finta che tutto ciò non esista. Appunto Pellini lo dice benissimo (sottolineando altresì, e assai opportunamente, come tutto ciò possa al limite degenerare in disonestà intellettuale), e lascio volentieri a lui la parola: «[N]aturalmente [Blasucci] vedeva come fumo negli occhi la didattica interdisciplinare promossa più tardi da libri come *Il materiale e l'immaginario* [testo su cui, chi scrive, si è appunto formato e che invece considera metodologicamente mirabile; ma anche Pellini ne dà un giudizio lusinghiero, pur rappresentando retrospettivamente egli alcuni rischi e alcune potenziali degenerazioni che in effetti si sono poi avute]; ma la sua insofferenza più grande [...] era per le letture cervellotiche, per gli eccessi di un'intelligenza capziosa sempre a rischio di trasformarsi nel suo contrario» (*ibid.*, 22; e v. anche 24, ove il riferimento, sarcastico ma non infondato, ai 'Fuffa Studies' – espressione invero particolarmente felice, che però spero non autobiografica rispetto a chi scrive la presente paginetta).

altro sotto il profilo metodologico, meriterebbero un confronto a largo raggio tra cultori di diverse discipline giuspositive, in serrato dialogo con comparatisti, storici e teorici del diritto: il che sarebbe un ottimo esempio di effettiva transdisciplinarietà metodologica, o comunque rappresenterebbe un ottimo tentativo di esserlo davvero nel proprio, quotidiano lavoro scientifico.

5. Le velocissime e frammentarie osservazioni fin qui svolte vorrebbero portare l'attenzione del lettore anche su di un altro pregio del volume: se adottiamo, quale possibile punto di osservazione, un contributo di qualche anno fa tutto dedicato all'originalità del giurista¹⁶, e dunque ai criteri (invero diversificati, senza – come ovvio – che poi sia legittimo tracciare una gerarchia tra di essi: del resto, e come ben noto, qualunque metodo può essere scientificamente produttivo – tutto dipende dall'oggetto di studio e dagli obiettivi di ricerca, che, sempre, esprimono una fisiologica coesistenza tra strutture e funzioni degli oggetti di indagine, intorno ai quali articolare, appunto nella duplice prospettiva strutturale e funzionale, uno specifico programma di ricerca) per valutare quest'ultima, non c'è alcun dubbio che tutti i saggi qui raccolti da Mario Libertini rispondano agli indici di misurazione dell'originalità elencati da Mathias Siems. È una strada, dico quella dell'originalità (appunto sicuramente facilitata dal pluralismo metodologico: un pluralismo, e anzi una vera e propria *variety of legal doctrine* – v. qui sotto, in nota 17 –, esplosa in seguito al successo dell'interdisciplinarietà nell'ambito della ricerca giuridica, come ben messo in evidenza da Martha Minow, la quale ha predisposto una sintetica, ma utilissima, guida per indirizzare la ricerca, isolando filologicamente gli archetipi della ricerca giuridica contemporanea¹⁷ – invero, forse anche temendo una dispersione, se non delle forze, dei risultati di ricerca, con lo svantaggio, in effetti, di ricreare micro-isole metodologiche, ciascuna separata dalle altre, donde il ritorno, se non di un sapere compartimentato, di un isolazionismo metodologico, che non è affatto meno grave, se isolazionismo significa, in particolare e in primo luogo, ordinare gerarchicamente il tasso di legittimità metodologica, che è invece tale *in re ipsa*: del resto, anche qui, l'aureo principio, che richiede

¹⁶ SIEMS, *Legal Originality*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 28(1), 2008, 147 ss. [il saggio è stato tradotto in italiano con il titolo "L'originalità del giurista", e può leggersi in FARO - PERUGINELLI (a cura di), *La dottrina giuridica e la sua diffusione*, Torino, 2017, 61 ss., ma nel momento in cui scrivo non ho potuto prenderne visione].

¹⁷ MINOW, *Archetypal Legal Scholarship: A Field Guide*, in *Journal of Legal Education*, 63(1), 2013, 65 ss., della quale ho riportato nel testo alcune espressioni che si leggono a p. 65 e che qui appunto riprendo collegandole a un'ulteriore osservazione che si legge sempre ivi: «*The explosion of interdisciplinary research in law contributes to the variety of legal scholarship. So does the contrast between "inside" and "outside" thinking in law schools where we try both to equip people for practice and effectiveness within existing institutions and for roles as critics, institutional reformers, and scholars who may explain and analyze in terms quite different from those in the minds of actors operating within existing legal systems*»: una prospettiva non solo in sé stessa di spiccata portata metodologica, ma che va altresì al cuore del contenuto dell'attuale formazione giuridica, e che Mario Libertini, credo, condividerebbe interamente.

senza dubbio una qualche sobrietà di impiego ma al quale non si deve mai rinunciare, è quello del *tout se tient* – saussuriano sì, ma prima ancora flaubertiano, e che dunque va preso molto sul serio), che dovrebbe essere perseguita, anche per rivendicare (quando sia ovviamente opportuno farlo) un certo orgoglio intellettuale del giurista¹⁸, che non ha di fronte a sé, quali uniche vie metodologiche transitabili (pur dovendosi precisare, a scanso di equivoci, che anch'esse sono vie degnissime, se praticamente seriamente – e peraltro bene fa, Siems, all'inizio del suo articolo, a mettere in chiaro che, nelle questioni metodologiche, e dunque anche di originalità, l'essere tolleranti – ma io preferisco dire rispettosi – della diversità, e quindi della pluralità, appunto, dei metodi, è fondamentale; del resto l'intolleranza metodologica è profondamente antiscientifica), l'analisi casistica e l'analisi legislativa (la quale, come ovvio, non è affatto detto debba poi necessariamente degradare al livello dei tristemente noti, perché stucchevoli, 'raccontini' di gianniniana memoria), trovando – appunto il giurista –, oggi più di ieri (e almeno in via di ipotesi), la sua dimensione intellettuale più autentica all'interno di una potenzialmente assai larga transdisciplinarietà, che vuol dire (ma su questo punto non credo che Libertini sarebbe pienamente e fino in fondo d'accordo) essere un po' meno giuristi e un po' più... altro (seguendo almeno in parte – e infatti anche Siems lo richiama – l'*anything goes* di feyerebendiana memoria, che può certamente prestarsi a eccessi e a fughe dal diritto, e anche a errori, ma che può al contempo rivelarsi assai fruttifero, almeno quando si tratti di riflettere su di un problema e non su di una norma¹⁹).

¹⁸ Cfr. quanto scrive LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 100: dalla scomparsa di Ascarelli, e quindi dal 1959, «non si avverte più [...] quella tensione modernizzatrice verso l'operare dell'intera dottrina giuridica, e quell'orgoglio disciplinare, che avevano caratterizzato, dalla fine del secolo XIX, una stagione gloriosa della dottrina giuscommercialistica italiana» (ma questo rilievo può benissimo estendersi a altri ambiti disciplinari, anche in ragione di un aspetto esemplarmente negativo, e che Libertini richiama *ibid.*, 99: «[Q]uesto collegamento intenso fra dottrina e professione comporta anche un continuo rischio di "cattura" degli studiosi da parte degli interessi particolari che essi sono chiamati a curare nella loro professione di avvocati e consulenti». Il che porta di nuovo il discorso sul tema della formazione del giurista, sul quale dirò qualcosa più avanti).

¹⁹ Sempre in chiave metodologica desidero qui richiamare nuovamente un libro certamente diversissimo da quello di Libertini, ma che anch'esso si presenta molto convincente, quando l'autore riflette sul giurista e appunto sul suo metodo (ovvero sui suoi metodi): mi riferisco a CASSESE, *Varcare le frontiere*, cit., e in particolare ai seguenti capitoli: IX ('Il mestiere dello studioso'); XIII ('Il lettore'); XIV ('Le letture'); XVI ('Parole e musica'); XXIII ('Che cosa chiediamo di non essere ai giuristi di oggi'); XXIV ('Che cosa chiediamo di essere ai giuristi di oggi'); XXX ('Che cosa si prepara per il giurista del futuro?'). Non posso ovviamente cercare qui, tanto più in una nota, di mettere in dialogo Cassese e Libertini (ma una forma di dialogo tra i due, nel volume oggetto di questa mia nota, è presente: LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., in particolare 119 ss.), però il lettore permetterà che citi distesamente almeno il seguente passaggio, a mio avviso da sottoscrivere interamente, che leggiamo alle pp. 193-194 dell'autobiografia di Sabino Cassese: «Un ulteriore consiglio è di non rimanere sepolti nel proprio campo disciplinare. La separazione rigida dei campi di studio corrisponde a una esigenza propria del positivismo ottocentesco ed è stata estremamente produttiva perché ha consentito la concentrazione degli studiosi in settori, le specializzazioni, la formazione

6. Non ci si meraviglierà se, a questo punto, mi soffermo un poco sullo splendido (e del resto notissimo) saggio dedicato al metodo [*Diritto civile e diritto commerciale. Il metodo del diritto commerciale in Italia (II)*, 3-52]. Proprio perché notissimo, non è necessario ripercorrerlo analiticamente: vorrei piuttosto ritornare su di un aspetto apparentemente del tutto superato (anche, o soprattutto, nella prospettiva teorica di Libertini, come dirò subito a seguire). Mi riferisco (pure qui dicendo cose che ogni giurista conosce perfettamente; e siamo naturalmente sempre all'interno della consueta, e quindi sempre in primo o in secondo piano di ogni scenario giuridico, frizione, tecnico-politica, tra 'formalismo' e 'antiformalismo'²⁰: termini, peraltro, che – pure questo è ben noto – non è affatto detto assumano poi un unico significato costante; anzi, è vero il contrario – e del resto sarebbe un grave errore pensare che ci sia un parallelismo perfetto tra formalismo e conservatorismo, da un lato, e tra antiformalismo e progressismo, dall'altro lato: spesso si rivelano semplici luoghi comuni contro i quali è giustissimo prendere posizione²¹); – mi

di metodologie raffinate. Oggi rimanere nello spazio angusto del proprio campo di indagine non serve più, è anzi importante ampliare lo sguardo, analizzando il diritto da più punti di vista (logico, storico, sociale) e con più strumenti di analisi (quelli dell'economia, delle scienze sociali, della politica), comparando istituti e tradizioni nazionali con quelli di altri Paesi. La specializzazione, creando isole del sapere – con proprie culture, riviste, insegnamenti –, ha consentito lo sviluppo dell'efficienza e della precisione della scienza moderna, ma ha anche prodotto un indebolimento dell'immaginazione scientifica. In molti rami del sapere, infatti, si è alla ricerca di contaminazioni culturali e di *cross fertilization*»; un passaggio, che, credo, in larga misura sarà condiviso anche da Libertini (soprattutto in punto indebolimento/potenziamento dell'immaginazione scientifica), se non altro rispetto alla dimensione autenticamente e profondamente intellettuale del lavoro giuridico (quando, ovviamente, si voglia seguire questa strada spiccatamente culturale e non angustamente esegetica – perché, mi permetterei di dire, per la mera esegesi ci sono i pareri *pro veritate* degli avvocati, se ancora è un genere praticato). Sul tema dell'esegesi (ma intesa da Libertini quale esegesi giurisprudenziale – anche se allora osserverei che il nobile genere letterario della nota a sentenza è ormai decaduto, soprattutto a causa di largamente conosciute e largamente opinabili ragioni contingenti), cfr. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 344: «In un momento come l'attuale, in cui la produzione giuridica italiana segue spesso la moda filosofica del “pensiero debole”, e altrettanto spesso ritiene il suo compito limitato all'esegesi delle decisioni giurisprudenziali, il modello di giurista che A.[scarelli] aveva in mente appare nobile e monumentale (anche se viene da chiedersi se oggi la società civile e il mondo politico esprimano il bisogno di giuristi di questo tipo, e se giuristi di questo tipo possano esistere senza una società civile e un ceto politico che ne reclamino l'esistenza)».

²⁰ Segnalo, sul punto, un contributo (ancora inedito, nel momento in cui scrivo, e che ho potuto leggere in anteprima grazie all'affettuosa cortesia dell'autore) di BARCELLONA, *Il diritto tra individuo e persona nel pensiero di G.B. Ferri* (il saggio riproduce l'intervento svolto al convegno in memoria di Giovanni Battista Ferri, intitolato “Il diritto come opera d'arte” e tenutosi alla Camera dei deputati il 28 novembre 2024. I lavori del convegno, in attesa che gli atti vengano raccolti in volume, possono essere interamente riascoltati al seguente indirizzo: https://webtv.camera.it/evento/26726?fbclid=IwY2xjawG5McZleHRuA2F1bQlxMAABHa216cCwIglfWbF5MCb6w93BZbxIrcTIOIGEawlBnWg91ybKKx0Ob9GDUQ_aem_JnGELipw3MrGxefzwIKTRQ).

²¹ In tema, ma, assai più in generale, per un atteggiamento di orgogliosa insofferenza per i luoghi comuni, è appena uscito, tenacemente voluto e affettuosamente curato da Giovanna Visintini

riferisco, dicevo, all'«assurda» (così possiamo dire, col senno di poi), ma politicamente significativa, teoria della doppia verità, che riconosceva la creatività della giurisprudenza da un punto di vista filosofico, ma contestualmente proclamava che il giurista positivo doveva continuare a sentirsi vincolato alle sue convenzioni «scientifiche», idonee a dare certezza alle soluzioni affermate [...]. A questa teoria della doppia verità aderì anche il giovane Ascarelli, nel suo scritto sulle lacune dell'ordinamento giuridico (1925), nel quale, peraltro, prendeva le distanze anche dalla teoria (ancora diffusa, a quel tempo, nella dottrina giuscommercialistica) della natura delle cose come fonte di diritto. La fragilità di questa posizione e il rischio che la stessa divenisse la base per l'affermazione di posizioni giusliberistiche fu pienamente avvertita da Scaduto, che non a caso, nel suo scritto di difesa della tradizione metodologica, sopra citato [SCADUTO, *Sulla tecnica giuridica*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, 225 ss.], polemizzava proprio con Ascarelli»²².

Il punto principale di contrasto, o comunque di differenziazione metodologica (e dunque ideologico-politico), ruotava, allora, tutto intorno alla natura dell'interpretazione: cognitivismo contro non-cognitivismo (un non-cognitivismo che perciò facilmente sfocia nel creazionismo – ieri come oggi del resto) interpretativo²³.

Ma oggi, appunto dopo cent'anni, forse c'è l'esigenza di riprendere la teoria ascarelhiana della doppia verità (con gli opportuni adattamenti di prospettiva, e soprattutto pienamente valorizzando l'intrinseca politicità del lavoro ermeneutico del giurista): non già perché sia facilmente immaginabile un ritorno teorico del cognitivismo interpretativo (cioè un cognitivismo giuridico fondato su ragioni strettamente tecnico-argomentative), ma proprio perché, ormai, siamo tutti anticognitivistici, e tutti sappiamo che, appunto sotto il profilo tecnico-argomentativo, interpretare ben può significare creare nuove regole. Ecco che, allora, l'esigenza (avvertita da più fronti, e certamente – e non da oggi – anche da Mario Libertini, sensibile al 'vincolo del diritto positivo') di una valorizzazione di ciò che possiamo al limite (pensando unicamente all'esito del giudizio ermeneutico, non già al procedimento interpretativo come tale, e nemmeno alla posizione delle premesse assiologiche da parte dell'interprete) anche chiamare 'cognitivismo interpretativo', ma che, in realtà, va poi tradotto quale rispetto della volontà politica del legislatore – una volontà espressa in un testo normativo (con quel che ovviamente ne consegue sul piano ordinamentale e istituzionale) –, può essere realizzata, a mio avviso, unicamente, appunto, sul piano politico-culturale, non tecnico.

e Rebecca Tarello, e con Introduzione di Giuliano Amato, *Tarello opinionista negli anni '80 ironico precorritore dei tempi*, Napoli, 2024, un volume che raccoglie la gran parte della produzione giornalistica di Giovanni Tarello (e si augura al volume il miglior successo, cioè un'ampia e anche accesa discussione: e in effetti vede la luce in un momento propizio, in ragione delle plurali riflessioni che involgono, a ben vedere, l'intera dimensione della giuridicità, nuovamente alla ricerca di sé stessa, così riportando l'interesse – almeno si spera – sulla figura del giurista-intellettuale).

²² LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 10, nota 12.

²³ In relazione alla celebre polemica tra Bigiavi e Ascarelli, cfr. i rilievi che si leggono *ibid.*, 30.

In sintesi: proprio perché il potere interpretativo, in chiave tecnica, può facilmente superare ogni ostacolo, è bene contenersi. Ma, da questo punto di vista, il contenimento ermeneutico lascia il piano tecnico (sul quale è perdente) e si sposta sul piano politico (sul quale può essere vincente per ragioni a cavallo tra l'organizzativo, l'ordinamentale e l'istituzionale), evocando il *self restraint* dell'interprete, e in primo luogo del giudice (in questa prospettiva, proprio quella varietà di metodologie giuridiche sopra fuggevolmente richiamate può venire in taglio onde favorire una cooperazione tra giuristi e psicologi, nel senso dello studio della decisione e dell'argomentazione anche sotto il profilo psicologico – del resto, nel passato, questo filone di studi è stato coltivato con un certo successo: forse è opportuno oggi riprenderlo, soprattutto grazie alle più recenti acquisizioni della psicologia comportamentale).

Ora, se il significato della norma non sta nel testo della disposizione ma nella testa dell'interprete (che costantemente ricostruisce l'ordinamento, sul quale ovviamente fonda la propria opera creativa, in una logica combinatoria senza sosta – e in ipotesi anche socialmente benefica: ciò va pur detto), perché il lavoro ermeneutico è in sostanza incontrollabile (ogni regola è sempre e necessariamente soggetta a interpretazione, e dunque siamo all'interno di un vortice ermeneutico che non ammette scampo), il significato stesso della norma applicata si allontana sempre più dal testo e si avvicina sempre più a un ordinamento vivente che, in questo senso, è un genuino prodotto dell'interprete; con l'ulteriore conseguenza che tale 'significato normativo' sarà, se non il meccanico prodotto della, facilmente avvicinabile alla, politica del diritto degli interpreti giurisdizionali (una politica del diritto degli interpreti che, intesa in senso forte e oppositivo, certamente collide con la politica legislativa di chi ha testualmente elaborato una determinata disposizione, volendo conseguire un determinato scopo: si può anche aggiungere, *incidenter*, che poco importa che il soggetto autore della disposizione sia il legislativo o l'esecutivo), e, quindi, altrettanto facilmente (ma direi inevitabilmente) avvicinabile alle strategie politico-culturali degli interpreti giurisdizionali medesimi.

Ecco la ragione per la quale, poco sopra, scrivevo: proprio perché, ermeneuticamente, si può fare pressoché tutto, spesso ci sono ottime ragioni per non farlo.

Per taluno, questa soluzione sarà giudicata di compromesso, o, peggio, nicodemica e vile. A me pare, però, che questa sia l'unica strada oggi seriamente percorribile per coloro che si professano (come appunto Mario Libertini) critici non, genericamente, del diritto vivente, ma di un attivismo giudiziario che fa sì che la giurisdizione, da funzione ordinante e istituzionalmente stabilizzatrice, diventi potere politicamente orientato in senso autonomo (e soprattutto deresponsabilizzato), dando così luogo ai classici problemi connessi all'esercizio di ogni potere – un potere inteso, potenzialmente, anche in senso antagonistico, che è appunto un altro modo per esprimere la contrapposizione tra politica del diritto e politica legislativa (e insisto: se si tratta di contrapposizione politico-ideologica, essa va risolta sul piano politico-ideologico, e in particolare sul piano della politica culturale: l'autolimitazione ermeneutica ha ovviamente origine e natura politico-culturali. Il che, naturalmente, non significa che non possano individuarsi altri strumenti dissuasivi e contenitivi, nonché sanzionatori, i quali, però, attengono al differente piano del reclutamento dei magistrati, della loro progressione in carriera, del controllo

circa il loro operato e della loro responsabilità disciplinare – in sintesi, attengono al diverso piano della complessiva organizzazione della magistratura²⁴).

Farei questa ulteriore osservazione. Se il giurista, teorico o pratico che sia, vive e opera in un regime illiberale, allora sì che le risorse dell'ermeneutica dovrebbero servire per colpire ogni espressione di illiberalismo ordinamentale; ma quando ci si muova invece all'interno di un regime liberaldemocratico, e quindi nel quadro dello stato di diritto, non c'è nulla di vile, o di pavido, o di metodologicamente sbagliato nell'ammettere e nell'accettare, quali interpreti, che legislativo e esecutivo diano concordemente vita a una determinata, puntuale, politica legislativa. In questo contesto, la fisiologia istituzio-

²⁴ Su questi temi, oltre al fondamentale GUARNIERI, *Magistratura e politica in Italia. Pesi senza contrappesi*, Bologna, 1993, vanno richiamati i molti, esemplari studi (anche frutto di ricerche di gruppo) che fanno capo a uno studioso la cui fama è sicuramente rimasta al di sotto dei suoi meriti (e anche questo è un innegabile, e deteriore, aspetto di politica culturale). Mi riferisco al prof. Giuseppe Di Federico, del quale segnalo un recente, e come sempre combattivo, intervento: *Anomalie e disfunzioni del CSM ignorate da tutti* (31 luglio 2024), <https://www.lalegislazionepenale.eu/anomalie-e-disfunzioni-del-csm-ignorate-da-tutti-giuseppe-di-federico/>. Segnalo altresì l'intervista di Claudio Cerasa al Ministro Carlo Nordio apparsa ne *Il Foglio*, 2 dicembre 2024, *Contro l'Italia della gogna*, di cui riferisco il seguente passaggio – perfettamente in linea con quanto recentemente affermato da Paolo Ferrua: cfr. *infra*, nota 26 –: «[Cerasa] Che cosa pensa quando sente un magistrato che attacca chi lo vuole trasformare in un burocrate? È così sbagliato che un magistrato venga considerato esattamente un burocrate? È così sbagliato sostenere che il compito di un magistrato non è interpretare in maniera il più possibile soggettiva le leggi ma è quello di applicare le leggi senza trasformarsi in un garante della Costituzione, ruolo che dovrebbe rivestire non il magistrato ma il presidente della Repubblica? È così sbagliato dire che un magistrato che si sente il garante della Costituzione si auto-investe di un ruolo che non è suo? [Nordio] “Condivido questo ragionamento. È un tema che abbiamo affrontato pochi giorni fa in un convegno a Firenze. E su questi temi sono stati molto chiari sia il vicepresidente del Csm Fabio Pinelli, sia il sottosegretario Alfredo Mantovano. Il magistrato ha come punto di riferimento la legge ordinaria: nel momento in cui dubitasse della sua compatibilità con la Costituzione deve rivolgersi alla Corte costituzionale ma non può scavalcare la legge ordinaria applicando direttamente la Costituzione. Non è il suo compito, perché questo è un compito che tra l'altro, se mi è consentito, umilia la Corte costituzionale, perché la stessa Costituzione definisce quelli che sono i paletti dell'azione di un pm e tra questi non c'è quello di essere il garante della Carta. Detto ciò, burocrate o non burocrate? Io continuo a dire che non è affatto superata l'espressione famosa di Montesquieu secondo cui il magistrato doveva essere la *bouche de la loi*, ho anche detto e lo ripeto che le bocche dei magistrati, sempre per citare il mio amato Shakespeare, non sono povere bocche mute come le ferite di Cesare, sono bocche che parlano, sono bocche che interpretano la legge alla luce anche dello *Zeitenwende*, del mutamento dei tempi, ma sempre nei parametri fissati dalla legge stessa, cioè l'interpretazione sistematica, l'interpretazione analogica, che è quella dettata dal codice civile, ma escludendo in via assoluta il diritto creativo. Quindi – e questo l'ha detto a chiare lettere anche il presidente della Repubblica – il magistrato non può interpretare la legge in senso costituzionalmente orientato se la legge si esprime chiaramente su un determinato soggetto. Se però ritiene che quella legge sia in contrasto con la Costituzione, la stessa Costituzione gli propone il rimedio di andare alla Corte costituzionale. Punto”».

nale dovrebbe esprimersi nell'accettazione ermeneutica, da parte dell'interprete, della politica legislativa.

Di qui, un uso delle teorie e tecniche dell'argomentazione in chiave non oppositiva, altrimenti la politica legislativa verrebbe sconfessata da una politica del diritto di matrice giurisprudenziale in sé antagonista. Si può aggiungere che proprio all'interno di siffatto assetto istituzionale (liberal-democratico) il ruolo della Corte costituzionale si distacca nettamente (e in termini sostanziali) dal ruolo della Corte di cassazione e dal ruolo del Consiglio di Stato. Se esiste un diritto vivente prodotto dalla Corte costituzionale e un diritto vivente prodotto dalla Corte di cassazione e dal Consiglio di Stato, è solo il primo dei tre che può fino in fondo assumere la portata sostanziale di politica legislativa, proprio perché il 'diritto costituzionalmente vivente' entra certamente in dialogo, e dà anzi certamente vita a una dialettica tra Costituzione (vivente: di qui, il tema, attuale, non solo dell'opportunità dell'opinione dissenziente, per valorizzare l'intrinseca politicità della Corte costituzionale, ma per manifestare altresì, e altrettanto trasparentemente, la consapevolezza culturale del collegio; e di qui, anche, il tema dell'opportunità di avere giudici costituzionali interamente eletti dal Parlamento, quale ulteriore espressione di politicità della Corte, nonché il tema del controllo dei poteri e sui poteri, non solo da parte della Corte ma anche della Corte costituzionale medesima²⁵) e diritto positivo, reso, in questo senso, vivente dalla Corte costituzionale, almeno in tutti i casi in cui sia chiamata a pronunciarsi su di esso, e, facendolo, dia vita a un'interpretazione di un testo legislativo.

7. Nella prospettiva, assai ristretta, di questa mia segnalazione o poco più, il tema, anche più sopra velocissimamente richiamato, del creazionismo giudiziario e delle sentenze creative, dunque, può essere in effetti metodologicamente stemperato, se ricondotto nell'alveo della riaffermazione di una cultura politico-giuridica che riconosca e protegga, sotto ogni forma, l'effettività dello stato di diritto in cui viviamo²⁶.

²⁵ Anche su questo aspetto richiamo qui un recente (ma non datato) intervento di DI FEDERICO, *L'anomala struttura della Corte Costituzionale italiana: giudici e assistenti di studio: proposte di riforma*, https://nessunotocchicaino.it/articolo/giuseppe-di-federico/l_anomala_struttura_della_corte_costituzionale_italiana_giudici_e_assistenti_di_studio_proposte_di_riforma-2.

²⁶ Su tali aspetti, e in particolare sul fenomeno (per molti, fonte di travaglio) del creazionismo giudiziario, vanno allora riferite alla lettera (e anche qui mi vorrà scusare il gentile lettore della lunghezza della citazione: ma la sede in cui le parole sono state pronunciate – Radio Radicale – ha fatto sì che fossero particolarmente nette, anche se il prof. Ferrua, negli ultimi tempi, ha espresso, senza infingimenti, gli stessi in concetti in plurime sedi accademiche, oltreché sulla stampa quotidiana). Mi riferisco all'esemplare intervista (o forse meglio, colloquio: esemplare soprattutto perché, a mio avviso, fa emergere benissimo come e in che senso la dimensione politico-culturale intrecci necessariamente quella tecnico-giuridica; e aggiungo: può essere opportuno che il non giurista sia e resti convinto che la tecnica giuridica abbia una forza propria e autonoma; ma il giurista sa invece benissimo che la tecnica giuridica è variabile dipendente dell'assiologia dell'interprete: è a partire da questo presupposto – e proprio Tullio Ascarelli l'aveva enfatizzato con la massima chia-

rezza – che è sensato combattere una battaglia contro il soggettivismo giurisdizionale) di Lorena D’Urso a Paolo Ferrua (22 settembre 2024 – *Speciale Osservatorio Giustizia – Conversazione con il Professor Paolo Ferrua*), che si può integralmente riascoltare nel sito di Radio Radicale: <https://www.radioradicale.it/scheda/739116/speciale-osservatorio-giustizia-conversazione-con-il-professor-paolo-ferrua>. Di essa, richiamo in particolare il seguente passaggio: «Con sentenze creative io intendo alludere a quelle decisioni della giurisprudenza che superano i significati che ragionevolmente si possono attribuire al testo della legge. Si tratta, cioè, di decisioni che vanno oltre quel punto di rottura che individuava Kelsen, e cioè quel punto oltre il quale la legge non è più semplicemente interpretata, ma di fatto si dà vita ad una nuova disposizione. Ora, questo fenomeno della svalutazione della legge attraverso le sentenze creative, che quindi prescindono, o tendono a prescindere, dal testo della legge è, a mio avviso, almeno in parte, imputabile alla responsabilità della Corte costituzionale, e in particolare a due infelici sentenze che sono state emanate nel 2007 (mi pare si tratti dell[e] sentenz[e], per l’esattezza, 348 e 349: sono due sentenze vicinissime e chiamate le ‘sentenze gemelle’), le quali hanno in sostanza stabilito che le interpretazioni che dà la Corte europea di Strasburgo rispetto alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo – queste interpretazioni che sono contenute nella motivazione delle sue sentenze sarebbero vincolanti per tutti i giudici. Ora, questo fenomeno, per cui [...] l’interpretazione data in una sentenza diventa vincolante ha due effetti negativi: il primo è quello per cui a quel punto salta il principio di soggezione del giudice alla sola legge. Salta, direi, doppiamente: anzitutto, perché la Corte europea dei diritti dell’uomo a questo punto non è più tanto soggetta alla Convenzione europea, alla quale può dare ogni possibile significato, anche quello più distante dal testo, dal dato testuale; ma diventa soggetta, come dire, semplicemente a sé stessa, cioè si trasforma in un giudice legislatore che di fatto è autorizzato a dare qualunque possibile interpretazione alla Convenzione europea. Il secondo effetto negativo è che, allo stesso modo, i giudici nazionali, cioè quelli italiani, a questo punto non sono più soggetti alla legge, cioè alla Convenzione europea, ma diventano invece soggetti ad un’autorità che non è la legge, e cioè alla Corte europea dei diritti dell’uomo. Il secondo principio che viene messo in crisi dalle sentenze della Corte costituzionale, che è altrettanto fondamentale, è il principio che vuole nettamente distinta la motivazione dal dispositivo. Cioè, una sentenza, come si sa, si compone di una parte motiva e di una parte dispositiva. Ora, il dispositivo è senz’altro un comando (quindi nessuno si sogna di mettere in discussione che il dispositivo sia vincolante per qualunque cittadino [...] e la decisione è appunto di carattere imperativo [...]); la motivazione, al contrario, è quella parte che spiega, che contiene le ragioni per cui si giunge a un certo dispositivo. Ora, questa parte può avere una funzione di spiegazione; può essere qualche cosa che serve a capire meglio il dispositivo; però, di per sé, non può essere vincolante [...], perché la motivazione è, come dire, un esercizio di ragioni, un’esposizione di motivi, e le ragioni sono qualche cosa che possono essere più o meno persuasive (di solito sono considerate con grande scrupolo quando si tratta di un organo di vertice come la Corte europea), ma per definizione proprio non possono essere mai considerate vincolanti, cioè sono qualche cosa che può riuscire più o meno persuasivo, più o meno convincente; ma è un obbrobrio considerarle vincolanti, e a me sembra che la Corte costituzionale abbia proprio commesso questo, che considero un errore epistemologico, e cioè di convertire un esercizio che è, e può essere, solo di ragioni, in un comando di carattere vincolante. [...] L’interpretazione a questo punto brilla, come dire, viene in risalto a dispetto del testo a cui si riferisce: cioè, quello che conta, ormai, anche per il cittadino, purtroppo, in un certo senso, non è più tanto la legge, in sé, che può essere variamente interpretata dai giudici, quanto conta soprattutto l’interpretazione che i giudici danno di quella legge. Il che sarebbe ragionevole, se queste interpretazioni fossero, come dire, lo specchio fedele della legge; purtroppo, spesso non lo sono. Allora il risultato qual è stato, poi, alla lunga, di queste cause? Che possiamo distinguere il diritto vigente, che sarebbe quello del-

Una (per recuperare, adattandolo, l'antico e celeberrimo titolo) rivolta contro l'antiformalismo, cioè contro la massima estensione del potere giurermeneutico dell'interprete togato, e, quindi, non già contro l'intrinseca politicità del giurista-interprete (per rievocare nuovamente Giovanni Tarello) – una tale politicità è infatti innegabile, e occorre allora fare tutto il possibile, istituzionalmente, per renderla trasparente, anche ai fini, come ovvio, della responsabilità dell'interprete –, ma contro le operazioni giuspolitiche opache (si può anche notare che presentare un'operazione giuspolitica dell'interprete, come accade non infrequentemente, quale necessitata conseguenza di un rigoroso normativismo è paradossale, oltreché essere argomentativamente e politicamente non trasparente), può essere oggi condotta, e torno a insistervi, unicamente sul piano culturale: la tante volte esaltata o sbandierata coscienza democratica, e al limite pure il multiforme (a veder bene) patriottismo costituzionale possono essere utilizzati quali fondamenti di una rinnovata sensibilità liberal-democratica degli interpreti: una coscienza che entrebbe in azione, e anzi diverrebbe sì diritto vivente, ma in senso ordinamentale, proprio attraverso una capillare (e largamente spontanea, dunque endogena al ceto giudiziario, in primo luogo: da questo punto di vista, l'ammonimento di un giudice insospettabile di

le leggi, cioè la legge, diciamo, il diritto vigente; e dall'altra parte il diritto vivente, che sarebbe quello che viene elaborato dalla giurisprudenza, quello appunto che si sostanzia nelle interpretazioni che dà la giurisprudenza della legge. Ora, in un sistema, diciamo, fisiologico che cosa dovrebbe accadere? Dovrebbe accadere che il diritto vigente, cioè la legge, è quell[o] che esprime la sovranità, e il diritto giurisprudenziale, cioè l'interpretazione, dovrebbe essere il più possibile, come dire, lo specchio fedele della legge. Naturalmente dell'interpretazione non se ne può fare a meno. Nessuno si sogna di dire che una legge può essere brutalmente applicata senza essere interpretata. Certamente occorre l'interpretazione. Però, ripeto, esiste un punto di rottura, superato il quale io non sto più interpretando una legge, ma mi nascondo dietro lo schermo della interpretazione per dare vita invece ad una nuova legge. Naturalmente [le sentenze creative] sono molto difficili da stigmatizzare perché [...] nessun giudice sarà così scemo da andare in una sentenza a scrivere che prescinde dalla legge. Non lo non lo dirà mai, ovviamente – finirebbe sotto procedimento disciplinare. Però, che cosa potrà fare? E spesso accade questo: si interpreta la legge, come dire, forzandola, cercando magari di rimediare ad una sua ingiustizia. Anche qui c'è un'altra osservazione da fare, però: [...] un tempo, prima che ci fosse la Corte costituzionale in azione, l'interpretazione, come dire, creativa poteva avere la funzione di rimediare ad una ingiustizia della legge; ed è successo, immagino, meritoriamente durante il periodo fascista, ma anche successivamente. Il giudice si trova di fronte ad una legge e allora cerca di interpretarla, di rimediare a questa ingiustizia che magari esce testualmente dalla legge: quindi può essere perfino un titolo di gloria, in questi casi, di forzare il significato della legge. Ma oggi, secondo me, tutto questo non ha più nessuna ragion d'essere, perché io sfido chiunque a immaginare una legge che possa essere gravemente ingiusta e che nello stesso tempo non contrasti con la Costituzione. La conclusione è che, a questo punto, quando il giudice si trova di fronte ad una legge che disapprova, che considera ingiusta, e che quindi sarebbe tentato di rimediarsi attraverso un'interpretazione creativa, ecco, fa male a fare un'interpretazione creativa, perché dovrebbe invece rivolgersi alla Corte costituzionale, sollevare la questione di costituzionalità e farla dichiarare incostituzionale. Anche perché, se invece vi rimedia lui in sede interpretativa, questa legge ingiusta però resta lì come una bomba che domani potrebbe esplodere, perché non è detto che altri giudici giungano alla sua stessa conclusione».

conservatorismo o peggio, quale Guido Calabresi, è inequivocabile; e cioè: massima prudenza decisionale, appunto come giudice; massimo rischio intellettuale, come accademico; e mi pare che ciò esprima una sintesi mirabile e democraticamente ottimale; che poi era, in linea tendenziale, anche la strada percorsa da Tullio Ascarelli²⁷: una discontinuità storicamente necessitata, ma che non rinuncia affatto, anzi la reclama, alla continuità interpretativa; e Ascarelli è, anche qui in linea tendenziale, ascrivibile al filone creativo

²⁷ LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 332 e 344, ove il seguente rilievo (parzialmente riferito *supra*, in nota 19): «La [...] “prudenza” di A. interprete [...] costituisce, a mio avviso, l'altra faccia della medaglia del suo senso di responsabilità civica e del suo atteggiamento politico riformista». Cfr. anche il passaggio che si legge *ibid.*, 344-346: «Un giudizio superficiale [«autorevolmente accreditato da P. Grossi [...]»] (per sua parte fautore di una concezione antistatalistica e tendenzialmente anarchica del diritto) [...]», 344, in nota 39) ha portato a presentare A., nella storia del pensiero giuridico italiano, come una sorta di campione del diritto giurisprudenziale e del pluralismo delle fonti, in contrapposizione all'ideologia del primato della legge, propria del positivismo giuridico. La realtà era ben diversa: l'atteggiamento metodologico di A. era pienamente caratterizzato da quello che, nella teoria del positivismo giuridico, è definit[o] lo “approccio interno” ad un certo ordinamento. Questo approccio era sentito da A. in termini di essere e di dover essere: in tal senso va letto il suo continuo riferirsi al vincolo della “continuità” del giurista interprete con l'ordinamento in cui opera. In questa prospettiva, il suo approccio era quello di un giurista che vuole mantenere ben saldi i legami con il diritto vivente e rifiuta di usare argomenti che non siano legittimati dalla tradizione culturale in cui si inserisce [a p. 345, in nota 41, si legge: «A. non teorizzò mai chiaramente questo aspetto del suo metodo interpretativo, né d'altra parte dedicò molta attenzione all'approfondimento analitico dell'argomentazione giuridica. Il suo impegno principale era invece quello di costruire e propagandare una metodologia prescrittiva adatta ad un ceto di giuristi impegnato nella costruzione di un ordinamento democratico»]. In particolare, A. rifiuta categoricamente (in tutta la sua produzione scientifica, e non solo nel campo della concorrenza) argomenti di tipo giusnaturalistico (quand'anche ammantati di ragionamenti di tipo economico). Il suo rispetto del principio di tassatività delle fonti riconosciute dall'ordinamento legale è assoluto. La sua diffidenza nei confronti delle clausole generali perfino sorprendente. Certo, A. aveva anche una formazione filosofica di stampo idealistico e storicistico, alla quale rimase sempre legato. Non poteva dunque credere che tutto il contenuto del diritto fosse implicitamente compreso nei testi legislativi. Ma, nel teorizzare l'apporto inevitabilmente creativo del lavoro dei giuristi, A. era certamente un “dottrinarista” e non un “giurisprudenzialista”. L'evoluzione del diritto era, nella sua concezione, affidata soprattutto al compito costante di affinamento delle costruzioni dogmatiche compiuto dalla dottrina, secondo i meccanismi lenti e profondi dell'evoluzione culturale, e non al decisionismo giurisprudenziale. Una lettura attenta della produzione metodologica ascarelliana porta a sottolineare, in essa, l'esigenza di evitare il decisionismo giurisprudenziale spinto: l'esortazione ad esplicitare i giudizi di valore e ad affinare l'impiego dei concetti giuridici nel ragionamento giurisprudenziale esprimono piuttosto un bisogno di inquadrare e rendere razionalmente controllabile la creatività giurisprudenziale, che non quello di giustificarla in linea di principio. Per questo gran parte della riflessione metodologica di A. fu dedicata alla dogmatica giuridica e ai concetti giuridici, in particolare. Le teorie e le definizioni espresse in quel contesto non appaiono oggi, spesso, valide, a mio avviso. Ma questo conta poco. Quello che rimane è il fascino di una visione (di cui A. era partecipe) che vedeva l'evoluzione del diritto incentrata sul ruolo di una dottrina giuridica, accorta e responsabile costruttrice di *regulae juris*. E l'auspicio che quel modello di giurista, di cui A. diede testimonianza nell'Italia del secolo scorso, possa tornare un giorno».

della natura dell'interpretazione; ma nella sua produzione scientifica qualche oscillazione è presente²⁸, e che appunto si può spiegare osservando – nelle parole di Libertini sulla polemica Bigiavi/Ascarelli in tema di interpretazione – quanto segue: «Non si deve però pensare che la contrapposizione fosse fra 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*»²⁹) opera di autolimitazione ermeneutica contro ciò che possiamo anche chiamare massimalismo ermeneutico³⁰: un massimalismo che, a mio avviso, se è altamente apprezzabile

²⁸ *Ibid.*, 344-345, alle note 39-40: «[P]er A. il riconoscimento della creatività dell'interpretazione era il risultato di un giudizio storico-descrittivo. Il diritto, storicamente, è costituito, per A., da un insieme di convinzioni collettive che sono professate da un ceto professionale specializzato, che è quello dei giuristi. L'insistenza di A. su questo punto si spiega storicamente, perché quell'enunciato doveva, nella cultura giuridica italiana degli anni Cinquanta, scontrarsi con l'opposta e prevalente ideologia, che attribuiva al giurista-interprete un compito meramente ricognitivo. Tuttavia, per A., il riconoscimento della creatività giurisprudenziale era solo il punto di partenza, su cui si fondava un ragionamento di metodologia prescrittiva, che si esprimeva in alcuni punti fondamentali: (i) il dovere del giurista di disvelare i giudizi di valore di cui inevitabilmente è intriso il ragionamento interpretativo; (ii) il ruolo centrale della dogmatica, come costruzione di concetti (storicamente mutevoli) atti a dare coerenza all'insieme delle soluzioni particolari; (iii) il dovere del giurista di ragionare le soluzioni proposte in termini di “continuità” con l'ordinamento giuridico dato, in cui egli opera. Quest'ultimo punto [...] comportava poi il netto rifiuto dell'idea di pluralità delle fonti, e all'opposto il riconoscimento della regola deontologica che impone al giurista di argomentare con gli strumenti logici propri della tradizione giuspositivistica. La metodologia prescrittiva ascarelliana appare dunque preoccupata soprattutto dall'idea di inquadrare entro confini precisi l'inevitabile creatività giurisprudenziale, e di consentire un controllo razionale e collettivo dei risultati dell'interpretazione giuridiche. Il nemico da combattere, per lui, non era tanto un'ideologia di passività del giurista verso la legge dello Stato, bensì un'ideologia che (ammantando di carattere neutro e “scientifico” le soluzioni interpretative e nascondendo i giudizi di valore ad esse sottostanti) portava facilmente a legittimare soluzioni arbitrarie ed incoerenti rispetto alle finalità politiche espresse dall'ordinamento. [...] [M]i sembra evidente che A. sempre più sottolineasse la continuità come valore e quindi come regola deontologica (al punto da definirla, in qualche passo, come “regola costituzionale non scritta”, su cui si fondava l'attività del giurista-interprete)».

²⁹ *Ibid.*, 30. E cfr. anche 139-140, in nota 12: «Nella disputa il Bigiavi sottolineava soprattutto il valore della fedeltà alla legge e del rigore esegetico, mentre Ascarelli sottolineava l'ineliminabilità dell'apporto creativo dell'interprete e, da qui, il dovere del giurista-interprete di chiarire a se stesso e di esplicitare i giudizi di valore che stanno alla base delle sue proposte interpretative. In questa disputa è oggi difficile negare la maggiore profondità della riflessione metodologica ascarelliana. È però degno di riflessione il fatto che l'approccio metodologico conservatore non impedisse poi a Bigiavi di essere spesso interprete audace (e per giuste ragioni); e che l'approccio metodologico avanzato non impedisse poi ad Ascarelli di essere, talora, interprete “conservatore” [...]».

³⁰ Molto interessante è RODOTÀ, *Ordine pubblico o buon costume?*, in *Giur. mer.*, 1970, I, 104 ss. (non conoscevo, o non ricordavo, questo scritto, e dunque ringrazio Andrea Nicolussi, che ne ha parlato al Convegno in memoria di Giovanni Battista Ferri richiamato *supra*, in nota 20): si trat-

nel contesto accademico, lo è assai meno, o per nulla, per ovvie ragioni, quando si tratti di risolvere un problema concreto all'interno di un contesto liberal-democratico, in cui non aiuta né l'idea di un giudice-eroe che fa giustizia a ogni costo, né l'idea di una giustizia straordinariamente ma misticamente attingibile e che mette le cose a posto, proprio perché il diritto positivo prodotto da un sistema ordinamentale liberal-democratico è un diritto giusto per definizione – fatti salvi gli eventuali interventi della Corte costituzionale –, ed è un diritto che, certo, può essere contestato *de iure condendo*, ma che va accettato *de iure condito*; sotto il profilo della giustizia, semmai, ma accenno solo alla questione, viene in primo piano il ruolo normativo del caso concreto, ma non già nel senso di legittimare 'dal basso' quel massimalismo ermeneutico sopra richiamato, quanto piuttosto nell'incentivare il ricorso a un'argomentazione tanto analitica quanto trasparente, così

ta di un contributo assai significativo, nella prospettiva del discorso di cui al testo e dell'esigenza (su cui Libertini spesso ritorna) della costruzione di un quadro razionale di principi, soprattutto grazie all'opera della dottrina. Anche in Rodotà è fortemente avvertita la necessità di fissare un quadro organico e stabile di principi: la risposta di Rodotà (una risposta, va detto, senza dubbio più prudente di quella fornita successivamente da altri) sta naturalmente nella massima valorizzazione possibile della Costituzione (in quanto testo costituzionale), senza, però, attribuire a essa alcun valore salvifico o mistico (non è né un toccasana, né un talismano, scrive alla lettera Rodotà, anzi rivendicandone, appunto, quella materialità testuale che dovrebbe forse – e oggi possiamo dire: avrebbe dovuto – favorire il progressivo formarsi di una coscienza giuridica condivisa e di una cultura giuridica non solo comune ma anche trasparente – del resto, più si espandono le virtù delle tecniche argomentative, maggiore è l'esigenza di una piena trasparenza argomentativa, vero pilastro liberal-democratico). Non è possibile qui (tanto più in nota) discutere con la necessaria ampiezza lo scritto di Rodotà. Tuttavia, e proprio nella prospettiva di cui al testo – e altresì rispetto all'esigenza, molto nettamente espressa da Libertini, circa l'urgenza di una (ri)costruzione organica e razionale del diritto privato in quanto diritto a vocazione generalista e quindi necessariamente trasversale –, almeno due aspetti vanno sottolineati: i) cautela (se non vera e propria avversione metodologica, per i rischi che tali aperture comporterebbero) di Rodotà, rispetto a generiche aperture alla 'coscienza collettiva', tanto più problematiche quando il contesto sociale sia assiologicamente pluralistico (come appunto accade nelle società aperte contemporanee – il che è un pregio da valorizzare e non un difetto da cancellare; questo è chiaro); ovviamente, il pluralismo assiologico non può trasformarsi in disordine assiologico, e quindi regolatorio; un disordine che condurrebbe verosimilmente alla disgregazione sociale; ii) centralità del testo costituzionale, in quanto riflesso e espressione di un patto politico di comunità, che come tale deve essere posto al centro della stessa cultura giuridica che da quella comunità sociale promana; e non è un caso che Rodotà richiami una significativa espressione di Massimo Severo Giannini: la Costituzione come convenzione tra le classi sociali. Certo, Giannini scriveva nel 1953 e Rodotà del 1970, e sarebbe chiaramente antistorico ignorare l'incidenza della temporalità – aspetto sul quale, molto giustamente, Raimondo Cubeddu richiama insistentemente l'attenzione, sottolineando, in particolare, il rischio di disgregazione dell'ordine liberal-democratico, a causa della velocità dell'affermarsi socialmente rilevante di nuove pretese individuali –: il significato culturale, e quindi l'incidenza ordinamentale e istituzionale, del patto costituzionale, nel 1953 e nel 1970, è diverso dal significato e dall'incidenza dello stesso testo nel 2024. È un aspetto, mi pare, di primaria e critica rilevanza, all'interno di quel generale e articolato processo di autoanalisi metodologica del ceto dei giuristi che Mario Libertini ci incoraggia a compiere con fiducia, e sul quale occorrerebbe tornare a riflettere.

ritornando alla centralità della politica del diritto degli interpreti, in tendenziale armonia o in tendenziale conflitto con la politica legislativa, e sottolineando altresì come la dimensione della giustizia, in un contesto liberal-democratico, si colloca in un'area per buona parte occupata da un contenutisticamente multiforme principio di legalità, che nella trasparenza argomentativa e nella puntuale considerazione di tutti gli interessi in gioco trova una sua fondamentale espressione.

Insisto su di un punto: l'autolimitazione ermeneutica di cui sto qui discorrendo non è affatto tecnicamente necessitata, perché non ci sono ragioni tecnico-giuridiche particolarmente forti e convincenti che possano imporla (e ripeto che, se ci si pone unicamente sul piano della mera tecnica giuridica, la battaglia è di retroguardia, e dunque è persa in partenza – e io aggiungo: per fortuna), ma è, o comunque lo può essere (e ci sono invero ottime ragioni, ordinamentali e istituzionali, perché lo sia), politicamente necessitata (il che, mi pare, è anche un modo per non smentire la politicità del diritto, e soprattutto la costante politicità dell'atto interpretativo³¹: ma qui si tratterebbe, piuttosto, e per ragioni di contesto, di difendere una politicità della giurisdizione che è autenticamente tale, in un contesto liberal-democratico, se rinuncia alla più o meno capillare riscrittura del sistema ordinamentale³², e se dunque rinuncia alla dimensione del conflitto ermeneutico, così accettando il presupposto liberal-democratico che tale riscrittura giurisdizionale, peraltro necessariamente parziale, quando vi sia, spetta alla Corte costituzionale, anch'essa, comunque, ispirata al principio del minimalismo ermeneutico).

8. Orbene, a partire da quanto rilevato da ultimo, e proprio richiamando il canone metodico generale cui si ispira Mario Libertini, quello (lo si ribadisce anche in chiave

³¹ LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 201-202 (sul problema della continuità fra decisioni e testi normativi): «Si è già detto che questo problema si pone – con diverse gradazioni – per tutti i testi normativi, dai più alti principi costituzionali alle più minute norme regolamentari. E si è anche detto che, per alcuni critici, il riconoscimento di questa apertura linguistica è sufficiente a confutare qualsiasi tesi giuspositivistica. A questo argomento non si può opporre una replica valida sul piano logico (è anche dubbio che sia valida la replica, comunque parziale, che, nei testi normativi distingue un nucleo di certezza da una zona di “penombra”). La sola replica possibile non è logica, bensì storico-sociologica: occorre che l'attribuzione di significato a un certo testo normativo sia condivisibile, e poi condivisa, in un contesto culturale di riferimento. Ciò è cosa diversa dal predicare una costruzione del diritto svincolata dalla coerenza ai testi normativi. Ma, in un clima culturale “postmoderno” e di inclinazioni verso il “pensiero debole”, questo sforzo di ricerca condivisa di significati può concretamente mancare, così indebolendo l'intero ruolo della giurisprudenza, pratica e teorica».

³² *Ibid.*, 201: «Il ruolo dei giudici non può essere svolto in modo degno se non nell'ambito di un ordine politico-istituzionale stabile; e i giudici possono essere indipendenti solo se è rispettato il principio di divisione dei poteri e chi governa non è decisore di ultima istanza. Quindi, chi auspica l'azione di una magistratura indipendente e prestigiosa, dovrebbe avere ugualmente a cuore il recupero di indipendenza e di prestigio del potere legislativo. Certo, ci vuole ottimismo della volontà per contrastare l'attuale crisi della democrazia, ma mi sembra dissennata l'idea di contrastare questa crisi per via giudiziaria».

definitoria) del giuspositivismo critico, cioè il riconoscimento del primato della legge (anche, o soprattutto, contro il diritto ‘spontaneo’, se non altro per le conseguenze non intenzionali che da quest’ultimo possono discendere), «strumento insuperabile, al fine di garantire la possibilità di modificare consuetudini inique e inefficienti, quando queste si siano formate (ipotesi che non può negarsi in via di principio, a meno di aderire a ideologie liberistiche estreme)»³³, si può richiamare un aspetto nel quale già ci siamo imbattuti (cfr. *retro*, nota 9), e che senza dubbio è anch’esso riconducibile alla vastissima area delle conseguenze non intenzionali. Alludo al fenomeno (e già se ne avvertono i segnali) per cui, accanto (ma, in realtà, oltre) a una generica, o anche puntuale (come appunto quella di Mario Libertini, ma allora anche il nome di Massimo Luciani va al proposito richiamato), insofferenza verso il ‘creazionismo giudiziario’, nonché verso il diritto spontaneo (che però, e detto *incidenter*, può essere declinato in varî modi – e certamente Hayek e Grossi non possono essere affiancati, come invece ha fatto, recentemente e autorevolmente, proprio Massimo Luciani, posto che non solo l’antistatalismo³⁴ dei due era

³³ *Ibid.*, 47. Sul punto, ovvero sulla unilaterale desiderabilità di un diritto spontaneo, lungo la perniciosa scia della mano invisibile (perniciosa, se confusa con un immanentismo provvidenziale), cose illuminate e condivisibili (direi anzi decisive, per contrastare il forse intellettualmente affascinante ma realisticamente impraticabile diritto privato libertario, o diritto privato anarco-capitalista) sono state pronunciate (in un recente e ottimamente riuscito – nonostante qualche, o, forse, anche grazie a qualche, intemperanza di Mauro Barberis – seminario pavese, organizzato da Emanuele Tuccari e dal Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali, dal titolo “Attualità e criticità nel pensiero di Bruno Leoni”, e svoltosi presso il 15 novembre 2024) dal prof. Raimondo Cubeddu, preclaro studioso del pensiero liberal-libertario, mai rimasto intrappolato nelle secche del cattolibertarismo, da un lato, e dell’anarco-capitalismo, dall’altro, e al quale si debbono gli studi più acuti e istruttivi, almeno in Italia, intorno al liberalismo filosofico-politico, con particolare attenzione rivolta alla Scuola Austriaca. L’intero seminario (i cui atti verranno prossimamente pubblicati nella rivista “Il Politico”, fondata nel 1950 e diretta fino alla morte da Bruno Leoni: <https://www.pagepress.org/socialsciences/ilpolitico>) può integralmente riascoltarsi, grazie alla diffusione effettuata da Radio Radicale, al seguente link: <https://www.radioradicale.it/scheda/745484/attualita-e-criticita-nel-pensiero-di-bruno-leoni>.

³⁴ LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 49, in nota 100, a proposito dell’antistatalismo di Paolo Grossi, scrive che l’insegnamento di quest’ultimo «esalta, al tempo stesso, tanto il ruolo centrale delle dottrine, quanto la formazione “spontanea” del diritto», identificando poi in Guido Alpa l’archetipo del giurista postmoderno. Solo vorrei qui osservare che il diritto spontaneo di matrice leoniana-hayekiana (con significative differenze, tra Leoni e Hayek, sulle quali non mi soffermo) è tutto fondato sul conflitto tra pretese individuali, all’insegna di un individualismo anche metodologico, rispetto al quale, com’è ben noto, tanto Grossi quanto Alpa sono assai distanti. Del resto, *a fortiori*, se è sicuramente interessante una lettura parallela tra Leoni, Hayek e l’ordoliberalismo, quale quella che ha proposto Claudia Atzeni nel seminario pavese cit. qui sopra in nota 33, non c’è dubbio che, hayekianamente, l’ordoliberalismo non sfugge all’accusa di costruttivismo giuridico: il che, beninteso, non significa affatto che l’opposizione contro ogni intervento statale sia fondata; è anzi vero il contrario, perché allora si dovrebbe avere incrollabile fiducia nella mano invisibile, quale costante produttrice e vettore di benefici sociali: il che certamente non è. Inoltre, dal punto di vista della filosofia politica, il diritto spontaneo leoniano-hayekiano è per il massimo contenimento possibile delle decisioni collettive, nonché dell’interventismo regolatorio, nella logica, volendosi richiamare

diverso, ma soprattutto perché l'antiassolutismo legislativo di Grossi era fondato su di un assolutismo assiologico di matrice religiosa del tutto assente in Hayek, al di là della connessione effettuata dallo stesso Hayek, nel secondo dopoguerra, per ragioni di politica culturale, e assai a malincuore, tra liberalismo e cristianesimo – ma questo è altro discorso, sul quale ha però scritto pagine illuminanti Raimondo Cubeddu), è progressivamente emersa un'insofferenza, se non per l'eccesso di regolazione in sé, per un eccesso di analiticità regolatoria (e il relevantissimo ambito degli obblighi di informazione, spesso, poi, del tutto inefficaci, va certamente ricondotto alla tematica appena richiamata), degenerante in un minuzionismo regolatorio senza dubbio incoerente con l'idea di spazio economico aperto e concorrenziale: siamo del resto di fronte, e ormai da gran tempo, a un'iperregolazione che è poi, anche in termini di politica legislativa eurounitaria, alla base del fenomeno, di impronta spiccatamente ordoliberal, del diritto privato regolatorio³⁵.

Riflettendo, ma solo per un cenno, in questa sede, sui riflessi metodologici che possono discendere dalla contrapposizione fra 'ordine giuridico spontaneo' e 'ordine giuridico costruito', si potrebbe anche ritenere (e in effetti alcuni elementi di sostegno argomentativo in questo senso sono presenti tanto nell'opera di Bruno Leoni quanto in quella di Friedrich Hayek) che il creazionismo giudiziario, o comunque una giurisprudenza particolarmente attiva, e dunque al contempo creativa, ben possano esprimere la

il lavoro di un illustre accademico statunitense qual è Richard Epstein, delle 'regole semplici per un mondo complesso', che è la ricetta della Scuola Austriaca. Il che, ovviamente (e ciò mi pare pienamente nel solco della lezione metodologica che Mario Libertini ci offre in questa silloge), significa, per il giurista, lavorare per dar vita (e si potrà dire certamente anche 'costruire', senza alcuno scandalo 'austriaco') a una serie di principi generali, come cerco di dire meglio nel testo, seguendo appunto il ragionamento di Libertini. Principi generali che ben possono essere affidati, anch'essi, alla competizione intellettuale tra giurisprudenza e dottrina, lasciando così al margine il ruolo del legislatore. Cfr. infatti *ibid.*, 319-320: «Una riflessione sul contributo dato da Tullio Ascarelli al diritto della concorrenza e della proprietà intellettuale deve prendere le mosse dalla considerazione del quadro ideologico in cui la trattazione della materia era inserita dall'a. (impostazione necessaria per tutta l'opera di A., se si tiene conto dell'assunto metodologico da lui professato, che sottolineava il ruolo dei giudizi di valore dell'interprete nella costruzione delle soluzioni giuridiche). In questa prospettiva, si deve allora ricordare che il pensiero dell'a. è fortemente radicato nella tradizione liberale europea. Nella concezione, di cui A. è partecipe, l'intera vita sociale è vista come un grande gioco non cooperativo fra individui; un gioco non cooperativo che tuttavia riesce a produrre esiti di benessere collettivo. Ritroviamo così in A. un luogo tipico dell'ideologia liberale: la considerazione dell'individuo come realtà primaria e come valore e la diffidenza verso l'attribuzione di un valore oggettivo alle formazioni sopraindividuali. L'individualismo ascarelliano è non solo (e non tanto) metodologico, ma piuttosto (e seppur non dichiaratamente) ontologico».

³⁵ Cfr. anche quanto si legge *ibid.*, 131: «[I] dialogo fra giusprivatisti (con particolare riguardo ai cultori del diritto delle imprese e dei mercati) e giuspubblicisti dovrebbe intensificarsi e rivolgersi verso la costruzione di una "parte generale del diritto" che dovrebbe comprendere, da un lato la discussione razionale sul contenuto dei principi fondamentali, dall'altro la costruzione di un sistema di regole generali residuali, che dovrebbe essere realizzata abbandonando l'antico preconetto della "generalità" del diritto romano-civile e della specialità di tutto il resto».

cifra, tanto culturale, quanto politica, quanto, ancora, metodologica di un diritto liberale, inteso nel senso di un diritto che protegge quelle situazioni giuridiche le quali, spontaneamente, perché prodotte da una competizione tra pretese individuali che troverebbe poi nel processo e nel giudizio, e dunque nella deliberazione giudiziale, più che nella deliberazione legislativa, il momento formalizzatore, tanto istituzionale quanto ordinamentale, si sono affermate.

Ciò mette bene in evidenza almeno un aspetto (richiamato anche da Libertini)³⁶, ovvero: è la stessa libertà individuale in azione, è la stessa competizione tra pretese individuali a dare origine alla dimensione ordinamentale collettiva (da questo punto di vista, non c'è dubbio che le proposte teoriche dell'anarco-capitalistico – che richiamo appunto perché sono le più radicali³⁷ – siano debolissime, volendo esse appunto distruggere la dimensione collettiva, ma non capendo che quest'ultima può anche essere il prodotto della libertà individuale).

9. Aggiungerei, per richiamare un ulteriore aspetto che molto sta a cuore a Libertini, che, se è vero che la libertà richiede un quadro giuridico sufficientemente organico entro il quale potersi svolgere; e se è altrettanto vero che tale quadro può essere il prodot-

³⁶ *Ibid.*, 331-332: «A me sembra tuttavia, ripensando le idee di fondo di A.[scarelli] sulla funzione dell'economia di mercato e sui principi giuridici da applicare alla stessa per realizzare finalità di benessere collettivo, che egli avesse intuito, con mezzo secolo di anticipo, come la linea maestra, in materia di politica e di diritto della concorrenza, può essere data solo da una sintesi – a prima vista difficilissima e stridente – fra il quadro fornito dalla scuola austriaca (concorrenza come processo, efficienza dei mercati intesa soprattutto come efficienza dinamica) e la cornice fornita dalla scuola ordoliberal (necessità di un forte intervento correttivo pubblico per garantire la continuità di un processo concorrenziale virtuoso)». Ma in riferimento alle brevissime osservazioni di cui al testo va visto l'intero saggio dal quale ho appena citato un brano: *Il diritto della concorrenza nel pensiero di Tullio Ascarelli*, 319-346.

³⁷ Assai meno radicali, a mio avviso (ma la pensa diversamente Libertini, il quale, *ibid.*, 341, in nota 31, fa riferimento al «minuscolo partito radicale, allora nato da poco a seguito di una scissione “da sinistra” del partito liberale italiano, e non ancora caratterizzato dallo stile libertario estremista, che lo segnerà nella storia dei decenni successivi»), le tesi economiche del partito radicale (che pure ebbe, nei primi anni Novanta, una infatuazione culturale di stampo leonian-hayekiano: sarebbe allora molto interessante, detto qui del tutto incidentalmente, ricostruire, in parallelo, la fase del partito – e dunque di Marco Pannella – orientata al più rigoroso giuspositivismo testualista (da cui le note critiche rivolte alla magistratura e soprattutto alla Corte costituzionale), seguita da una progressiva, e opposta, esaltazione giurisprudenziale, soprattutto in ambito eurounitario e internazionale. Qui si aprirebbe, a mio avviso, uno spazio politico-culturale per una riflessione sul diritto inteso quale istituzione della libertà, cui, in certa misura, ricondurre quella giurisprudenza creativa che non riesco a non pensare affine al 'modello' leonian-hayekiano, a partire dalla centralità del soggetto, che valorizza un individualismo metodologico certamente inconsapevole ma socialmente significativo perché ampiamente diffuso (non è evidentemente questa la sede per proseguire il discorso: molte idee sono ora in CUBEDDU, *Austrian Liberalism after Friedrich A. Hayek's Law, Legislation, and Liberty*, in *Il Politico*, 1/2023, 107 ss., <https://www.pagepress.org/socialsciences/ilpolitico/article/view/816>).

to di un duplice fattore: lo scontro tra pretese individuali e le decisioni giurisprudenziali, non si può allora certamente escludere che tale quadro giuridico non veda il legislatore quale protagonista. In sintesi, se i principi sono fondamentali, essi non sono una variabile dipendente del legislatore, ma lo potrebbero essere di una 'giurisdizione della libertà'. In altre parole, l'idea di competizione politico-culturale espressa con un linguaggio tecnico dovrebbe valorizzare proprio dottrina e giurisprudenza (assai meno il legislatore, che, da questo punto di vista, in effetti potrebbe essere anche relegato a ruolo di 'legislatore di complemento', o 'legislatore di dettaglio'). E si tratterebbe, come ovvio, di una valorizzazione contestuale, rispetto, cioè, alle circostanze sulle quali operare in senso ricostruttivo e costruttivo, come mostra significativamente Libertini, richiamando le reazioni critiche rivolte alla sua tesi circa l'applicazione estensiva del rimedio di cui all'art. 2058 c.c., quando il danno ingiusto sia stato cagionato da un'impresa o sia stato subito da un'impresa, e circa l'applicazione generalizzata del rimedio inibitorio, in quanto anch'esso rimedio specifico contro i danni³⁸.

Si tratta di critiche che rivelano un dogmatismo impediente l'evoluzione (io vorrei dire spontanea, cioè favorita, empiricamente, dai reali interessi sottesi a un certo conflitto, e dalle caratteristiche degli interessi e del conflitto) dell'ordinamento, all'interno di quella logica della complessità³⁹ che dovrebbe favorire il cambiamento (anche in senso temporale), e che, in ambito giuridico, è stata messa molto ben a frutto (e l'autore, significativamente, se non inaspettatamente – mi riferisco a un giurista sicuramente classico quale Angelo Falzea, ma, se mi posso permettere di esprimermi in questi termini, salvato dai suoi interessi scientifici extragiuridici⁴⁰, e in particolare antropologici – richiama, e non per ragioni strettamente bibliografiche, Friedrich Hayek), appunto da Angelo Falzea, in un contributo ricchissimo di spunti e meritevole di un'attenzione maggiore di quanto abbia avuto finora. Mi spingerei a dire che la teoria falzeiana della complessità (antinormativistica)⁴¹ riesce, se svolta fino in fondo e se anche irrobustita o revisionata

³⁸ *Ibid.*, 65 (quasi alla lettera). E l'autore osserva, molto convincentemente, che le opinioni contrarie erano «tutte incentrate sul concetto stesso di risarcimento come rimedio *ex post* e sull'incompatibilità concettuale di questa nozione con una tutela "preventiva" come quella inibitoria. [...] La dottrina continua poi a ritenere che il problema si risolverebbe con l'applicazione diretta dell'art. 24 Cost. [...], rifiutando però l'ipotesi di un'interpretazione evolutiva estensiva, orientata ai principi, non solo e non tanto dell'art. 2058, ma anche della stessa norma in materia di concorrenza sleale. [...] Lo scarso peso sistematico delle ragioni dell'impresa, nella disciplina della responsabilità extracontrattuale, non si limita alle ricordate difficoltà di riconoscere un'applicazione estesa dei rimedi specifici. Una palese arretratezza si manifesta anche nella materia della determinazione del danno per equivalente, quando soggetto leso sia un'impresa».

³⁹ FALZEA, *Complessità giuridica*, in *Enc. dir.*, Annali, I, Milano, 2007, 201 ss.

⁴⁰ Interessi assai opportunamente valorizzati da Natalino Irti, nella sua 'Introduzione' al Convegno linceo del 9 ottobre 2024, intitolato "Angelo Falzea, un maestro del Novecento giuridico italiano" e promosso da Gianni D'Amico e da Attilio Gorassini. L'intervento di Irti è qui riascoltabile: <https://www.lincci.it/it/videoteca/09102024-angelo-falzea-parte-1>.

⁴¹ FALZEA, *Complessità giuridica*, cit., 212: «Al normativismo giuridico sfugge il fatto che a deter-

qua e là, a conciliare la necessaria stabilità del sistema ordinamentale (che è innanzitutto un valore politico: solo la stabilità può consentire la massima espansione della libertà individuale, e l'esercizio massimo possibile, socialmente, appunto, espansivo e non disgregatore, nella logica di un comunitarismo liberale che potrebbe rappresentare, se non il giusto mezzo filosofico-politico, quantomeno un equo temperamento tra le ragioni individuali della libertà e le esigenze collettive della socialità) con l'altrettanto necessaria trasformazione ordinamentale (più o meno rapida), ché, altrimenti, verrebbero impediti, in larga misura, quegli stessi svolgimenti della libertà individuale (alla base di ogni esperienza di vita aggregata) funzionali alla conservazione dell'ordine giuridico, e conducendo invece alla progressiva chiusura dell'ordinamento giuridico, alla progressiva chiusura della società, al progressivo inaridimento giurisprudenziale, posto che, invece, in questa chiave, il diritto vivente non può che assurgere a fonte del diritto *pleno iure*, se non (ma forse qui c'è, da parte mia, una qualche esagerazione) a principale fonte del diritto⁴².

minare il contenuto regolativo delle norme giuridiche concorre sempre la prassi attuativa del diritto formalizzato e, per i problemi non risolti con regole formali, la prassi genetica del diritto non formalizzato». Naturalmente, questo antinormativismo falzeiano fa il paio con la sua critica rivolta, in parallelo (e condivisibilmente, altrimenti si ricade in quel dogmatismo, quando non fanatismo, antilegislativo che ha condannato – e io aggiungo: purtroppo – alla irrilevanza giuridica grandissima parte di quel mondo libertario e anarco-capitalista, richiamato anche poco sopra, che continua a giurare sulle parole e sulle idee di un Mises e di un Rothbard; *incidenter*, aggiungo – esprimendo ammirazione per l'attenzione rivolta da Mario Libertini alle evoluzioni del liberalismo – che anche Ludwig von Mises è presente nel volume: a p. 330, in un passaggio – e non è l'unico – in cui l'autore riflette su alcuni aspetti della Scuola Austriaca), all'antinormativismo integrale, che, «a sua volta, non tiene conto che l'agire pratico spontaneo dei componenti di un insieme e l'attività autoritativa della giurisprudenza includono, in tutto l'arco delle loro implicazioni, nella immanenza dei singoli atti che li compongono e nella trascendenza degli indirizzi che quegli atti concorrono a formare od a confermare, l'orientamento regolatore che assume, nella ripetitività, natura sostanzialmente normativa: l'agire pratico spontaneo e l'agire pratico giurisprudenziale integrano una prassi giuridica, fonte di norme sostanziali che guidano i soggetti nei loro comportamenti quotidiani e che consentono loro di predire quali saranno gli esiti giuridici, fuori ed entro il processo, del loro comportamento» (212).

⁴² Su questo aspetto immagino il dissenso di Mario Libertini. Ma il suo probabile dissenso richiede, da parte mia, un chiarimento. LIBERTINI, *Passato e presente*, cit., 47, osserva che il contrasto tra un diritto a formazione spontanea (quindi anche contrattuale e giurisprudenziale) e un diritto a formazione istituzionale può risolversi, in virtù dell'adozione di quel giuspositivismo critico, ormai più volte richiamato, che sfocia nel primato della legge e dunque «[ne]la riserva della decisione di ultima istanza in capo al potere legislativo e [ne]la conseguente tassatività del sistema delle fonti». Ora, se però lo stesso Libertini, pochi passaggi dopo, scrive che la giurisprudenza teorica, cioè appunto la dottrina, va intesa «come costruttrice di un sistema razionale di principi e regole, in continuità formale e sostanziale con un ordinamento dato, storicamente esistente e politicamente accettato» (48), si può forse tentare una difesa del diritto vivente e di una giurisprudenza creativa all'interno di un ordine giuridico stabile, e quindi conoscibile. Da questo punto di vista, il problema centrale è quello della stabilità dell'ordinamento, della sua conoscibilità, della sua prevedibilità. Ma allora non è una questione di fonti del diritto, quanto piuttosto di contenuto politico-culturale di esse. E se è così, tutto si gioca, ancora una volta, sulla cultura istituzionale presente in un certo momento storico all'interno di una certa collettività.

Del resto, se proprio al centro del programma scientifico di Mario Libertini c'è l'attenzione rivolta all'esame empirico della prassi e agli interessi in gioco, all'argomentazione per principi⁴³, al substrato socio-economico (un'attenzione, quest'ultima, che impone la rilettura delle norme – o meglio, il loro adattamento e la loro trasformazione, e naturalmente non solo in via interpretativa –, laddove è certo opinabile muovere «dai testi normativi, piuttosto che dall'esame del substrato socioeconomico [...]»⁴⁴), logica conseguenza è che ci sia un lavoro cooperativo tra dottrina e giurisprudenza, onde appunto elaborare un quadro generale, stabile ma non rigido. Si tratta di un lavoro cooperativo che coinvolge, o che dovrebbe coinvolgere, l'intera comunità giuridica, nel segno del «ri-fiuto dello specialismo in senso forte (“autonomia giuridica”), in favore di una concezione forte dell'unità del diritto e del metodo giuridico [...]»⁴⁵. Ovviamente, è una prospettiva in sé transgiuridica (per lo meno – soprattutto perché, al fine di conoscere effettivamente il substrato socioeconomico non si può essere giuristi, e basta), e, anzi, proprio pensando al diritto privato quale complessivo apparato ordinatorio socioeconomico⁴⁶, esso deve ovviamente accettare l'idea di assumere una fisionomia, a volte più a volte meno, pubblicistica (e del resto, il già richiamato diritto privato regolatorio è esattamente questo), o se si preferisce istituzionalistica: poiché l'esigenza di ordine e di mettere in ordine è una primaria esigenza sociale, ogni aspetto socialmente rilevante va visto in funzione della progressiva costruzione di un ordine giuridico tanto sufficientemente stabile quanto sufficientemente duttile, proprio per non mortificare la stessa funzione regolatoria che sta alla base del diritto in quanto meccanismo sociale⁴⁷.

⁴³ *Ibid.*, cit., 61.

⁴⁴ *Ivi.*

⁴⁵ *Ibid.*, 68. E cfr. anche 98, a proposito di «un metodo che non muove dal testo normativo per adattarlo alla realtà, ma – per usare le parole di Ascarelli – muove dall'analisi della realtà socio-economica per poi costruire una disciplina normativa della realtà volta a conciliare la “natura delle cose” (oggi diremmo, forse, l'efficienza economica) con una doverosa continuità con i testi normativi». Inutile aggiungere che il metodo qui descritto assume rilevanza per l'intera materia giuridica, non certo per il solo diritto commerciale. Altrimenti il diritto diventa una scienza di norme, laddove è scienza di fatti, ovvero è chiamato a disciplinare giuridicamente fatti, che vengono prima delle norme, e rispetto ai quali le norme vanno interpretate, cioè applicate. Inutile precisare che non ci si può stupire del largo successo che, negli Stati Uniti, stanno avendo i metodi empirici (da considerare anche, in chiave di teoria della conoscenza e di storia delle idee, quale reazione agli eccessi decostruzionistici, che hanno pericolosamente legittimato i più vari e superficiali soggettivismi). Ovvio, non tutti i problemi giuridici possono dar luogo a domande empiriche (e non c'è alcun dubbio che ogni metodo, come già precisato, se serio e seriamente praticato, ha in sé, in quanto metodo, la propria, inattaccabile, legittimità), ma ovvio, anche, che molte delle domande cui il diritto deve rispondere sono domande empiriche, donde la necessità della conoscenza dei dati, di ciò che accade nella realtà – economica, sociale, ideologica, culturale, ecc. Tutto ciò che può essere misurato è fonte di informazione, e l'informazione è alla base di ogni conoscenza.

⁴⁶ V. qui sopra, testo e note 44-45.

⁴⁷ *Ibid.*, III: «La reazione al concettualismo si incentrò dunque sull'esigenza di costruire le regole di diritto dando prevalente attenzione ai valori e agli interessi tutelati dall'ordinamento,

10. Qui si apre lo spazio per una significativa (e in larga parte ancora da fare, almeno in termini rinnovati) riflessione sulla formazione giuridica oggi: lasciamo da parte il *curriculum* universitario, ma se pensiamo alla fase *post lauream*, e in particolare al dottorato di ricerca, io non avrei dubbi nel ritenere indispensabile, accanto alla formazione specialistica (con lezioni *ad hoc*), una buona dose di economia, storia economica, sociologia (oltre a altri corsi a scelta): indispensabile, per un dottorato che fin dall'inizio si prefigga un ambizioso e arduo programma culturale.

Da questo punto di vista, a mio avviso, stona – e oggi più di ieri – che il corso di laurea magistrale duri 5 anni e il corso di dottorato 3, quando il dottorato dovrebbe invece servire proprio per varcare quelle frontiere che possono essere invece opportune, o comunque comprensibili, per un operatore giuridico.

Senza eccesso d'ambizione, si potrebbe almeno pensare a un periodo di formazione comune, con cadenze regolari, in cui tutti gli iscritti ai corsi di dottorato in diritto seguano un contemporaneo e parallelo aggiornamento (non strettamente normativo, questo è ovvio, ma prevalentemente cultural-metodologico) in tutti gli ambiti giuridici (il che, si spera, potrebbe anche rafforzare quello spirito di comunità intellettuale che è sempre fondamentale).

In questa linea, a me pare che alcune indicazioni che Mario Libertini ci offre possano essere subito messe a frutto e tradotte in un programma di politica culturale. Mi riferisco, in particolare, alle pagine del volume in cui emerge benissimo la necessità di conciliare l'aspetto teorico-generale con l'aspetto empirico-operativo. In principio ci sono i problemi, non i concetti, non i dogmi. È vero che il problema assume una connotazione diversa a seconda del filtro concettuale attraverso cui lo si osserva, ma resta il fatto che un determinato accadimento, in sé, è un *novum* (più o meno problematico), e dunque, quale che sia il filtro concettuale, una risposta, a tale novità, occorre darla.

E la risposta (che è per definizione ordinamentale – un ordinamento aperto e di respiro transnazionale, questo è fuor di dubbio) muove certamente, anche quando sia innovativa, da quel quadro che si può, senza difficoltà, definire teorico-generale, e che va inteso quale cornice argomentativa: a esso si riferisce infatti Libertini, quando sottolinea come «la “parte generale” del diritto dovrebbe essere oggi costruita su due componenti: a) la costruzione dei principi ordinanti dell'ordinamento, con particolare attenzione all'esigenza di precisare il contenuto assiologico di ciascun principio e di individuare i criteri di contenimento fra i diversi principi; questa parte comprende tanto la definizione di “beni giuridici” di rilevanza costituzionale (per esempio: famiglia, ambiente,

nonché ai nuovi fenomeni e rapporti continuamente creati dallo sviluppo economico». Ma proprio rispetto a tale situazione emerge il lato oscuro dello specialismo, come osserva Libertini. E cioè: se proprio i giuristi specialisti hanno maggiore sensibilità dei giuristi generalisti, appunto perché sono più vicini ai fatti e agli interessi, è a partire da una siffatta esigenza – osserva appunto il nostro autore – che «i cultori dei diritti speciali trovarono (e trovano ancora oggi) buon gioco per contestare l'idea stessa della possibilità di costruire un sistema giuridico generale, e rivendicano, più o meno decisamente, l'autonomia “giuridica” del settore relativo» (*ivi*).

concorrenza, ecc.), quanto la definizione dei diritti fondamentali della persona, quanto, infine, la definizione di principi organizzativi (per esempio: divisione dei poteri, trasparenza, ecc.); b) la costruzione di una trama di *regulae juris* generali (disciplina degli atti, dei procedimenti, delle situazioni soggettive e relativa tutela), da applicare in funzione residuale tutte le volte in cui l'insieme dei principi e delle fonti speciali applicabili a una certa situazione lasci spazi di incertezza e giustifichi il richiamo a tali regole residuali»⁴⁸.

Il discorso che Libertini svolge nelle pagine qui considerate (e che l'autore stesso presenta quale «programma [culturale] ambizioso e di difficile realizzazione»⁴⁹) va seguito con particolare attenzione, soprattutto in riferimento alla critica rivolta alla cultura giuridica accademica italiana: «Io credo che la cultura giuridica italiana si sia smarrita di fronte alla complessità dei problemi, che sembravano affermati dal programma di una “giurisprudenza per principi”, enunciato in alcune note posizioni degli anni Settanta del secolo scorso [il riferimento, ovviamente, è in primo luogo alla prolusione maceratese di Stefano Rodotà, intitolata *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile*, letta il 18 dicembre 1966, pubblicata nel 1967 nella *Riv. dir. comm.* e successivamente ristampata da Editoriale Scientifica, nel 2007, con una prefazione – *Quarant'anni dopo* – dello stesso Rodotà]. La difficoltà del percorso, in una con la deriva politicista assunta da molti fautori (a parole) del metodo, ha probabilmente prodotto il risultato di far perdere alla giurisprudenza colta l'ambizione di svolgere un ruolo di guida a quella che una volta si sarebbe chiamata “giurisprudenza pratica”. A ciò credo che abbiano anche contribuito, in modo determinante e in egual misura, una sorta di entropia interna all'organizzazione accademica, corrosa dalla spinta centrifuga degli interessi personali dei suoi componenti, ed un progressivo isterilirsi della domanda, da parte del ceto politico, di grandi costruzioni giuridiche (fenomeno a cui si contrappone l'incremento della domanda di servizi giuridici privati, di contenuto sempre più specialistico). Una “scienza” giuridica schiacciata nel presente si è così trasformata in esegeta della giurisprudenza e tende sempre più a dividersi in ambiti specialistici non comunicanti fra loro»⁵⁰.

⁴⁸ *Ibid.*, 112. E Libertini così prosegue: «La prima parte del programma, che ho cercato di delineare, appartiene *tout court*, se vogliamo richiamare le divisioni accademiche, al diritto costituzionale. La seconda è in parte riferibile a quella disciplina, oggi piuttosto negletta, che è la teoria generale del diritto. In buona sostanza credo però che ambedue i campi debbano e possano essere percorsi da giuristi formati in varie discipline, e che il privatista non abbia meno titolo del costituzionalista di professione, nel pronunciarsi sul contenuto assiologico di beni giuridici di rilevanza costituzionale, e che non vi sia una legittimazione superiore del privatista rispetto all'amministrativista o al processualista nel costruire una teoria generale del procedimento o dell'invalidità degli atti, ecc. Non credo dunque che possano riconoscersi primati disciplinari. Credo piuttosto che alcune discipline abbiano conservato una vocazione “generalista”, che le rende particolarmente titolate ad impegnarsi sul terreno della costruzione della parte generale del diritto. Il diritto civile è tra queste, anche se mi sembra di avvertire un progressivo indebolimento della sua vocazione generalista» (113).

⁴⁹ *Ibid.*, 114.

⁵⁰ *Ivi.*

Anche sotto questo profilo, mi pare, emerge il rammarico (in primo luogo intellettuale) di Libertini per ciò che si potrebbe forse semplicemente chiamare scarso interesse del ceto giuridico (considerato ora in chiave unitaria) per i problemi politico-culturali (e non sarà del resto un caso che Libertini consideri, certo dolendosene, inattuale la grande lezione metodologica di Ascarelli⁵¹), ovvero, e in parallelo, per le ideologie dei giuristi; da cui, un uso, a volte superficiale, altre volte strumentale, della tecnica giuridica, dimenticando che il vuoto che si produce sul piano culturale non solo non può essere colmato dalla sapienza tecnica, ma impedisce che tale sapienza possa formarsi, e comunque consolidarsi.

La grande mancanza è stata anche quella (e forse lo è tuttora) di una cultura giuridica condivisa, la quale dà stabilità ermeneutica a un ordinamento (con il rischio, naturalmente, che tale stabilità vada contro esigenze di cambiamento storicamente attestate; da cui l'ancoraggio a una fonte che consenta la stabilità nella mobilità, e si vorrebbe dire: l'ordine e il progresso). Naturalmente, parlando di stabilità ermeneutica, è ovvio che il principale presupposto di quest'ultima è la sussistenza di un quadro di principi generali. Da questo punto di vista, si sia giuristi 'dottrinaristi' o giuristi 'giurisprudenzialisti', le cose non cambiano molto. Perché si tratta pur sempre di fare uno sforzo di costruzione giuridica proiettata sul contesto di riferimento, e a partire da determinate premesse ideologiche, che vanno dichiarate per ragioni di trasparenza, perché sono appunto il fondamento politico-culturale di un agire giuridico che abbia effettiva portata istituzionale.

Rispetto a tutto ciò, la cultura giuridica italiana contemporanea mostra un qualche arretramento, e dovrebbe compiere quel benefico rinnovamento complessivo così efficacemente descritto da Mario Libertini. Beninteso, ci sono state e ben potranno esserci valutazioni differenti, rispetto allo stato di salute (intellettuale e istituzionale) della cultura giuridica italiana. Quello che è però certo è che questo volume è un prezioso incentivo alla riflessione ed è una portentosa e ammirevole testimonianza di orgoglio intellettuale.

⁵¹ *Ibid.*, 305-306, testo e nota 3.

