

VALERIO NITRATO IZZO\*

## Ragionamento giuridico e nuove istanze del diritto privato

### ENGLISH TITLE

Legal Reasoning and New Instances of Private Law

### ABSTRACT

The essay deals with the evolving relationship between new necessities emerging in private law domain and the consequences for legal reasoning, with an emphasis on the contribution from legal hermeneutics. More generally, the argument develops from the necessity of an integration between the interpretative and the argumentative elements, grounding on the growing convergence between analytical and hermeneutical approaches in contemporary legal theory. This is needed at a methodological as well as at a cultural level in order to face the new challenges that private law must confront in a legal world presenting different features from the past.

### KEYWORDS

Private Law – Argumentation – Interpretation – Legal Method –Legal Reasoning.

### 1. NUOVE ISTANZE DEL DIRITTO PRIVATO

In un volume dedicato al futuro del diritto edito qualche anno fa, era possibile leggere che il diritto privato, inteso nel senso di un'esposizione significativa delle sue dottrine principali, di fronte a problemi insormontabili giudicati dall'autore difficilmente risolvibili nei prossimi trenta anni, non avrebbe avuto un futuro<sup>1</sup>. Da un contesto culturale diverso, ma in senso analogamente pessimistico, un autorevole giurista italiano ha potuto parlare recentemente di un'eclissi del diritto civile<sup>2</sup>. Lo smarrimento del giurista di fronte ad un panorama giuridico che appare particolarmente frastagliato non è certo esclusivo, al punto da aver fatto risorgere una domanda antica sul senso ulti-

\* Ricercatore a tempo determinato presso l'Università degli Studi Federico II di Napoli.

1. Gordley, 2011, p. 374.

2. Castronovo, 2015.

mo dell'esperienza giuridica, ossia quale sia la funzione che il diritto svolge, interrogativo che si pone oggi nel contesto di società tendenti a diventare "post-giuridiche", laddove la normatività prende il posto della giuridicità<sup>3</sup>. Certamente il diritto privato, almeno negli ordinamenti giuridici del mondo occidentale e quelli maggiormente influenzati da questi, è da un tempo lungo al centro dei processi di innovazione e trasformazione della scienza giuridica. Considerato un modello ideale di dogmatica, anche per quella più giovane del diritto pubblico, dal XX secolo non sarebbe più riuscito a mantenere quella posizione di egemonia<sup>4</sup>. Da qui una certa "angoscia metodologica", se è lecito chiamarla così, che tormenta la cultura giuridica contemporanea e il civilista forse in grado anche maggiore, com'è possibile apprezzare volgendo lo sguardo alla quantità e qualità di contributi che da varie prospettive affrontano il tema sulle principali riviste giuridiche. Le ragioni di questo disagio sono naturalmente molteplici e sarebbe impossibile per capacità personale e spazio a disposizione offrire un quadro completo. In queste brevi considerazioni vorrei piuttosto provare a illustrare alcuni argomenti che tengono insieme il tema del ragionamento giuridico e alcune trasformazioni del diritto privato che nel titolo ho proposto di indicare come "nuove istanze". Nel tentativo di tracciare almeno dei contorni degli ampi problemi citati, indico alcuni dei motivi del rivolgimento in atto nell'ambito del diritto privato, da individuare su un piano inizialmente "esterno" a quello giuridico ossia in cui l'elemento di mutamento appare inizialmente in altri contesti finendo successivamente per influenzarlo e altri invece più strettamente interni allo sviluppo dogmatico civilistico.

Per il primo profilo penso ad un pluralismo culturale che ha imposto un graduale ripensamento di categorie sedimentate ma in costante evoluzione come ad esempio il diritto di famiglia, ove la pressione sociale di nuovi modelli di convivenza così come la diversità delle occasioni della composizione di rapporti di filiazione e adozione, l'apertura ad istituti giuridici provenienti da altre culture giuridiche che in virtù dell'intensità delle relazioni sociali intercorrenti tra i diversi paesi finiscono per esercitare una valenza giuridica sull'ordinamento nazionale. Un'illustrazione possibile è data dalle vicende giurisprudenziali riguardanti l'istituto della *kafalah*, equivalente funzionale dell'adozione, vietata in molti paesi islamici e con qualche approssimazione assimilabile all'affidamento familiare, penetrata anche nel nostro ordinamento attraverso successive pronunce giurisprudenziali<sup>5</sup>. Tali questioni, di cruciale rilevanza sociale per gli interessi e i soggetti coinvolti, innervano trasformazioni profonde e non occasionali ma piuttosto destinate ad incidere

3. Ost, 2016.

4. Wieacker, 1980, p. 285.

5. Cfr. Cass. SS.UU. 21103/2015; Cass. 1843/2015; Cass. 25310/2020.

inesorabilmente sull'assetto di molti istituti innovati in modo ancora frammentario e disordinato, complice un legislatore “puntualmente in ritardo”. Ridiventata così fortemente attuale il problema della coesistenza se non della aperta concorrenza tra ordinamenti giuridici diversi la cui delimitazione è fluida, essendo talvolta inseriti in un contesto di relazioni solo debolmente gerarchiche, tutti pretendenti alla regolazione su uno stesso territorio, valorizzando forme di applicazione del diritto che sfuggono alle maglie ormai slabbrate della statualità contemporanea, come esemplificato dall'espansione del “mercato dei diritti”<sup>6</sup>.

Spostando di molto il punto di osservazione, la crisi ecologica, che oggi ha assunto un ruolo finalmente centrale nel dibattito pubblico sublimata anche dall'apparizione della pandemia, impone anch'essa una riflessione profonda sulla necessaria evoluzione di schemi di regolamentazione adeguati al fine di una maggiore e più consapevole tutela ambientale, mostrando ancora una volta l'importanza dell'elemento normativo in contesti di trasformazione dell'organizzazione sociale. Di fronte all'ennesima evidenza che la nostra specie umana vive in stretta dipendenza dall'ambiente naturale, emergono le inadeguatezze dell'antropocentrismo che caratterizza la modernità giuridica e la limitazione delle soggettività giuridiche piene che da essa discendono, in un quadro teorico certamente ancora in evoluzione e che vede il pensiero giuridico europeo ancora incerto al crocevia tra modelli diversi e forse un po' attardato rispetto alla vitalità e innovatività giuridica che percorre altri continenti pur culturalmente non lontani. La quantità e qualità del cambiamento necessario per una trasformazione del modello economico e sociale non meramente di facciata, renderà con ogni probabilità necessario ripensare e forse addirittura abbandonare il modello proprietario basato nella signoria assoluta sulla cosa, facendo intravedere un possibile rafforzamento di quella funzione sociale proprietaria che pure la Costituzione italiana aveva previsto con lungimiranza. Un'innovazione di questa portata, anche nel solco delle democrazie liberali, è destinata a disarticolare forse definitivamente l'immagine dell'individuo proprietario di un bene di cui può disporre senza dar conto a nessun altro soggetto terzo. Un'immagine di consumo di risorse, giustificabile solo dal titolo giuridico, che mal si concilia con la necessità di una diminuzione dell'impronta ecologica di ciascuno. È comprensibile allora che proprio intorno alle questioni dei regimi proprietari si siano avanzati forti rinnovamenti anche categoriali del rapporto pubblico/privato e della proprietà intellettuale come quella della categoria dei beni comuni, a cui una parte della civilistica italiana ha contribuito in modo decisivo.

Questo punto conduce direttamente all'ultimo aspetto che vorrei citare in questa sede ossia quello delle trasformazioni tecnologiche in atto. Quelle rela-

6. Rodotà, 2006, p. 56.

tive alla tecnologia dell'informazione hanno in poco tempo sconvolto le nostre abitudini. Se per un periodo l'impatto e in generale l'accesso ai servizi tecnologici sembravano inquadrabili attraverso gli istituti giuridici tradizionali, oggi sappiamo, anche per esperienze empiriche non sempre felici, che non è così, anche perché manifestazioni consuete, si pensi qui al consenso nella sfera contrattuale e del trattamento dei dati, non si sono rivelate adatte a proteggere la posizione giuridica soprattutto di soggetti minori o bisognosi di una maggiore tutela. Questo prima di tutto perché il codice binario che regge l'informatica è esso stesso fortemente normativo e impone una trasformazione procedimentale inedita in ambito giuridico, in quanto per la prima volta direttamente influenzata e condotta dalla tecnologia e dai suoi presupposti epistemologici e non dai giuristi e dal loro sapere. Viene così a prendere forma uno scenario in cui il giurista cerca di "dominare" un fenomeno che rischia di travolgere e cambiare volto radicalmente al suo lavoro professionale e con ogni probabilità ad ampie porzioni della scienza giuridica, potendo sottrarre persino l'applicazione del diritto al dominio incontrastato dei giuristi<sup>7</sup>. Lo dimostrano gli sviluppi della giustizia predittiva e dell'intelligenza artificiale applicate al diritto cui oggi si guarda con sempre maggiore favore, sia per sostenere una maggiore efficienza dei sistemi giudiziari sia per superare la discrezionalità che costituisce ogni giudizio giuridico, con il rischio concreto di una compressione delle scelte interpretative e di rendere superflua l'attività di qualificazione in assenza di un testo giuridico<sup>8</sup>. Non è ancora chiaro, peraltro, quale sarà il modello giuridico di soggettività e di responsabilità civile da adottare per agenti e condotte automatizzate, nonostante alcuni timidi tentativi in seno all'Unione Europea. Inoltre, è da considerare che, al di là della dimensione informatica, il progresso in ambito medico e scientifico si è rivelato così intenso e rapido da rendere in alcuni casi legislazione e giurisprudenza anche internazionale obsolete nel volgere di pochi anni, come accaduto ad un importante caso della Corte Edu, *Evans vs. Uk*<sup>9</sup>, in materia di consenso all'impianto di embrioni fecondati. Come noto, la Corte aveva negato l'impianto di embrioni fecondati in vitro, procedimento cui la ricorrente era stata costretta a causa di trattamenti terapeutici oncologici, in considerazione della revoca del consenso da parte del marito e in virtù dell'assoluta preminenza riservata all'elemento del consenso da parte della legislazione britannica, il che aveva in buona sostanza sancito l'impossibilità per la ricorrente di diventare genitore biologico. Passati alcuni anni, l'evoluzione dei trattamenti ha fatto il suo corso ed oggi Ms. Evans è madre grazie al progresso tecnologico, nonostante la pronuncia sfavorevole.

7. Garapon, Lassègue, 2018, pp. 51-54, 91 e ss.

8. Ivi, pp. 131 e ss.

9. *Evans v. The United Kingdom [GC]*, no. 6339/05, 10 April 2007.

Il panorama giuridico qui solo tratteggiato potrebbe essere ulteriormente ampliato ma, a parziale conferma della sua rilevanza e utilità per un’attività di riflessione sulle problematiche che il diritto privato si trova ad affrontare, non è casuale che molti dei temi citati abbiano tanto occupato un giurista aperto alla dimensione culturale del diritto come Stefano Rodotà il quale, nel mettere in luce limitazioni e opportunità che il diritto offre di fronte alla varietà dei fenomeni esistenziali, aveva intuito che “la vita mette [così] in discussione un’idea monolitica del diritto”<sup>10</sup>.

Se si guarda ad un versante maggiormente interno alla scienza del diritto privato emergono fattori ulteriori, temporalmente antecedenti a quelli appena indicati. Il primo è sicuramente la perdita del centro di gravità tradizionale del diritto dell’età moderna, ossia il codice, con le implicazioni che ne derivano per l’ordinamento tradizionale del sistema delle fonti, sottoposto a forti tensioni. Anche qui i profili sono molteplici e possono essere visti sotto diversi angoli visuali. Se è dagli inizi del Novecento e in particolare da Weimar in poi che le carte costituzionali iniziano ad occuparsi in modo esplicito del diritto privato<sup>11</sup>, certamente la valorizzazione delle Costituzioni da parte della civilistica italiana ed europea è inizialmente lenta: basti qui ricordare l’esempio rilevantissimo anche per la formazione di generazioni di giuristi, delle *Dottrine generali del diritto civile* (1954) di Francesco Santoro Passarelli notoriamente indifferenti in materia costituzionale. Cionondimeno la scoperta della Costituzione è costante e nel volgere di pochi decenni diventa segno di una diversa sensibilità giuridica: il codice, infatti, disciplina e ordina i rapporti tra privati in un orizzonte temporale che agisce prevalentemente nel presente e dunque tendente alla cristallizzazione dei rapporti sociali, mentre la Costituzione si rivolge anche ad un ordine sociale futuro da realizzare. Da qui discende l’affermazione di quella costituzionalizzazione del diritto privato da realizzarsi in modo più o meno diretto a seconda delle opinioni e un’apertura necessaria alla vasta problematica dei valori costituzionali. Il codice era destinato a perdere la sua centralità anche guardando alla crescente influenza del diritto europeo in formazione e la sua vincolatività in ambiti relativamente estranei all’impianto codicistico tradizionale come il diritto dei consumatori, che acuirà quella tendenza alla cosiddetta decodificazione ossia al passaggio da stabilità e unità, almeno apparentemente garantite dalla dimensione codicistica, a movimento e frantumazione<sup>12</sup>, già in atto sul piano dei singoli diritti nazionali, oltre che alla “de-concettualizzazione” del diritto privato statuale<sup>13</sup>. Infine, la privatizzazione del diritto privato

10. Rodotà, 2006, p. 57 (parentesi quadre mie).

11. Galgano, 1983, pp. 58 e ss.

12. Irti, 1989, p. 142.

13. Gentili, 2013, pp. 227-258.

nell'età contemporanea, più che valorizzare momenti di costruzione sociale dell'autonomia<sup>14</sup>, complica ancora di più le relazioni tra diritto pubblico e privato, facendo prevalere il momento economico e la connessa esigenza di flessibilità, contribuendo allo spodestamento gerarchico del codice. Questi cambiamenti avvengono anche all'interno di una riarticolazione profonda dei rapporti tra legislazione, giurisprudenza e dottrina. Ad una legislazione nazionale frammentaria e dissestata in molti ambiti e una sovranazionale sempre più penetrante e dunque bisognosa di una non facile operazione di adattamento, si deve spesso frapporre una funzione giurisdizionale da un lato supplente per i motivi appena detti, dall'altro finalmente maggiormente consapevole del suo ruolo, seppure oscillante tra aperture valoriali e recrudescenze formalistiche. In questa dinamica la dottrina giuridica si è sentita spesso minacciata nel proprio ruolo, incerta tra l'assecondare le nuove tendenze o difendere un antico retaggio. Alle nuove istanze del diritto privato, non poteva non corrispondere anche un'interrogazione sulla tenuta dei tradizionali strumenti metodologici, in particolare di quelli attinenti al momento interpretativo eredità dell'elaborazione della scuola storica.

In questo variegato panorama giuridico di cui qui si sono mostrate solo alcune delle tante possibili evidenze, molti sono i temi e i problemi vicini alla sensibilità ermeneutica. L'ipotesi di lavoro che provo a sottoporre ad esame critico, vede nell'acquisizione definitiva della centralità dell'interpretazione nel processo di individuazione e applicazione del diritto<sup>15</sup> e dunque in ultima analisi dei processi di positivizzazione del diritto stesso<sup>16</sup>, un punto di partenza più che di arrivo per la successiva riflessione sull'argomentazione giuridica, il cui portato di innovazione metodologica è fondamentale anche da una prospettiva ermeneutica.

## 2. ERMENEUTICA E SVOLTA ARGOMENTATIVA

L'ermeneutica giuridica aveva inizialmente guardato con diffidenza, se non con spirito apertamente oppositivo, alla progressiva affermazione della teoria dell'argomentazione giuridica che, dalla fine degli anni '70 in poi, aveva trovato importanti sviluppi nei lavori di Alexy e MacCormick oltre che di Aarnio e Peczenik, fornendo la base di quella che verrà chiamata "teoria standard dell'argomentazione giuridica"<sup>17</sup>. Pur muovendo da presupposti diversi, con differenze di metodo e di opzioni valoriali che tenderanno poi a stempe-

14. Sul punto cfr. Teubner, 1998.

15. Esser, 1983.

16. Zaccaria, 1990, 207-237.

17. Atienza, 1991.

rarsi<sup>18</sup>, questo approccio all'argomentazione rivelava un comune terreno nell'utilizzo di alcuni strumenti della teoria analitica del diritto. Al riguardo è oggi ancora più significativa, formulata nel contesto di numerose cautele se non perplessità di fronte ad una teoria dell'argomentazione sviluppatasi prevalentemente in quell'ambito, l'affermazione di Arthur Kaufmann per il quale "L'ermeneutica non è una teoria dell'argomentazione, ma la stimola"<sup>19</sup>. La maggiore attenzione mostrata dalla filosofia ermeneutica per il momento interpretativo finiva per condizionare una minore diffusione delle idee relative al controllo dello stesso – in verità tema non estraneo alla sensibilità ermeneutica in particolare grazie al contributo di Esser – non suscitando così particolare interesse negli sviluppi successivi della teoria dell'argomentazione, la quale partendo dalla teoria analitica si muoveva nel solco di una prospettiva post-positivistica e contribuiva ad affermare definitivamente anche in ambito giuridico una vera e propria "svolta argomentativa", saldamente ancorata al paradigma dello stato costituzionale di diritto<sup>20</sup>. Oggi, dunque, il panorama è sensibilmente cambiato. Da un lato, teoria ermeneutica e analitica, soprattutto in Italia, hanno iniziato da tempo un processo di relativo avvicinamento pur mantenendo un'identità metodologica e culturale ben riconoscibile. Dall'altro, la posizione peculiare e la grande influenza di un autore come Ronald Dworkin, pur considerando l'evoluzione del suo pensiero, hanno fatto da tramite culturale tra approcci ed esperienze giuridiche diverse, nonostante una certa idiosincrasia dell'autore statunitense nel riconoscere fino in fondo alcuni temi del suo percorso di ricerca come chiaramente affini alla prospettiva ermeneutica.

Un possibile punto di inquadramento generale del problema è dato dal magistrale saggio su interpretazione e argomentazione di Paul Ricoeur che veniva pubblicato in traduzione italiana su "Ars Interpretandi" nel 1996<sup>21</sup>. In quel saggio Ricoeur, sviluppando una riflessione iniziata due decenni addietro in occasione del conferimento di un dottorato *honoris causa* a Lovanio<sup>22</sup>, da filosofo che si interessava in quegli anni di problemi giuridici, riusciva ad individuare in modo chiarissimo, da una prospettiva ermeneutica, quanto fosse necessaria una collaborazione filosofica tra comprendere e spiegare che andasse oltre il dibattito svolto in area germanica<sup>23</sup> e da doversi tradurre sul piano giuridico nel necessario collegamento tra interpretazione e argomentazione. Il punto di partenza della riflessione era costituito dal tentativo di pensare il

18. Notevoli sono le aperture ed i ripensamenti in chiave non positivistica degli ultimi lavori di MacCormick.

19. Kaufmann, 2003, p. 10.

20. Atienza, 2017, pp. 95-116.

21. Ricoeur, 1996.

22. Si veda anche Ricoeur, 1986, pp. 179-203, 404-407.

23. Riedel, 1989.

rapporto tra interpretazione e argomentazione non come una polarità in senso antinomico ma in una sua versione dialettica<sup>24</sup>, simile all'endiadi. In questo rinnovato modo di concepire la vicinanza tra interpretazione e argomentazione, liberata la prima da una possibile dimensione monologica e verticale intercorrente tra soggetto e testo nell'ascrizione del significato, la connessione tra i due momenti apre ad una produzione del senso pragmaticamente sviluppata nella situazione discorsiva tra due soggetti<sup>25</sup>, enfatizzando così la dimensione razionale e critica dell'argomentazione che si sviluppa nell'orizzontalità che mette in relazione due (o più) interlocutori<sup>26</sup>. Oggi questo incontro tra interpretazione e argomentazione si manifesta in una visione del diritto come pratica sociale fondata sull'esplicitazione di ragioni e su un diritto alla giustificazione quale argine all'arbitrarietà, più che come osservazione di ascrizioni di significati linguistici. È questo il frutto di una diversa possibile concezione del ruolo dell'interpretazione nello stato costituzionale di diritto, che agisce in un regime di giustificazione e di limiti all'esercizio del potere incompatibile col mero volontarismo e sostanzialmente sconosciuto nei tratti attuali allo stato legislativo di diritto.

Pur non appiattendosi totalmente sull'argomentazione<sup>27</sup>, l'interpretazione è da essa influenzata nel senso di essere espressa attraverso argomenti interpretativi che esprimono ragioni, un'attività che riprendendo un'espressione di Letizia Gianformaggio recentemente valorizzata da Isabel Lifante<sup>28</sup>, può essere definita *dianoetica* ossia fondata sul pensiero discorsivo in contrapposizione a quella *noetica* basata sull'intuizione. Non si tratta in ogni caso di proporre una sorta di "ecumenismo argomentativo" in quanto tale, pur nel necessario avvicinamento tra i due momenti: tutt'altro, l'idea è che solo una valorizzazione del momento giustificativo nel conflitto delle interpretazioni può sottrarre l'atto interpretativo ad un mero soggettivismo e spiegare anche le possibili rotture e cambi di orientamento frutto dei disaccordi giuridici che riescono a prevalere. È allora nel concepire il diritto come una pratica sociale fondata sulla cultura della giustificazione<sup>29</sup> e sullo scambio di ragioni, senza per questo obliterare l'ineliminabile aspetto intrinsecamente prescrittivo di ogni normatività e in specie di quella giuridica, che può darsi un incontro tra prospettive ermeneutiche e argomentative, in cui interpretazione e argomentazione collaborino fruttuosamente.

24. Ricoeur, 1996, p. 15.

25. Viola, Zaccaria, 2002, 101.

26. Goltzberg, 2013, p. 4.

27. Per una prospettiva che sembra invece risolvere l'interpretazione nell'argomentazione cfr. Alexy, 1996.

28. Lifante, 2018, pp. 21 e ss.

29. L'espressione è in Mureinik, 1994, p. 32.

3. IN CHE MODO TUTTO QUESTO RIGUARDA IL DIRITTO PRIVATO?

La dogmatica civilistica, di fronte a quella che è chiamata la crisi della fattispecie<sup>30</sup>, ha cercato di denunciare i problemi posti da un diritto incalcolabile il cui funzionamento sarebbe oggi in stallo, abbandonando l'illustrazione esplicita del modello di condotta perimettrato dalla regola<sup>31</sup>. Altri, come Castronovo, hanno sottolineato criticamente quanto questi processi siano anche il frutto di una certa remissività della dottrina nei confronti di una giurisprudenza sempre più invadente<sup>32</sup>. In effetti l'affastellarsi di materiali normativi in modo disordinato fa sì che per ogni caso si debba cercare il diritto destinato a regolarlo<sup>33</sup>, richiedendo così un maggiore impegno dell'interprete. È certamente vero che il diritto non può schiacciarsi esclusivamente sulle singole occorrenze casistiche rinunciando alla generalità, pena la perdita totale di presa normativa sul reale da parte della giuridicità attraverso il dissolvimento della legalità<sup>34</sup>. Partendo da queste considerazioni, l'affidamento al solo canone metodologico disponibile nei codici sembra oggi non bastare più, essendo fondato su tecniche di interpretazione che, pur essendo state affinate dai teorici del diritto nel corso degli anni, non consentono di affrontare adeguatamente il fenomeno giuridico contemporaneo. L'evoluzione non può non riguardare anche le modalità di esplicitazione del ragionamento giuridico che porta ad una crescente valorizzazione del momento argomentativo. Mi limito qui a qualche rapido e inevitabilmente parziale esempio. L'affermazione e diffusione della ragionevolezza come modello valutativo influenza il modo di argomentare nel diritto privato<sup>35</sup>. Sia che la si intenda nel solco della giurisprudenza della Corte Costituzionale, quale controllo sull'adeguatezza dei rimedi in connessione con la disciplina predisposta dal legislatore, oppure quale equilibrio solidale di interessi capace di superare le determinazioni dell'autonomia privata, si configura un'apertura al pensiero problematico più che a quello sistematico. Si consideri la più recente riflessione in tema di teoria del contratto ove la giustizia contrattuale diventa il punto focale di una discussione tra salvaguardia del rapporto sottoscritto e tutela dai concreti squilibri distributivi nell'allocazione dei beni oggetto della prestazione. Anche in questo caso, al di là della preferenza per l'una o l'altra opzione, la produzione degli effetti è legata ad un discorso più ampio rispetto alla conformità ai criteri codicistici e frutto di una maggiore attenzione al contesto<sup>36</sup>. La rilevanza della dimensione extra-testuale nella

30. Si veda il fascicolo di "Ars Interpretandi", 2019, 1.

31. Irati, 2016.

32. Castronovo, 2015, cap. II.

33. Carbonnier, 1997, p. 158.

34. Viola, 2018, p. 19.

35. Patti, 2012, pp. 19-20.

36. Calderai, 2008, pp. 426-427.

concretizzazione della decisione è allora cruciale, come dimostrano le difficoltà perduranti di definire con precisione cosa si debba intendere per interesse del minore, concetto che senza essere fatto reagire nel contesto di applicazione è destinato a non fornire indicazioni significative di sorta<sup>37</sup>. Ma si pensi qui anche all'esplicito riferimento al linguaggio del bilanciamento da parte della Corte di Cassazione quando deve stabilire la prevalenza tra diritto di cronaca e diritto all'oblio o cercare una via costituzionalmente percorribile tra la protezione dell'anonimato della madre e la tutela di diritti soggettivi anche supervenienti del figlio biologico<sup>38</sup>. Il che non significa affatto predicare la scomparsa delle regole assolutizzando indebitamente la pressione normativa del caso concreto o abdicare da una funzione critica della dottrina che oggi al contrario è particolarmente necessaria e urgente di fronte a fenomeni altamente contraddittori come l'espansione continua dei diritti e l'avanzare delle disuaglianze osservabili ad ogni livello di misurazione. Queste trasformazioni imponenti qui solo tratteggiate, nonostante le resistenze culturali di parte della dottrina, fanno sì che il discorso relativo all'applicazione del diritto si sposti sul piano dell'argomentazione<sup>39</sup>. Il che non può non implicare una riconsiderazione, da svolgere anche nell'ambito del diritto privato, del discorso intorno alla certezza del diritto, concetto che non si esaurisce nella mera prevedibilità degli esiti applicativi ma sempre più deve essere integrato e letto alla luce dei necessari processi di controllo e critica delle soluzioni adottate dal decisore, politico o giurisdizionale che sia, sancendone peraltro la responsabilità relativamente al percorso argomentativo scelto<sup>40</sup>.

#### 4. QUALCHE PROVVISORIA CONCLUSIONE

In conclusione, non si può non fare almeno un breve cenno alla dimensione spaziale del diritto oggi non più legata indissolubilmente alla statualità: nell'attuale fase storica il diritto conferisce sostanza regolativa non solo attraverso il riferimento al territorio. Le trasformazioni dello spazio giuridico – così come la sua dematerializzazione di cui è spia il passaggio verso le reti informatiche – interessano da vicino il diritto privato, anche in senso geografico. A queste aperture dovrà guardare anche una maggiore differenziazione culturale delle dimensioni interpretative e argomentative e che possano contribuire al crescente interesse per la teoria del ragionamento giuridico comparato che avrà bisogno di nuovi approfondimenti anche nella dimensione privatistica. Il ragionamento giuridico in ambito civilistico non è più oggi interamente assor-

37. Cfr. da ultimo Corte Cost. n. 32/2021.

38. Cass. SS. UU. n. 1946/2017.

39. Lipari, 2015, p. 70.

40. Cfr. Abignente, 2017; Lipari, 2015.

## RAGIONAMENTO GIURIDICO E NUOVE ISTANZE DEL DIRITTO PRIVATO

bito dalla dimensione statuale<sup>41</sup>, rappresentando un potenziale fattore di complessità cui si potrà far fronte attraverso un maggiore ricorso da parte della comunità dei giuristi e degli operatori del diritto in senso ampio agli strumenti offerti dalla teoria dell'argomentazione giuridica. Per avere un'idea delle poste non solo teoriche in gioco ci si può riferire a cosa succede in uno degli stati più rilevanti per dimensione economica e demografica. È da pochi mesi infatti entrato in vigore il codice civile della Repubblica popolare cinese<sup>42</sup>, un'importante opera di codificazione che pur innestandosi su precedenti legislazioni settoriali guarda alla tradizione europea e al diritto romano costituendo un esempio notevole di manifestazione di una statualità che nel contesto globale si pone in aperto contrasto con l'affievolirsi di quella esperienza in altri contesti. È probabile che, data l'importanza di questo evento, il panorama giuridico si arricchisca di nuovi elementi da osservare e studiare, tenendo in conto le peculiarità del sistema sociale e le ovvie differenze culturali.

Di fronte a tali sfide e cambiamenti, qui appena tratteggiati ma che investono l'intero novero dell'esperienza giusprivatistica, mi sembra si possa dire che l'atteggiamento ermeneutico che muove dal primato della domanda di senso resti di fondamentale importanza epistemologica per la comprensione delle trasformazioni del diritto privato, di cui oggi è così necessaria una discussione che sappia fornire strumenti per una rinnovata consapevolezza metodologica.

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

- Abignente, A. (2017). *L'argomentazione giuridica nell'età dell'incertezza*. Editoriale Scientifica.
- Alexy, R. (1996). Interpretazione giuridica. In *Enciclopedia delle scienze sociali* (pp. 64-71). Treccani.
- Atienza, M. (1991). *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*. Centro de Estudios Constitucionales.
- Atienza, M. (2017). *Filosofía del derecho y transformación social*. Trotta.
- Calderai, V. (2008). *Interpretazione dei contratti e argomentazione giuridica*. Giappichelli.
- Carbonnier, J. (1997). *Flessibile diritto. Per una sociologia del diritto senza rigore* (trad. it. A. De Vita). Giuffrè.
- Castronovo, E. (2015). *Eclissi del diritto civile*. Giuffrè.
- Esser, J. (1983). *Precomprendere e scelta del metodo nel processo di individuazione del diritto. Fondamenti di razionalità nella prassi decisionale del giudice* (trad. it. S. Patti, G. Zaccaria). Edizioni Scientifiche Italiane.
- Galgano, F. (1983). *Il diritto privato tra codice e costituzione*. Zanichelli.
- Garapon, A., Lassègue, J. (2018). *Justice digitale*. Presses Universitaire de France.

41. In argomento cfr. Wendehorst, 2008; Zoppini, 2020, pp. 30-36.

42. La traduzione italiana è in corso di pubblicazione per i tipi dell'editore Pacini.

- Gentili, A. (2013). *Il diritto come discorso*. Giuffrè.
- Goltzberg, S. (2013). *L'argumentation juridique*. Dalloz.
- Gordley, J. (2011). The Future of Private Law. In *The Law of the Future and the Future of Law*, edited by S. Muller, S. Zouridis, M. Frishman, L. Kistemaker (pp. 367-374). Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Irti, N. (1989). Decodificazione. In *Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile*, V vol. (pp. 142-148). Utet.
- Irti, N. (2016). *Un diritto incalcolabile*. Giuffrè.
- Kaufmann, A. (2003). *Filosofia del diritto ed ermeneutica* (trad. it. G. Marino). Giuffrè.
- Lifante, I. (2018). *Argumentación e interpretación jurídica. Escepticismo, intencionalismo y constructivismo*. Tirant lo Blanch.
- Lipari, N. (2015). I civilisti e la certezza del diritto. *Ars Interpretandi*, 2, 55-76.
- Mureinik, E. (1994). A Bridge to Where – Introducing the Interim Bill of Rights. *South African Journal on Human Rights*, 10, 31-48.
- Ost, F. (2016). *À quoi sert le droit? Usages, fonctions, finalités*. Bruylant.
- Patti, S. (2012). La ragionevolezza nel diritto civile. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1, 1-22.
- Ricoeur, P. (1986). *Du texte à l'action. Essais d'herméneutique II*. Seuil.
- Ricoeur, P. (1996). Interpretazione e/o argomentazione. *Ars Interpretandi*, I, 77-93.
- Riedel, M. (1989). *Comprendere o spiegare?* (trad. it. G. Di Costanzo). Guida.
- Rodotà, S. (2006). *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*. Feltrinelli.
- Teubner, G. (1998). "After Privatization? The Many Autonomies of Private Law". *Current Legal Problems*, 51 (1), 393-424.
- Viola, F. (2018). Una teoria deliberativa della giurisdizione? *Ars Interpretandi*, 1, pp. 13-28.
- Viola, F., Zaccaria, G. (2002). *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto*. Laterza.
- Wendehorst, C. (2008). The State as a Foundation of Private Law Reasoning. *The American Journal of Comparative Law*, 56, 567-604.
- Wieacker, F. (1980). *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* (trad. it. U. Santarelli, S. Angelo Fusco), vol. 2. Giuffrè.
- Zaccaria, G. (1990). *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*. Cedam.
- Zoppini, A. (2020). *Il diritto privato e i suoi confini*. Il Mulino.