Indice

Una breve prefazione: contro un diritto senza storia e senza perché 13

Capitolo I
Diritto e Giustizia: all'origine della deliberazione del senso

1. La definizione di diritto e le sue contraddizioni 21
2. Il sistema delle fonti e la sua ambiguità 25
3. All'origine dell'ambiguità del diritto: il diritto tra legge e giustizia 32
4. Necessità e artificio nel diritto 34
5. Universalità e decisione politica nel diritto 35
6. L'arbitraria universalità della giustizia e la storicità dei valori che essa compendia 37
7. La mutevolezza dei valori e la loro stabilizzazione attraverso il diritto 41
8. La decisione dell'ordine e l'istituzione del diritto nella teoria giuridica 42
9. Lo scarto del diritto e la giustizia come critica della Legge 44

Capitolo II
Il diritto come tecnica e come sistema

1. Diritto, sistema e stabilizzazione della misura 47
2. Sistema giuridico e strategia normativa 49
3. Struttura delle norme e funzioni del sistema giuridico: codice binario, logica immunitaria e programmi condizionali 52
4. Sistema giuridico e ordine sociale: sistemi giuridici chiusi e sistemi giuridici aperti 58
5. Il diritto moderno come sistema giuridico chiuso 62
6. Autonomia e autofondazione del diritto moderno e ruolo del giudice 65

Capitolo III
La formazione storica del diritto moderno

1. Il carattere dei sistemi giuridici e l'alternativa tra giusnaturalismo e positivismo 67

2. Dall'ordine naturale oggettivo all'ordine naturale soggettivo: i diritti innati e l'annuncio del diritto moderno 69
3. Dal diritto naturale soggettivo al moderno diritto positivo generale e astratto 70
4. L'emancipazione dell'ordine giuridico positivo dall'ordine naturale soggettivo 72
5. L'emancipazione del diritto positivo dall'idea di giustizia 72
6. L'interpretazione giusnaturalistica del diritto positivo, la Dogmatica delle essenze giuridiche e il problema della legittimazione del potere normativo 75
7. Dal Sistema organico delle relazioni della vita al Movimento per il diritto libero: il mondo irrompe nel diritto 79
8. Il positivismo giuridico emancipato e il Formalismo giuridico 81
9. Il diritto, la Modernità e i processi di differenziazione e secolarizzazione del sistema giuridico 83

CAPITOLO IV
Il diritto moderno come diritto formale: il "diritto eguale" e la sua *ratio* materiale

1. Il formalismo come carattere proprio del diritto moderno 85
2. Il senso materiale del diritto formale: il progetto sociale del diritto moderno 86
3. Autofondazione del diritto moderno, primato della Legge e Stato di diritto 88
4. Autonomia del diritto, astrattezza e generalità delle norme, eguaglianza e libertà del soggetto ed economia di mercato: il *diritto eguale* della Modernità 91
5. Eguaglianza dei soggetti e diversità dei possessi: il presupposto implicito del sistema giuridico moderno 93
6. Razionalità giuridica formale e razionalità sociale procedurale 97

CAPITOLO V
Dallo Stato di diritto allo Stato sociale: il nuovo paradigma del "diritto diseguale"

1. I potenziali inconvenienti di un sistema giuridico positivo e tendenzialmente chiuso 101
2. Le risorse reattive del sistema giuridico moderno 102

3. Il *diritto eguale* delle codificazioni dell'ottocento e la sovranità del mercato 105
4. La crisi dell'ordine liberale: le inadempienze del mercato e la materializzazione di eguaglianza e libertà 107
5. Le modificazioni del diritto moderno e la formazione dello Stato sociale: il *diritto diseguale* dello Stato sociale 112
6. I dispositivi di compatibilità tra razionalità formale e razionalità politica 114

CAPITOLO VI
La crisi dello Stato sociale, il "diritto regolatorio" e il corto-circuito di diritto e potere: verso un "diritto asimmetrico"

1. La crisi dello Stato sociale e il paradigma ordoliberale 119
2. Una nuova fase del sistema giuridico: dal modello ordoliberale del *diritto regolatorio* al precetto neoliberale della *deregulation* 123
3. La crisi della politica e la decadenza dell'interesse generale: lo straripamento della contingenza, la centralità del suo governo e il peso degli interessi dominanti: verso un nuovo *diritto asimmetrico* 128
4. Il cortocircuito di diritto e potere: l'anelito alla giustizia del Diritto vivente e l'incipiente dominio della matrice economica 140

CAPITOLO VII
Dal diritto positivo all'interpretazione come creazione cognitiva

1. Il problema dell'interpretazione 146
2. La soluzione tradizionale: i concetti e gli interessi 150
3. La crisi dei *media* sostantivi (concetti e interessi) della tradizione e la loro critica epistemologica 153
4. L'interpretazione tra ermeneutica, comunità interpretante e scetticismo cognitivo: un giusnaturalismo minore e la "coscienza sociale 158
5. Il sistema e l'interpretazione: il diritto della Modernità come sistema intrinsecamente funzionale ed evolutivo 164
6. L'interpretazione funzionale e i veicoli dell'adeguamento sistemico del diritto: il "caso organizzazionale" e la "proporzione" racchiusa nella fattispecie normativa 171

6.1. L'interpretazione come autoriflessione espansiva del sistema giuridico 171
6.2. Il "caso organizzazionale" e l'attivazione dell'interpretazione funzionale: il paradigma sistemico dell'*order from desorder* 172
6.3. La "proporzione" sottesa al dettato normativo come risorsa dell'interpretazione funzionale: la *ratio* e la ridislocazione interpretativa dei "casi organizzazionali" 174
7. Il *medium* funzionale della *ratio* sistemica: la "veduta", la proporzione e il paradigma del tipo normativo di problema 177
7.1. La fattispecie normativa, la sua formulazione aritmetica come "somma di elementi" e la "proporzione" ad essa sottesa: l'interpretazione come attivazione del *calcolo proporzionale* 177
7.2. La "veduta" da cui muove la norma come luogo della "proporzione" e il suo darsi come *ratio* sistemica, olistica e sensiva 183
7.3. La "veduta" e la trasposizione di un problema sociale in problema del diritto: il nuovo paradigma interpretativo del "tipo normativo di problema" e del "principio regolativo" 186
7.4. La ricorsività della *ratio* proporzionale e della sua implementazione: l'interpretazione secondo la "veduta" di un problema sociale adegua il sistema giuridico ma al tempo stesso ne modifica la percezione rilanciando la domanda di protezione 191
8. Gli interrogativi dell'interpretazione funzionale e il nuovo linguaggio del discorso giuridico 193
8.1. Oltre l'alternativa tra dichiaratività/cognitività e creatività dell'interpretazione: l'interpretazione funzionale come *creazione cognitiva* e il suo statuto epistemico 193
8.2. Le differenti domande con cui l'interpretazione funzionale interroga il sistema giuridico e ne implementa le risorse evolutive 199
8.3. Un nuovo linguaggio e altre categorie per l'interpretazione funzionale: dai concetti-sostanza ai *concetti-funzione* 201
9. L'interpretazione e l'analogia 205
9.1. La struttura generalmente analogica dell'interpretazione funzionale e lo spazio proprio dell'analogia dell'art. 12 delle Preleggi 205

9.2. Il problema delle lacune tra organizzazione sistematica dell'apparato normativo e complessificazione dell'ambiente: lacune originarie e lacune evolutive 207
9.3. La c.d. autointegrazione del sistema giuridico attraverso le due tecniche analogiche: (a) l'*analogia legis* e l'astrazione dai *nomina* con cui la fattispecie è descritta nella norma cui il caso non regolato viene ricondotto 211
9.4. (b) l'*analogia juris:* un'astrazione ulteriore che giunge ad una sorta di "principio-cardine" o l'inferenza da una pluralità di norme di un "principio latente" confacente 213
10. Il Limite dell'art. 14 delle Preleggi alle tecniche analogiche e il suo raggio più ampio: il diritto della politica di essere diseguale e il controlimite dell'art. 3 cost. 220

BIBLIOGRAFIA 225