



Accademia

Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Direttore: *Vincenzo Cuffaro*

numero **sette** Gennaio - Aprile 2025

• **CONFRONTI**

*Liliana Rossi Carleo, Aurelio Gentili, Carmelita Camardi,
Franco Trubiani, Edoardo Bacciardi, Cristiano Cicero,
Gregorio Pacini*

• **ORIENTAMENTI**

*Marco Rizzuti, Stefania Pia Perrino, Valentina Di
Gregorio, Mirko Faccioli*

• **OPINIONI**

*Cesare Trapuzzano, Rolando Quadri, Giuseppe Guizzi,
Massimo D'Auria, Roberto Carleo*

• **INTERSEZIONI**

*Gaetano Silvestri, Maria Rosaria Ferrarese, Marco
Ruotolo, Mauro Grondona*

• **OSSERVATORI**

Florence George

Direttore editoriale/Editor-in-chief:

Vincenzo Cuffaro – Università di Roma Tre

Vicedirettore/Deputy director:

Claudio Scognamiglio – Università di Roma Tor Vergata

Comitato Editoriale/Editorial Board:

Giuseppe Amadio – Università di Padova

Maria Astone – Università di Messina

Angelo Barba – Università di Siena

Francesca Bartolini – Università Link di Roma

Elena Bargelli – Università di Pisa

Ettore Battelli – Università di Roma Tre

Elena Bellisario – Università di Roma Tre

Claudia Benanti – Università di Catania

Valentina Calderai – Università di Pisa

Carmelita Camardi – Università Ca' Foscari di Venezia

Francesca Cristiani – Università di Pisa

Massimo D'Auria – Università di Siena

Tommaso dalla Massara – Università di Roma Tre

Andrea Dalmartello – Università di Milano Statale

Matteo Dellacasa – Università di Pavia

Valentina Di Gregorio – Università di Genova

Chiara Favilli – Università di Pisa

Fulvio Gliotti – Università Magna Graecia di Catanzaro

Mauro Grondona – Università di Genova

Enrico Minervini – Università di Napoli Federico II

Filippo Nappi – Università di Napoli Parthenope

Riccardo Omodei Salè – Università di Verona

Stefano Pagliantini – Università di Siena

Teresa Pasquino – Università di Trento

Enrico Quadri – Università di Napoli Federico II

Francesco Ricci – Università LUM G. Degennaro

Nicola Rizzo – Università di Pavia

Francesco Sangermano – Università di Roma Tor Vergata

Pietro Sirena – Università Bocconi di Milano

Anna Scotti – Università di Napoli Federico II

Comitato di Redazione/Editorial Staff:

Edoardo Bacciardi – Università di Pisa

Anna De Bellis – Università Ca' Foscari di Venezia

Guglielmo Bevivino – Università di Milano Bicocca

Luigi Buonanno – Università Bocconi di Milano

Francesca Cerea – Università di Bergamo

Francesca Degl'Innocenti – Università eCampus

Martina D'Onofrio – Università di Milano Bicocca

Andrea Maria Garofalo – Università di Trento

Donato Maria Matera – Università LUM G. Degennaro

Mario Natale – Università di Foggia

Susanna Sandulli – Università di Roma Tre

Daniela Santarpia – Università di Siena

Elisa Stracqualursi – Università di Pisa

Franco Trubiani – Università di Napoli Parthenope

Comitato dei Garanti per la valutazione scientifica/Referee Committee:

Guido Alpa – Università di Roma La Sapienza

Aurelio Gentili – Università di Roma Tre

Gianni Iudica – Università Bocconi di Milano

Valutatori/Referee

Giorgio Afferni (Università di Genova) – Enrico Al Mureden (Università di Bologna) – Francesco Astone (Università di Foggia) – Alberto Maria Benedetti (Università di Genova) – Roberto Bocchini (Università di Napoli Parthenope) – Fabio Bravo (Università di Bologna) – Iliaria Amelia Caggiano (Università di Napoli Suor Orsola Benincasa) – Giovanna Capilli (Università telematica San Raffaele, Roma) – Cristina Caricato (Università di Roma La Sapienza) – Donato Carusi (Università di Genova) – Cristiano Cicero (Università di Cagliari) – Claudio Colombo (Università di Sassari) – Maria Vita De Giorgi (Università di Ferrara) – Luca Di Donna (Università di Roma La Sapienza) – Paolo Gaggero (Università di Roma La Sapienza) – Claudia Irti (Università Ca' Foscari di Venezia) – Andrea Nervi (Università di Sassari) – Fabrizio Piraino (Università di Palermo) – Massimo Proto (Università Link di Roma) – Rolando Quadri (Università di Napoli Federico II) – Giorgio Resta (Università di Roma Tre) – Liliana Rossi Carleo (Università di Roma Tre) – Roberto Senigaglia (Università Ca' Foscari di Venezia) – Michele Sesta (Università di Bologna) – Sara Tommasi (Università del Salento) – Stefano Troiano (Università di Verona).

I contributi sono sottoposti alla procedura di revisione anonima (*single blind peer review*) nel rispetto dei criteri indicati nel vigente Regolamento Anvur.

© Copyright 2025 – Accademia Rivista dell'Associazione Civilisti Italiani

Iscrizione al R.O.C. n. 6269

Rivista online in open access periodicità quadrimestrale
ISSN 2974-8755

Direzione e Redazione:

Roma

Produzione e distribuzione

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

Sommario p. 5

CONFRONTI

- LILIANA ROSSI CARLEO, Guido Alpa e i 20 anni del Codice del consumo | *Guido Alpa and the 20th Anniversary of the Consumer Code* » 7
- AURELIO GENTILI, Andrea Belvedere, ovvero dell'analisi fine del diritto civile | *Andrea Belvedere, or the fine analysis of private law* » 13
- CARMELITA CAMARDI, Verso un modello europeo di responsabilità civile? | *Towards a European model of civil liability?* » 19
- FRANCO TRUBIANI, I “tipi” di consumatore tra categorie tradizionali e nuove qualificazioni | *Types of consumer between traditional categories and new qualifications* » 43
- EDOARDO BACCIARDI, La Corte di giustizia e il consumatore euristico: (non) tutto ciò che è reale è razionale | *The ECJ and the heuristic consumer: what is real is (not necessarily) rational* » 63
- CRISTIANO CICERO, Per una rinnovata successione necessaria | *In favour of a renewal of the necessary succession* » 87
- GREGORIO PACINI, Riflessioni sulla proposta di riforma in ordine al sistema di tutela dei legittimari | *Reflections on the proposed reform regarding the system of protection of forced heirs* » 97

ORIENTAMENTI

- MARCO RIZZUTI, La successione necessaria al cospetto della Corte EDU | *Reserved shares of inheritance and the European Court of Human Rights* » 117
- STEFANIA PIA PERRINO, Responsabilità sanitaria e copertura assicurativa: le polizze conformi a d.m. 232/2023 e l'autoassicurazione ospedaliera | *Medical Malpractice and Insurance: Decree no. 232/2023-Compliant Insurance Policies and Hospital Self-Retention* » 125

VALENTINA DI GREGORIO, Circolazione dei dati e innovazione tecnologica <i>Data circulation and technological innovation</i>	»	145
MIRKO FACCIOLI, Criterio di imputazione e risarcimento del danno nella responsabilità civile per illecito trattamento di dati personali <i>Criterion of imputation and compensation in civil liability for unlawful processing of personal data</i>	»	167

OPINIONI

CESARE TRAPUZZANO, La rinuncia abdicativa della proprietà immobiliare all'esame delle Sezioni unite <i>The abdicative renunciation of ownership under examination by the Supreme Court</i>	»	197
ROLANDO QUADRI, Il notaio e la rinuncia alla proprietà immobiliare <i>The notary and the renunciation of the real estate property</i>	»	215
GIUSEPPE GUIZZI, Chiose a margine di un seminario sulla rinuncia alla proprietà immobiliare aspettando le Sezioni Unite <i>Notes from a seminar on giving up real estate ownership pending the decision of the United Sections of the Italian Supreme Court</i>	»	225
MASSIMO D'AURIA, Sulla tutela dei creditori particolari del legittimario pretermesso <i>On the protection of the pretermitted heir's creditors</i>	»	237
ROBERTO CARLEO, Abuso del farmaco e responsabilità del produttore per difetto di informazione <i>Drug Abuse and Producer's Liability for Defective Information</i>	»	253

INTERSEZIONI

GAETANO SILVESTRI, Drittwirkung	»	279
MARIA ROSARIA FERRARESE, Il diritto privato e il suo ruolo nelle tecniche di governo "alternative" <i>Private law and its role in 'alternative' governance techniques</i>	»	293
MARCO RUOTOLO, Il potere, tra pubblico e privato <i>Public and private: the definition of power</i>	»	305
MAURO GRONDONA, Vittorio Colesanti e l'eterno ritorno della giurisprudenza creativa (tra consapevolezza storica e fiducia ordinamentale) <i>Vittorio Colesanti and the eternal return of creative jurisprudence (between historical awareness and legal confidence)</i>	»	317

OSSERVATORI

FLORENCE GEORGE, La réforme du droit de la responsabilité civile extra-contractuelle en Belgique | *The reform of extra-contractual civil liability law in Belgium*

» 325



Vittorio Colesanti e l'eterno ritorno della giurisprudenza creativa (tra consapevolezza storica e fiducia ordinamentale)



Mauro Grondona

Prof. ord. dell'Università di Genova

SOMMARIO: 1. 1. Premessa: il senso di un pessimismo, che in realtà è realismo storicista.
– 2. Svolgimento: la creatività giurisprudenziale quale volto ordinamentale della contemporaneità globalizzata.

1. Premessa: il senso di un pessimismo, che in realtà è realismo storicista

Desidero qui almeno segnalare un volume recentissimo¹, che molte idee e riflessioni di primaria importanza per il giusprivatista, e in generale per il giurista, contiene.

Non posso dire di averlo letto parola per parola, ma ho fatto del mio meglio per imparare da esso il più possibile, e comunque per pensare e ripensare, grazie a esso, a quegli aspetti (come, appunto, il problema/non problema della giurisprudenza creativa, ovvero, vorrei dire, il problema del decidere, che è sempre un prendere posizione rispetto al proprio tempo storico e dunque è sempre un atto politico, che lo si voglia o no – e con buona pace di chi sia convinto del contrario) che, in chiave tanto metodologica quanto ideologica, stanno oggi (meglio: stanno di nuovo oggi) all'attenzione di tutti noi, nell'epoca dell'urgenza della deliberazione e della decisione (e forse nell'urgenza del vivere, da cui l'urgenza del pensare), che come tale è in fisiologica e radicale opposizione con la pervasiva ansia (ansia tipicamente piccolo-borghese, vorrei direi, che teme l'incertezza e l'incognita – atteggiamento supremamente antiliberali), del legislatore, di regolare, sempre e il

¹ COLESANTI, *Scritti scelti*, III, Napoli, 2025.

più possibile (cfr. 384, in dialogo con Paolo Grossi: all'auspicata, da quest'ultimo, deposizione del legislatore – rispetto alla quale Colesanti si dichiara scettico – non resterebbe, però, io direi, un irrealistico vuoto, ma il pieno ordinamentale, che non coincide affatto con quella pienezza normativista così tipica dell'iperattivismo patologico del legislatore della contemporaneità, al traino, anzi prigioniero, di una inarrestabile complessità che esprime anche una condivisibile forma di universalismo, o quantomeno di transnazionalismo, a tutto vantaggio di un'idea di giustizia non ristretta in termini nazionali, ma il più possibile estesa, e quindi socialmente radicata, e come tale argomentativamente forte: cfr. il rilievo a 408, a proposito delle ricerche di Gorla, e il pensiero va subito al criterio da lui assai valorizzato della *communis opinio totius orbis*).

La società complessa (perché globalizzata, e dunque grazie alla globalizzazione: cfr. ancora 384) è tale, e può essere beneficamente tale, solo a partire da quelle regole semplici (cfr. 384-385) per un mondo complesso, che richiamano alla mente l'Epstein del 1995 (il quale è poi tornato sul tema, per una rinnovata difesa della tesi, nel 2023): una semplificazione delle regole che necessariamente passa per un'ampia fiducia riposta soprattutto nelle clausole generali (e sarà allora opportuno ritornare, tanto in chiave retrospettiva che prospettica, sulla celebre prolusione maceratese di Rodotà), l'ambito nel quale la creatività giurisprudenziale trova il suo regno (così, e senza alcuno scandalo, a 396; del resto, e come ovvio, la forza creativa della giurisprudenza c'è sempre stata e sempre ci sarà: 395), affidandosi alla forza euristica del 'tentativo ed errore' e alla velocità delle trasformazioni così tipica degli ordini spontanei (*genus* cui ricondurre, hayekianamente, gli ordini giuspolitici liberaldemocratici).

Sono dunque molti gli insegnamenti, o comunque le riflessioni, che appunto spontaneamente (e a largo spettro) nascono leggendo, o quantomeno scorrendo con attenzione, queste pagine.

Intanto, direi, emerge e si rafforza la convinzione che ci troviamo di fronte a un tema (il diritto, nella sua massima estensione e espansione, e dunque nella sua complessità, rispetto al quale, ha detto bene Guido Alpa, 'tutto si tiene'²; e queste pagine di Colesan-

² Lo ricorda ora, opportunamente, Paolo Gaggero, in un'intervista dedicata al ricordo del suo maestro accademico: *In ricordo del Prof. Guido Alpa: Maestro del diritto civile italiano. Intervista al Prof. Paolo Gaggero*, 5 aprile 2025, https://www.dimt.it/news/in-ricordo-del-prof-guido-alpa-maestro-del-diritto-civile-italiano-intervista-al-prof-paolo-gaggeroprofessor-gaggero-potrebbe-condividere-con-noi-il-suo-ricordo-del-prof-guido-alpa-omettero-l/?fbclid=IwY2xjawJedbNleHRuA2FlbQIxMQABHgFQ97N47H_x7Z_Q-_dHk2S4eHyeOQBgzHrdT0AYNqXn3IiDQJ9L18nuPGc_aem_uUpWjqPjNvc4A-SEopomVrA: «Il metodo di Guido Alpa era congeniale a una tale concezione e alla sua indole, a quella spiccata intelligenza del fatto, apertura agli altrui discorsi e flessibilità cognitiva altrettanto accentuate che ho ricordato. "Nel diritto tutto si tiene" era una sua frase ricorrente, a significare che lo intendeva come una sovrastruttura consistente nel risultato di una costruzione sociale: complessa; ingente; edificata su precedenti insediamenti di varia natura e variamente accumulatisi nel corso del tempo; temporanea, contingente, tendente al perenne divenire sotto la spinta di forze provenienti dall'esterno con cui conversa, segnatamente delle mutazioni economico-sociali e dei connessi interessi, di quelli tempo per tempo prevalenti, che implicano la storicità del diritto

ti rafforzano una siffatta idea, nel segno di una fiducia razionale che sempre prevale sul pessimismo, come appunto sto per dire) che favorisce l'ottimismo di Colesanti, velato da un pessimismo che a me pare solo di facciata (dico, se non altro, il pessimismo metodologico, più apparente che reale, appunto).

Non avendo mai incontrato la persona, mi guardo bene, ovviamente, dal tentare azzardi psicologistici³, ma leggendo queste pagine traggio con una certa nettezza l'impressione che, almeno come giurista, il suo pessimismo (la parola, se non ricorrente, certo in queste pagine è presente) fosse, a veder meglio, una forma di realismo critico, ovvero frutto di un accertamento della realtà (una realtà storica, e appunto sempre in movimento) che non fa però cessare la materia del contendere, perché il problema (alla fin fine) è sempre quello dell'adeguamento del diritto alla società (e non viceversa), e quindi si tratta di dare per presupposta del lavoro e nel lavoro (teorico e pratico) del giurista una tensione che può anche sfociare in una dialettica della contraddizione, la quale, però (e se accade), non mi pare sia un male – e comunque si tratta di una tensione che non risulta superabile.

Ecco perché la felice formula del 'tutto si tiene' (che non può e non deve certo subire la banalizzazione del 'tutto comprendere per tutto perdonare' – formula quantomai antistorica, laddove il giurista, come il filologo, secondo l'insegnamento di Giorgio Pasquali, dev'esser 'fradicio di storicismo', come del resto lo fu il nostro indimenticabile Tullio Ascarelli, che richiamo fin d'ora in previsione di un rilievo che farò più avanti), a mio avviso, si adatta molto bene, in chiave metodologica, anche a Vittorio Colesanti: il 'tutto si tiene' significa che il giurista deve evitare il rischio di trasformarsi, per ragioni ideologiche o metodologiche, in oppositore della realtà (dico della realtà, appunto: non dell'uso del mondo, ma del divenire della storia – che è cosa assai diversa: il primo induce, o può indurre, all'accidia; il secondo è l'unico veicolo di comprensione, e il rifiuto della dimensione della storicità comporta sempre l'impossibilità della comprensione: atteggiamento da rifiutarsi, almeno in sede scientifica⁴).

vigente e vivente, la collocazione della norma giuridica in una dimensione storica definita, che ne negano l'immutabilità. Quella stessa frase era altresì sintesi dell'articolazione del metodo di Guido Alpa, inclusiva della prospettiva esegetica, concettuale, storica, comparatistica, interdisciplinare con riguardo all'analisi giuseconomica, sociologica, antropologica, e così via. Nella visione giusrealistica di Guido Alpa i metodi confluiscono in una *koiné*, in seno alla quale si può tutt'al più ritenere che il giurista di diritto positivo non possa esimersi dalla coltivazione del metodo ermeneutico».

³ Claudio Consolo, che lo ha conosciuto assai bene, al di là del pessimismo («innegabile pessimismo»), attesta altresì «[h]umour trattenuto, verticalità storica, libertà non solo di stile e di espressione linguistica, più di un filo di rara (allora come oggi) eccentricità, vastità di campo di osservazione, e di sentire, e pur qualche vezzo e affezione [...]»: CONSULO, *Vittorio Colesanti: pro memoria nostra di un time of gifts*, in *Riv. dir. proc.*, 3/2023, 1193 ss., a 1194 (e la frase virgolettata qui sopra si legge a 1198).

⁴ Sovviene alla memoria una famosa pagina recensoria di Arnaldo Momigliano, il quale, appunto recensendo i 'Principi' di Fritz Schulz (usciti nel '34: e vale allora la pena di notare che Momigliano, senza infingimenti, scrivendo egli nel '35, attesta l'opposizione di Schulz, ovviamente sul

Questo rifiuto della realtà (anche la peggiore, soggettivamente e ideologicamente; ma il giurista, come diceva, non a caso, un Satta non più giovane e ormai in diretta contrapposizione con il suo tempo storico – e in questo senso, io direi [ma il tema potrà essere sviluppato altrove, o da altri], si comprendono le ragioni della sua caparbia volontà, appunto, di non comprendere, avendo egli trovato, e in quel momento solo all'interno della sua dimensione esistenziale, solo fatto privato, la via di salvezza nella letteratura, che è un sublimare e quindi un trascendere, anche non religiosamente, beninteso, ma pur sempre spiritualmente –, deve sempre leggere il giornale, che è un altro modo per vivere nel tempo, e il tempo, in questo senso, e necessariamente, è un eterno presente soggettivo, cioè della soggettività individuale); questo rifiuto della realtà da parte del giurista – dicevo – è metodologicamente ancora più grave, se compiuto dalla giurisprudenza, perché, in questo modo, si assiste a una delegittimazione sociale, e, io direi, necessariamente anche politica, della giurisprudenza. A che serve una giurisprudenza (ma anche una dottrina giuridica, olisticamente considerata) ribelle contro il proprio tempo, per ragioni tanto ideologiche quanto metodologiche? A nulla. La giurisprudenza, come il diritto, non può che seguire la via del realismo. La contestazione del presente, quale atto, azione, programma intellettuale, va semmai attribuita ai chierici di bendaiana memoria, i quali rifuggono il senso pratico e sono dediti a un'astrazione, racchiudendo il reale in un ideale e rifiutando il razionalismo utilitaristico⁵.

2. Svolgimento: la creatività giurisprudenziale quale volto ordinamentale della contemporaneità globalizzata

Al fondo della questione c'è la misura, ovvero l'unità di misura, della creatività giurisprudenziale, ovvero ancora, c'è l'esigenza di fissare il limite di una creatività, che può pur diventare arbitrio. Per contrastare l'arbitrio senza sconfessare la creatività, occorre un rafforzamento teoretico, io direi, e non solo empirico (che del resto c'è da tempo ed è in espansione); un rafforzamento teoretico che consiste nell'andare alla ricerca delle ragioni legittimanti tale creatività, ovvero creazionismo – che non è un male in sé –, senza limitarsi alla constatazione di un mero fatto, ovvero senza limitarsi a uno scandaglio fe-

piano scientifico-culturale, attraverso il proprio lavoro intellettuale, al nazionalsocialismo, osservando: «[I] fatto è troppo sintomatico perché possa essere taciuto»), insistette circa il «bisogno che tra storici del diritto romano si sente, in Italia come fuori, di uscire dall'analisi delle singole istituzioni per comprendere i principi stessi del diritto e i fenomeni politici, etici, sociali che stanno alla loro base»: MOMIGLIANO, *Decimo contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, ed. a cura di R. Di DONATO, t. II, Roma, 2012, 485 ss., a 485 (e la frase virgolettata qui sopra si legge a 486).

⁵ BENDA, *Il tradimento dei chierici. Il ruolo dell'intellettuale nella società contemporanea*, Torino, 1958, e ivi l'eccellente introduzione di S. Teroni Menzella, VII ss., qui spec. XIV-XV. Peraltro, l'attuale momento storico sembra richiamare con forza l'attenzione su questo autore, del quale non va dimenticato *Le democrazie alla prova. Saggio sui principî democratici*, Torino, 1945.

nomenologico dei molti frutti del creazionismo giudiziario prodottisi, ormai da decenni, nel vasto (e forse non in eccellente salute, oggi) mondo della società aperta.

Del resto, il tema della effettività della tutela non è certamente respinto da Coesanti (ad es., 4); del resto, non solo la legge, ma legge e *officium iudicis* concorrono, da sempre, alla formazione del diritto (5), e le proporzioni quantitative tra i due apporti (della legislazione e della giurisdizione) sono ovviamente il prodotto del contesto e dunque della storia (il che non allarma, ma semmai impone agli osservatori la massima sensibilità storicistica).

Su tale aspetto si innesta bene, mi pare, una connessione, o un raffronto parallelo, tra trasformazione e progresso.

In questo senso. Scrive Coesanti (23-26) che 'progresso' è parola abusata (e va bene: non è il primo e non sarà l'ultimo a dirlo). Ma egli soprattutto si interroga sulle ragioni che lo portarono ad abbandonare la musica e a vocarsi al diritto processuale civile, emergendo, così, «come le in sé complicate e abbastanza noiose regole "tecniche" eran però funzionali ad assicurare "valori" profondi [...]» (24), appunto tramite il processo, necessario, anzi indispensabile, perché «finalizzato a dar "vita effettiva" a quanto dettato a presidio di ogni convivenza civile» (25), ovvero la giustizia (che non è poco, come ognuno vede, al di là di ogni pessimismo: di partenza, mediano, di arrivo). Ancor di più e ancor più nettamente: «Il processo appariva come vitalità dinamica; il "divenire" per approdare infine all'"essere", alla stabilità, alla certezza delle relazioni umane» (25).

Certezza e stabilità, sì; ma la certezza e la stabilità del processo non è la certezza e la stabilità del diritto, né, tantomeno, della società. Il processo è uno strumento di giustizia; è uno strumento ordinante, perché la discussione intorno a un conflitto tra interessi, prima o poi, deve terminare.

Ma l'ordine raggiunto tramite il processo non è l'ordine sociale, e neppure l'ordine giuridico. È quel frammento d'ordine che non è rinuncia all'incessante divenire della realtà, e quindi all'incessante necessità di una continua ricerca dell'ordine, che in questo senso è sempre parziale e sempre provvisorio (pur se definitivo, rispetto a quei frammenti di realtà assorbiti dalla lite e dalla cosa giudicata): e mi permetterei di dire (traendo spunto, e un poco enfatizzandolo, da un rilievo che si legge a 26) che, in Coesanti, la concezione fortemente strumentale del processo ha agito più nella dimensione della procedura civile che non del diritto processuale civile, inteso quale costruzione concettuale fin troppo raffinata del processo: raffinatezza, che, del resto, Coesanti indica tra le cause del fallimento pratico-operativo del processo (una disciplina del processo troppo raffinata, infatti, commette l'errore di volersi rivolgere «a operatori "ideali", senza [tenere] adeguato conto della realtà, a volte anche meschina, dei comportamenti umani»: 26). Questo è un aspetto in cui, singolarmente, l'amplissima esperienza pratica a nostra disposizione sembra aver avuto, e avere, troppa poca voce in capitolo, eppure il processo, se è uno strumento, deve funzionare come tale. Non credo sia del resto un caso che spesso Coesanti plauda alla diffusa ragionevolezza, di un provvedimento giudiziario, di un'opinione dottrinale, di un intervento legislativo. Diffusa ragionevolezza, ovvero il «buon senso, avrebbe detto ai suoi tempi Carnelutti, che lo elevava a dote essenziale di ogni operatore giuridico!» (61; e cfr. allora anche 331: «[Q]uel buon senso che, al di là di

ogni pur sofisticata teorizzazione, ai suoi tempi anche Carnelutti elevava a supremo canone interpretativo-applicativo di ogni raffigurazione giuridica»).

Il che significa altresì (cfr. 141, ove un richiamo simpatetico a Denti e a Cappelletti: del resto, leggendo ad es. la recensione di Carnelutti al capolavoro di Cappelletti sulla testimonianza della parte – nella ‘Processuale’ del 1959, I, 610-611: mezza pagina esatta di lodi puntualissime: libro scientificamente onesto; libro chiaro; libro appassionato, «e la passione non è quella dei concetti, ma degli istituti, ossia della loro rispondenza a ciò che il processo deve essere, un mezzo per servire la giustizia. Chiovena, se ancora vivesse, ne sarebbe felice [...]», 610 –, non ci si può forse stupire se poi Coesanti, nella ‘Processuale’ del 1969, I, 289-291, recensendo, ancora di Cappelletti, il celebre e molto discusso ‘Processo e ideologie’, Coesanti non si mostra per nulla critico; e soprattutto colpisce l’aperto apprezzamento per l’aver condotto, Cappelletti, un’analisi in termini di politica del diritto. Scrive Coesanti, in termini veramente lusinghieri anche per il termine di confronto, che, «come in tempi ormai lontani la “critica del pensiero giuridico processuale” era divenuta per James Goldschmidt una “critica del pensiero politico” [...], così per il C. lo studio di alcuni fra i temi centrali del processo si è venuto trasformando in un esame appassionato della stessa realtà sociale in cui il processo è chiamato ad operare, e della quale rappresenta una componente essenziale»: 290); ma dicevo: l’apprezzamento della ragionevolezza, ovvero del buon senso, significa, in chiave metodologica, tenere a distanza di sicurezza la dogmatica tradizionale, e invece considerare il processo (e dunque il diritto) almeno un po’ (o soprattutto) quale fenomeno sociale, altrimenti la concezione strumentale viene abbandonata, con grave danno di quella forma di ordine che senza dubbio è la costante ricerca di giustizia nelle cose e nel mondo (del resto, il titolo di un libro piuttosto noto un tempo – scritto da un giurista che in Italia fu filosofo del diritto; che subì l’infamia delle leggi razziste del 1938; che avrebbe potuto, allievo e amico di Calamandrei e assai stimato da Carnelutti, divenire processualista; che morì giovane, nel 1946; che venne ricordato con affetto e ammirazione da Andrioli, nella ‘Processuale’ del 1947, I, 65; che negli Stati Uniti, i quali salvarono lui e la sua famiglia, divenne un convinto *legal realist* – non a caso suona così: ‘Il diritto come volontà costante’; e Pekelis oppone ivi al *fiat iustitia, pereat mundus*, il *fiat iustitia, et mundus florebit*).

Da questo punto di vista, tanto il panprocessualismo quanto il dogmatismo formalistico (o il formalismo dogmatico) sono nemici del processo perché sono nemici della giustizia. Laddove, la migliore amica della giustizia, nel processo e nel diritto, è l’argomentazione giuridica, che soprattutto significa (almeno oggi) trasparenza argomentativa (una trasparenza, che, certo, non può andare sempre d’accordo con il principio di sinteticità), e che significa (per riprendere un tema che si pensava ormai archiviato ma che, invece – come anche molto altro –, sta tornando d’attualità: alludo all’analisi della motivazione, onde distinguere ciò che è *ratio* da ciò che *obiter*; alludo alla distanza di sicurezza che sempre bisogna tenere rispetto alle massime; alludo, in sintesi, alla lezione di Gino Gorla, anch’essa da riprendere e da rivitalizzare) non nascondere nulla di quanto sia utile al lettore per comprendere il ragionamento dello scrittore, nel presupposto che, dove non si comprende, perché c’è una lacuna, o un’affermazione ambigua, o un salto logico, o un occultamento semantico, lì c’è un difetto di ragionamento, perché c’è oscurità di pensie-

ro (cfr. infatti quanto Colesanti scriva a 302, in nota 1, rievocando Liebman), e quindi di motivazione (e cfr. allora 408).

È un altro aspetto decisivo, questo, e che sottolineo perché io vorrei cercare di sottrarre Colesanti al tentativo (e alla tentazione), che è stato e che sarà di molti, di annoverarlo troppo velocemente tra i critici del 'creazionismo giuridico'. La sua linea di condotta metodologica e intellettuale, direi senza esitazioni, è quella del dare il più solido fondamento possibile di razionalità e di coerenza alle conclusioni raggiunte (dal giudice, certo, ma da ogni autore giuridico: cfr. infatti quanto egli osserva a 302-302, e che io ho qui ripreso pressoché alla lettera). La motivazione trasparente è certamente prodroma alla giustizia della decisione, posto il «primato della "giustizia della decisione", come obiettivo da perseguire per ogni vicenda giunta al vaglio giudiziale; quello ha da essere il parametro di riferimento per l'attività di ogni giudicante, tale da giustificare anche ogni iniziativa officiosa» (303).

Diffusa ragionevolezza, buon senso; alla fine (e lo scrive Colesanti, 305) tutta la questione (tra cui quella, assai *vexata*, della concezione pubblicistica o privatistica del processo, con gli orientamenti e disorientamenti che ognuna di esse fa sorgere e porta con sé) si riduce a un problema di equilibrio, posto che ciò che è riconducibile al processo e alle sue regole non può che tendere alla giusta decisione. Di qui la necessità di quell'equilibrio che certo significa anche sensibilità storica, ovvero necessità di adeguare il mezzo (che deve variare, nel suo contenuto) al fine – ovvero la giustizia –, che, invece, come scoglio 'immoto resta, contra i venti e la tempesta'.

Ritorna qui il tema della motivazione, e in particolare dell'argomentazione, che è poi l'unico strumento per smascherare (e smascherarne) l'arbitrio: sul punto, Colesanti richiama un passo di Josef Esser, il quale (nel 1956) metteva in guardia contro l'*ethos* del giudice e contro l'*aequitas*, e a partire da tali rilievi Colesanti riafferma «il primato del momento normativo di cui la decisione "giusta" deve essere specchio» (307; Colesanti, *ivi*, in nota 3, richiamando appunto Esser, adotta accenti profondamente ascarelliani, e così, se nel testo è, o appare essere, normativista, in nota risulta più dubbioso, sicuramente e beneficamente relativista, ovvero storicista, appunto rilevando che gli argomenti e i problemi su cui Esser si sofferma «paion rinnovarsi, restando alla fine sempre gli stessi, pur nel continuo volgere dei tempi e nella diversità delle metodologie interpretative via via affermatesi»; affermazione che, sbagliero, ma a me pare sia un altro modo per dire che la giustizia della decisione – una giustizia storicamente determinata – rimane l'obiettivo, non solo del processo, ma del diritto in quanto istituzione, e che, per conseguire tale risultato, le argomentazioni giuridiche vanno filtrate alla luce del contesto; non è una sconfessione *tout court* del diritto positivo, naturalmente, ma è l'accettazione della necessità di un costante adeguamento del diritto positivo, tra l'apporto *ope codicum* e l'apporto *ope ingenii*, e dunque è l'accettazione, e anzi la valorizzazione, del diritto vivente).

Momento normativo o momento ordinamentale? Normatività o 'ordinamentalità'? Non sono affatto la stessa cosa, e il diritto della contemporaneità è un diritto più ordinamentale che normativo, ovvero ordinamentalmente normativo, il che significa che, *ope argumentationis*, la disposizione, la norma, la regola, è letta, riletta, costruita, adattata,

applicata, in ragione del contesto socio-giuridico che poi l'accoglierà, perché il sistema giuridico è variabile dipendente del contesto socio-giuridico, e non viceversa.

Tutto ciò, sempre all'insegna del massimo equilibrio, che, a ben vedere, è anche un nobile modo per rispettare e anzi onorare lo Stato di diritto, come, mi pare, ben emerge dal seguente rilievo: «Quello che si è chiamato "intervento giudiziale" anche modificativo-correttivo di quanto pur frutto di autonomia privata (nella sfera ad essa riservata) non ha da stupire più nessuno, non fosse che perché talora è la stessa legge a prevederlo. Non mette nemmeno conto di menzionare ad es. il potere di riduzione della pur pattuita penale che sia ritenuta eccessivamente gravosa, rispetto al che l'unico interrogativo da porsi è se vi possa provvedere il giudice *ex officio* (come non molti anni addietro ritenuto da una pronuncia variamente commentata) ovvero solo in grazia dell'iniziativa di chi vi abbia interesse» (307, nota 4).

Uno Stato di diritto che, oggi, è, e soprattutto può essere, tale all'interno di una prospettiva che sia autenticamente ordinamentale, e non già (spesso angustamente) normativa. Il che, in parte, è una constatazione; ma in parte è un programma di lavoro.

Per questo lavoro, l'opera di Vittorio Colesanti è senza dubbio una guida proficua, soprattutto perché esprime con nettezza una visione delle 'cose giuridiche', volendo imprimere a esse una direzione. E ciò è un gran pregio, all'insegna, ancora una volta, della trasparenza argomentativa (cioè metodologica e ideologica).