

La dogmatica giuridica, come si è detto, è ora chiamata a fare i conti con un contesto ambientale informato al pluralismo sociale.

Nella società pluralistica di oggi, dove le opinioni sono grandemente differenziate e le trasformazioni strutturali derivanti dal progresso tecnologico producono incessantemente nuovi interessi e nuovi valori, la soluzione di un problema giuridico comunicata in forma puramente dogmatica non è in grado di proporsi come decisione plausibile. Per conservare il ruolo di mediatore tra il sistema normativo e il conflitto sociale, il giurista deve esplicitare con un linguaggio comprensibile le valutazioni che hanno guidato la formazione delle premesse della decisione, giustificandole con argomenti aperti alla critica, ossia razionalmente discutibili. [MENGONI, *Problema e sistema*, 28]

In tale contesto non viene meno, tuttavia, l'esigenza del riferimento alle categorie, destinate non più a operare alla stregua di strumenti predeterminati, utilizzati talvolta con atteggiamento di chiusura verso i contenuti dei problemi, quanto, invece, come criteri predisposti dall'interprete in modo elastico e variabile per ordinare i fatti dell'esperienza muovendo dalla generalità della norma.

Un ripensamento delle più classiche fra le categorie del diritto civile, assunte non come presupposto oggettivo ma come strumento operativo sempre plasmabile in funzione di sopravvenienze normative o fattuali, induce una buona volta a rompere il pregiudizio secondo il quale il sistema non possa che essere completo e definitivo e determina la costruzione di un sistema aperto mediante un'opera continua di correzione, ampliamento e modificazione. In quest'attività di perdurante ricostruzione dell'oggetto della propria analisi si riafferma il ruolo determinante della dottrina e della giurisprudenza, che, non a caso, dopo una faticosa stagione di forzatura delle sopravvenienze entro categorie consolidate, sono venute sempre più di sovente elaborando categorie nuove per meglio intendere e disciplinare una realtà non più interpretabile alla luce di vecchi stereotipi. [LIPARI, 525]

27-1-2012 DE MEO

CAPITOLO DODICESIMO

IL DIRITTO CIVILE ATTUALE: PERSONA, MERCATO E VALORI

SOMMARIO: 1. Diritto civile e complessità. – 2. Diritto e persona. – 3. Il tema dei mercati tra forma giuridica e materia economica. – 4. (segue): dall'intervento pubblico nell'economia all'ordine giuridico del mercato. – 5. Diritto, globalizzazione e scienza giuridica. – 6. Nichilismo giuridico. – 7. Diritto e valori.

BIBLIOGRAFIA: AA. VV., *Persona e mercato - Lezioni*, a cura di Vettori, Padova, 1996; AA. VV., *Non profit, persona, mercato*, (Atti del Convegno di Salerno, 20 marzo 2004), a cura di Zambrano, Milano, 2005; ALPA, *Trattato di diritto civile*, I, *Storia, fonti, interpretazione*, Milano, 2000; ALPA, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma-Bari, 2000; CARBONNIER, *Droit civil*, I, Paris, 2004; DRAGHI, *Intervento alla tavola rotonda sul libro «L'ordine giuridico del mercato» di N. Irti*, Roma, 14 maggio 1998, testo dattiloscritto, citato da Libonati (*infra*); FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir. Analit.*, Milano, 2007, 201; FALZEA, *Il civilista e le sfide d'inizio millennio*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, 3; GROSSI, *Globalizzazione, diritto, scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 153; IRTI, *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007; IRTI, *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004; IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 2001; IRTI, *Persona e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, 289; IRTI-SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Bari, 2001; JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprese e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di Lipari, III, Padova, 2003, 3 ss.; LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. società*, 1998, 1541; LIPARI, *Riflessioni di un giurista sul rapporto tra mercato e solidarietà*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 24; LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2002, 1063; LIPARI, *Diritto e valori sociali*, Roma, 2004; MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo*, in *Diritto e valori*, Bologna, 1985, 123; MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato - Lezioni*, a cura di Vettori, Padova, 1996, 33; MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, 1; OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, I, 829; PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, in *L'ordinamento vigente e i suoi valori*, Napoli, 2006, 35; PERLINGIERI, *Il diritto civile oggi*, *ivi*, 247; PERLINGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, in *Rass. dir. civ.*, 1995, 84; ROSSI, *Diritto e mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, 1443; ROSSI CARLEO, *Diritto del mercato, diritto per il mercato o diritto per i soggetti del mercato?*, in *Rass. dir. civ.*, 1992, 751; SCALISI, *Regola e metodo nel diritto civile della postmodernità*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, 283.

1. DIRITTO CIVILE E COMPLESSITÀ.

Le analisi relative all'idea e al ruolo del diritto sono chiamate a guardare ai fenomeni che ne caratterizzano l'esistenza avendo riguardo ai contesti sociali in cui trovano naturalmente collocazione.

Le droit est en suspension dans la société. Il y rencontre d'autres phénomènes sociaux. De tous il n'est peut-être pas le plus ancien ni même le plus important, mais de certains il est plus proche que d'autres parce qu'il a avec eux des rapports d'analogie ou de concurrence ou d'interpénétration. Ce sont des rapports variables parce que lui-même peut présenter des visages différents: selon l'angle sous lequel on le regarde, il est phénomène de communication, de régulation ou de culture. [CARBONNIER, 35]

L'osservazione odierna della nostra società pone in chiara evidenza la crescente complessità dell'esperienza umana, che finisce per sollecitare l'intervento del diritto, nelle sue multiformi manifestazioni, in territori fino a qualche tempo fa addirittura impensabili. I processi di espansione del diritto hanno interessato e continuano a toccare molteplici aspetti della realtà, dai profili in vario modo connessi alle vicende sociali ed economiche, a quelli più strettamente legati all'individuo, finendo per sollevare questioni, non di rado particolarmente delicate, che gravitano intorno al tema di fondo del rapporto fra la vita e le regole. Su quest'ultimo tema è d'obbligo il riferimento alle più recenti riflessioni di Stefano Rodotà, in particolare alle considerazioni relative alla straordinaria espansione del diritto nella società odierna.

Viviamo ormai in una *law-saturated society*, in una società strapiena di diritto, di regole giuridiche dalle provenienze più diverse, imposte da poteri pubblici o da potenze private, con una intensità che fa pensare, più che a una necessità, a una inarrestabile deriva. La consapevolezza sociale non è sempre adeguata alla complessità di questo fenomeno, che rivela anche asimmetrie e scompensi fortissimi, vuoti e pieni, con un diritto invadente in troppi settori e tuttavia assente là dove più se ne avverterebbe il bisogno. [RODOTÀ, 9]

La dilatazione degli spazi occupati dal diritto pone comprensibilmente una serie di problemi, fra cui in particolare quello dell'individuazione di ciò che debba intendersi per diritto. In tal senso si coglie la «singolare ambiguità» dell'esperienza contemporanea, caratterizzata per un verso dalla tendenza a valutare ogni evento della vita sociale in un'ottica di tipo giuridico, per altro verso dalla mancanza di riflessioni, al di fuori delle analisi dei giuristi, sull'idea di diritto. La «singolare ambiguità», la «pericolosa schizofrenia» dell'esperienza contemporanea considerata «secondo la cifra del diritto» viene sottolineata da Nicolò Lipari.

Da un lato è ricorrente la tendenza a leggere ogni accadimento della vita sociale secondo un'ottica di tipo giuridico (addirittura facendo intendere le scelte politiche come condizionate, in

senso positivo o negativo, da opzioni di rilevanza giudiziale). Dall'altro l'idea di diritto (al di là delle sofisticate, e spesso incomprensibili, discussioni dei chierici) non viene in alcun modo riflettuta o approfondita, accreditandosi la falsa immagine di un diritto esclusivamente consegnato alla fissità di un enunciato del tutto svincolato da ogni operante raccordo con un sistema di valori socialmente condivisi. [LIPARI, *Diritto e valori sociali*, 7]

Nella prospettiva del giurista il problema che si pone è quello di valutare le risposte che il diritto offre o è in grado di offrire alle sfide poste dalla complessità sociale.

Per quanto può riguardare l'orizzonte del giurista, le svolte che lo vedono direttamente coinvolto provengono tutte dalle inedite modalità con le quali si va oggi atteggiando la complessità sociale sotto l'influenza della nuova cultura universale. Al diritto soprattutto, anche se non esclusivamente ad esso, spetta il compito di dare una risposta determinante a quelle sfide come si atteggiavano nell'ambito delle singole società adoperandosi, pur se per tentativi successivi di adattamento, ad arginare con le sue regole il disordine dissolutorio che nuove e non controllate forme di complessità possono introdurre nella esperienza sociale. [FALZEA, *Il civilista e le sfide*, 4 s.]

Nella ricostruzione delle dinamiche che caratterizzano l'intervento del diritto occorre muovere dalle categorie a cui si attribuisce nelle analisi di teoria generale un «ruolo fondante» nell'esperienza sociologica e in quella giuridica: le situazioni di interesse socialmente e giuridicamente rilevanti. In tale prospettiva l'intervento del diritto rispetto alle situazioni di interesse appare caratterizzata dall'esistenza di due fasi.

Nella prima la situazione di interesse, già di per sé socialmente rilevante, lo diventa anche giuridicamente; nella seconda fase essa aggiunge alla già conseguita rilevanza giuridica la capacità di provocare l'insorgere di situazioni giuridiche di azione in grado di assicurarle l'esistenza del diritto fino a realizzazione compiuta. [FALZEA, *Complessità giuridica*, 202]

Il processo di progressivo ingresso nell'area della giuridicità determina la nascita di un sistema di interessi e di regole di organizzazione.

La complessità sociale e giuridica si atteggia, insomma, come sistema degli interessi socialmente e giuridicamente rilevanti e come sistema delle regole di organizzazione e di relazione predisposte per la garanzia della conservazione e della realizzazione degli interessi ordinati nel sistema, sostanziale e formale, della giuridicità. [FALZEA, *Complessità giuridica*, 210]

Nell'ambito specifico del diritto privato il processo di «complessificazione» implica, fra l'altro, la necessità di coniugare i concetti tradizionali con gli interessi derivanti dalle profonde trasformazioni in atto nella realtà contemporanea. Tale difficoltà è stata registrata fra i civilisti già in sede di bilancio dei cinquant'anni del codice civile (v. *supra*, *Tempo di bilanci: cinquant'anni del codice civile*, cap. VIII).

Il diritto privato italiano a distanza di cinquant'anni dalla codificazione vive un momento di grande tensione; i concetti tradizionali stentano a rispecchiare il volto di una società in profonda trasformazione, gli statuti classici della proprietà, dell'impresa, del contratto, dopo la riflessione attenta degli ultimi decenni, sono sottoposti a revisioni critiche che sollecitano modifiche profonde del metodo di studio e, sovente, una frantumazione delle categorie tradizionali; il sistema delle fonti, d'altra parte, deve essere per intero ripensato, non foss'altro perché il codice attuale ha una vicenda storica davvero singolare. [VETTORI, 1]

A determinare l'attuale complessità sociale concorrono in modo particolarmente significativo lo sviluppo tecnologico e i mutamenti radicali nell'assetto dell'economia, che finiscono per porre al centro dell'attenzione il rapporto del diritto, in particolare del diritto privato con i temi della persona, del mercato e dei valori sociali. Le linee di tendenza e le principali problematiche a cui hanno dato origine tali trasformazioni rappresentano il tema sul quale ci soffermeremo nel corso di questo capitolo.

Nella fase attuale, sono ancora i civilisti a interrogarsi – nel quadro delle direttive costituzionali e del diritto comunitario – su quale sia il ruolo del diritto privato (ormai inteso come «diritto comune») nella società moderna. Atteso l'enorme peso che hanno raggiunto le decisioni economiche, si possono, sempre sinteticamente, sottolineare due indirizzi, uno metodologico, l'altro assiologico. Dal punto di vista metodologico, si registra la penetrazione nella analisi dei civilisti delle valutazioni degli effetti economici delle regole giuridiche, siano esse di natura legislativa, di natura amministrativa, ovvero di natura giudiziaria. L'analisi economica del diritto, prodotta già all'inizio degli anni Sessanta, ha ricevuto nuovi impulsi dalle letterature straniere, in specie statunitensi. L'analisi economica richiama le categorie economiche, che debbono essere piegate alle esigenze delle forme giuridiche. Ma oltre a questo indirizzo metodologico, si sta affermando un altro indirizzo – che in qualche modo si intreccia con il primo – che si incentra sui valori: in particolare sulla «persona» e sul «mercato». In altri termini, è sempre più diffusa la convinzione che il mercato agisca con le sue dinamiche interne, operi un'allocazione ottimale delle risorse, attenda dal diritto non schemi e modelli oppressivi, ma piuttosto schemi propulsivi e liberatori. Possa e debba, perciò, svolgersi senza necessità del diritto, o con una traduzione «leggera» delle sue regole in regole giuridiche, e con l'emarginazione dello Stato, sia come operatore sia come legislatore. L'espressione «diritto pubblico» assume così un nuovo connotato, quasi si trattasse di un complesso di comandi, regole, imposizioni, da cui l'operatore economico deve stare al riparo; l'intrusione del diritto pubblico nel mercato appare come foriera di distorsioni o di meccanismi anticoncorrenziali. Tutt'al più, il diritto (e lo Stato con esso) deve assolvere il ruolo di regolatore, regolatore del gioco spontaneo degli operatori, controllore dell'efficienza e della correttezza. Per salvare tuttavia i valori della persona – a cui il mercato è troppo spesso indifferente – si propone il ricorso ai meccanismi della solidarietà o il ricorso alle carte dei diritti, per far prevalere i diritti della persona sulle decisioni economiche, compatibilmente con le risorse disponibili. La discussione a questo riguardo è in atto. Essa investe primariamente la sorte dei diritti di libertà e la posizione della persona nell'ordinamento. Il quadro complessivo delle posizioni, con le integrazioni di cui tra poco si dirà, emerge dagli atti congressuali di questo periodo. La contrapposizione antica si risolve in un contemperamento e in un nuovo disegno dei confini: al diritto pubblico spettano le regole che fondano l'impianto dell'ordinamento politico; al diritto privato le altre regole, concernenti il mercato. Il contemperamento deve essere rinvenuto tra le esigenze del profitto e della protezione della persona, in tutti i settori della società moderna, che comprendono l'ambiente, il consumo, il risparmio; la mano pubblica regola il gioco corretto delle forze del mercato, ma si assume anche il compito di difendere il singolo dalle sue aggressioni. [ALPA, *La cultura delle regole*, 375 ss.]

2. DIRITTO E PERSONA.

Il diritto civile è chiamato sempre più spesso a confrontarsi con manifestazioni nuove della realtà derivanti soprattutto dalle innovazioni connesse allo sviluppo scientifico e tecnologico, con esigenze, variamente formulate, di regolamentazione della vita dell'individuo nei suoi aspetti più strettamente personali.

Anche al diritto modernamente inteso, infatti, si rivolgono sempre più intensamente richieste di disciplinare momenti della vita che dovrebbero essere lasciati alle decisioni autonome degli interessati, al loro personalissimo modo d'intendere la vita, le relazioni sociali, il rapporto con il sé. Lungo questa via di consapevolezza, di autocomprensione, di giudizio autonomo sul mondo, l'incontro con il diritto è fortemente condizionato, in particolare, dai nuovi dati di realtà costruiti dalla scienza e dalla tecnologia, che mutano il senso dell'appello al diritto e le forme della regolazione giuridica. Vi è una diffusa e persistente difficoltà sociale nel metabolizzare le innovazioni scientifiche e tecnologiche quando queste incidono soprattutto sul modo in cui si nasce e si muore, sulla costruzione del corpo nell'era della sua riproducibilità tecnica, sulla possibilità stessa di progettare la persona. [ROBOTA, 15]

In questa prospettiva è andata progressivamente emergendo l'esigenza di rivisitazione della nozione di soggetto di diritto, a fianco e, talvolta, al di là della quale emerge quella di persona. I due termini, spesso utilizzati in modo equivalente dal punto di vista del diritto, vengono scanditi sempre più di frequente con accenti che tendono a sottolineare gli elementi distintivi, fino al punto di prospettare l'esistenza di un processo di «declino del soggetto e ascesa della persona». Il riferimento deve intendersi al titolo di un acuto e pensoso saggio di Giorgio Oppo, che si sofferma, fra l'altro, su temi quali la condizione di diritto della persona come appartenente all'ordine sociale e l'oggettività giuridica. L'illustre giurista sottolinea che la soggettività di diritto «non si esaurisce in una posizione passiva ma è anche una posizione attiva, nella quale si attesta la stessa nozione di capacità giuridica»; d'altro canto, afferma che la distinzione fra i due termini resta «se "persona" è riferibile a una realtà umana che preesiste, anche giuridicamente al diritto positivo e a causa della quale il diritto è costituito».

Ascesa di questa realtà rispetto alla soggettività dovrebbe allora significare maggiore riconoscimento, e maggiore incidenza sul sistema, della sua preesistenza, anche giuridica, al diritto positivo. E così? E a quale realtà ci si riferisce, su quale base e con quale originario contenuto di giuridicità? [OPPO, 829]

Il tema della persona si colloca al centro della dialettica diritto – non diritto, fra sistema (essenzialmente, ma non esclusivamente) positivo e sfera sociale.

Il progressivo passaggio dei diritti umani dall'ordine sociale all'ordine (anche) statale, può essere descritto come ascesa della 'persona' rispetto al 'soggetto'; ma è anche ascesa dello stesso soggetto, da una condizione di soggezione a una condizione sempre più di centralità nell'ordi-

ne giuridico. Un 'declino' è quindi configurabile solo come riduzione di una posizione di prevalenza della nozione e della realtà giuridica del soggetto rispetto alla nozione e alla realtà della persona, non come perdita di sostanziale giuridicità. [Orpo, 835]

La progressiva affermazione della persona nel contesto dell'esperienza giuridica passa attraverso il superamento della nozione astratta di soggetto, accolta nel codice civile con il chiaro intento di eliminare le differenze fondate sulla classe sociale e sul censo. Questa operazione si realizza progressivamente con un processo complesso di scoperta della realtà a cui si accompagna una riflessione volta a far emergere nella persona «una struttura di valore».

Il sistema giuridico classico (legato all'ideologia individualistica) è fondato su un concetto formale-astratto di persona, che la riduce al concetto di soggetto di diritti (a sua volta ridotto dalla teoria pura del diritto al concetto, vuoto di contenuto, di centro di imputazioni giuridiche): un attributo della persona, la capacità giuridica, viene isolato con un procedimento di astrazione ideatrice e rappresentato come un'unità intellettuale. La nuova antropologia della persona nel diritto, sottesa all'ordinamento giuridico dello Stato sociale contemporaneo e orientata dagli schemi del diritto naturale, determina un concetto di persona radicato nel riconoscimento che la personalità non è mera soggettività, semplice essere ontologico, ma è anche una struttura di valore, un essere assiologico. Questa determinazione, che nasce dai valori e attinge l'uomo, oltre che nella sua razionalità, nella sua esistenza empirica, è un *novum* categoriale, in quanto introduce un concetto 'concreto' di persona, rivolto non più a una qualità (la capacità di diritti), ma allo stesso soggetto nella totalità dei suoi elementi costitutivi, e quindi anzitutto nella sua dimensione vitale. Tale concetto, permeato dal valore della 'dignità umana' e termine di riferimento dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione, porta ad emergere nella sfera della giuridicità problemi di tutela della vita materiale e spirituale che nella visuale del concetto astratto rimangono in ombra, quali i problemi di promozione del 'pieno sviluppo della persona umana' (art. 3, comma 2°, Cost.). La nuova categoria non segna lo scadimento del concetto classico, che rimane uno strumento dogmatico indispensabile, sia ai fini della valutazione e dell'esposizione sistematica delle condizioni formali di imputazione soggettiva delle fattispecie giuridiche (oggettive), sia perché esso solo consente di estendere la qualifica di persona a entità diverse dall'uomo (reali o ideali), in risposta a esigenze pratiche di regolamento delle organizzazioni umane. I due concetti convivono nel sistema giuridico in funzione di ordini diversi di problemi. [MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale*, 144 s.]

La considerazione integrale della persona si colloca, dunque, in una prospettiva diversa rispetto a quella che ha caratterizzato l'esperienza giuridica in tutto l'Ottocento e in buona parte del secolo scorso, nella quale si è guardato all'individuo prevalentemente, se non esclusivamente, come soggetto economico. Una prospettiva di questo tipo implica evidentemente un passaggio ulteriore nel processo di selezione e riconoscimento di interessi meritevoli di tutela in capo all'individuo, caratterizzato dalla progressiva consapevolezza dell'irriducibilità dell'uomo ad una «dimensione esclusivamente economicistica».

La dottrina giuridica ha già affrontato una serie di temi (dal diritto alla salute al diritto all'informazione, dalla tutela contro i prodotti dannosi al modo di svolgimento dei servizi pubblici) che

qualificano la posizione del singolo, in quanto persona, affinché la qualità della sua vita non risulti compromessa da prodotti o servizi che una logica imprenditoriale di segno tendenzialmente oligopolista tende, per propria convenienza, a rendere in maniera sempre meno qualificata. Si tratta ora di dare un senso più pregnante ed incisivo a tale impostazione muovendo alla scoperta di quei nuovi diritti che consentano a ciascuno di trasformarsi in cittadino agguerrito e consapevole, rinunciando a rimanere semplice suddito della pubblicità, di riscattarsi dalla schiavitù del mercato (il mercato dei beni, dei servizi, dei prodotti finanziari) per potersi riappropriare di quegli spazi di potere e di quelle possibilità di scelta di cui la società complessa e il libero mercato l'hanno da tempo privato. (...) D'altra parte sarebbe assurdo ridurre l'uomo ad una dimensione esclusivamente economicistica e quindi considerare la produzione e il mercato un altare sul quale sacrificare una parte essenziale di noi stessi. Quale spazio sarebbe possibile riservare all'uomo nella sua integralità, e quindi anche nella sua interiorità, se tutto fosse regolato dal circuito chiuso lavoro-benessere-consumo? [LIPARI, *Riflessioni di un giurista*, 34 s.]

Questo è il piano sul quale è possibile ricostruire i compiti del diritto, del «buon diritto», a cui viene chiesto di operare in favore della conciliazione tra interesse individuale e interesse generale.

Il 'buon diritto' non è quello che si pone all'esclusivo o prevalente servizio della ragioni economiche ma quello che sa contrapporsi ad esse, impedendo la mercantizzazione della società e la identificazione (e l'esaurimento) dei diritti civili e dei diritti umani naturali con quelli economici, siano essi di matrice proprietaria o imprenditoriale-contrattuale. Il 'buon diritto' è non soltanto quello che garantisce la conservazione della realtà, come naturalmente e spontaneamente si crea e si evolve, ma quello che anticipa e promuove la trasformazione della società per realizzare al suo interno, compatibilmente alle risorse, le maggiori chances di vita libera e dignitosa per tutti. Il 'buon diritto' è giusto, è equo, è solidale, ha una sua 'giustificazione sociale', che non consente di considerare i diritti individualisticamente indipendenti e non li esaurisce nel loro contenuto patrimonialistico, facendone dei 'privilegi', ma, nel contribuire a migliorare la qualità della vita, tende a diffonderli generosamente, attribuendo loro una funzione sociale desumibile dal livello culturale ed etico del sistema socio-normativo. Con il proporre la conciliabilità tra interesse individuale e interesse generale "si attribuisce un significativo supporto in termini morali all'economia di mercato". [PERLUGIERI, *Mercato, solidarietà e diritti umani*, 92 s.]

La visione unitaria della persona emerge in modo sempre più evidente dalla considerazione che essa riceve nell'ordine positivo e, più in generale, dal processo di «costituzionalizzazione» della persona operato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il riferimento deve ovviamente intendersi alla *Carta di Nizza* del 7 dicembre 2000, «dichiarata» solennemente ed adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, e riconosciuta dall'Unione nell'art. 6 del nuovo *Trattato sull'Unione Europea* delineato con il *Trattato di Lisbona* del 13 dicembre 2007.

Per potersi dispiegare nella loro pienezza, i diritti fondamentali devono presentarsi come "indivisibili". Storicamente fondata, la distinzione tra diverse generazioni di diritti - civili, politici, sociali, "nuovi" e "nuovissimi" - diviene un ostacolo alla loro concreta attuazione quando a ciascuna generazione si vuole attribuire un grado diverso di "durezza", con tutele differenziate, via via decrescenti soprattutto quando si entra nell'area critica dei diritti sociali e dei diritti collettivi "di quarta generazione" (salute, ambiente, sviluppo sostenibile). Questa separazione, e la

conseguente gerarchia, hanno trovato un'esplicita ripulsa in particolare nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, strutturata in modo da attribuire a tutti i diritti riconosciuti la medesima rilevanza. Si che, per esempio, l'invulnerabilità del corpo non è più solo quella attribuita dalle prime generazioni dei diritti al solo corpo fisico, ma comprende anche il corpo "elettronico" attraverso l'attribuzione alla protezione dei dati personali dello statuto di autonomo diritto fondamentale. Viene così ricostituita l'unicità della persona, come vuole la stessa Carta già nell'affermare il diritto al rispetto dell'"integrità fisica e psichica" (articolo 3), quasi a voler ricongiungere il corpo e anima. I diversi diritti esprimono i diversi momenti della vita, tuttavia non più sezionata, consegnata a schemi tra loro non comunicanti, in una continua e frustrante schizofrenia giuridica. [RODOTA, 36]

La presenza dei diritti fondamentali nel sistema comunitario è stata di recente rafforzata anche grazie all'adesione dell'Unione alla *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (art. 6, par. 2, del nuovo *Trattato sull'Unione Europea*, nonché *Protocollo n. 8*). Tale circostanza finisce per evocare la più generale problematica delle fonti del diritto, proiettando il tema dei diritti (e della tutela) della persona nella prospettiva del rapporto fra la *Convenzione europea (CEDU)* e la Costituzione.

Viene in considerazione, in tal modo, l'opera di «riscrittura» che i nostri massimi organi giurisdizionali (di legittimità e costituzionale) vanno, da ultimo, conducendo nell'ottica di un vero e proprio *restyling* del sistema delle fonti in ambito privatistico, tenendo conto del dialogo tra Corti alla luce del principio di leale cooperazione ex art. 10 Trattato CE. A tale riguardo assumono una particolare rilevanza le note sentenze della Corte costituzionale 24 ottobre 2007, n. 348 e 349, con le quali è stata definita la posizione delle norme della *Convenzione europea* e delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rispetto alla nostra Costituzione. Con queste pronunce la Corte costituzionale ha differenziato in modo sensibile il regime delle disposizioni comunitarie da quello relativo ai principi della *Convenzione europea*, come interpretati dalla Corte europea.

3. IL TEMA DEI MERCATI TRA FORMA GIURIDICA E MATERIA ECONOMICA.

La progressiva trasformazione dell'economia, dovuta anche alle innovazioni introdotte in questo settore dalle innovazioni tecnologiche, ha determinato importanti mutamenti nello scenario normativo e, più in generale, nella definizione dei profili giuridici relativi ai fenomeni economici. Gli interventi normativi degli ultimi anni, spesso dovuti all'esigenza di recepire nel nostro ordinamento le soluzioni adottate dal legislatore comunitario, hanno assunto carattere alluvionale toccando gli statuti classici della proprietà, del contratto e dell'impresa. In questa sede evidentemente non è possibile ripercorrere i diversi passaggi di una vicenda così complessa e articolata; piuttosto, appare opportuno soffermarsi su alcuni indirizzi

di carattere generale che hanno sollecitato la riflessione economica e l'analisi della scienza giuridica.

Nell'ampio panorama, si possono (arbitrariamente) isolare gli indirizzi che si occupano dei seguenti temi:

1. l'allocazione delle risorse, la concorrenza e la redistribuzione del reddito;
2. l'efficienza economica e la libertà;
3. l'intervento dello Stato e la «rivincita del mercato»;
4. la globalizzazione dei mercati;
5. la nuova costituzione economica;
6. la costruzione del mercato europeo.

La scomposizione di questi profili è puramente didascalica, perché essi si intrecciano vicendevolmente; la loro trattazione analitica (se mai se ne avessero le forze, oltre che la competenza) porterebbe molto lontano. Una linea del percorso descrittivo potrebbe tuttavia svolgersi attorno ad alcuni nuclei di riflessione, a tre interrogativi di base:

- chi sono gli attori del mercato?
- quali interessi operano e sono tutelati (o si autotutelano) nel mercato?
- chi fissa le regole del mercato?

La scomposizione di «attori» e di «interessi» è necessaria, perché non vi è sempre coincidenza tra i primi e i secondi; lo Stato che opera come imprenditore persegue l'interesse pubblico, operando come privato; il privato che opera come imprenditore persegue un interesse privato che non può essere «funzionalizzato»; lo Stato che regola gli interessi tutela un interesse pubblico, ma può anche tutelare interessi privati; i privati che autoregolano i propri interessi, li tutelano talvolta a scapito dell'interesse pubblico; lo spettro dell'interesse pubblico non sempre abbraccia tutti gli interessi privati, cioè gli interessi di tutti i consociati, e lo spettro degli interessi privati può spingersi a tutelare interessi «terzi», come accade per il c.d. *terzo settore*; nel mercato non si radica e germoglia solo la competizione, la lotta, la sopraffazione, ma può avere spazio la solidarietà; tra gli estremi di collettivismo e dirigismo puro, da un lato, e capitalismo individualista ed egoistico dall'altro lato, si collocano posizioni intermedie, ove vestite dalle teorie di Keynes, ora vestite dalle teorie di Pareto, ora da quelle marginaliste, ora da quelle contemporanee della «giustizia sociale» propugnate da Rawls, Dworkin, Ackerman, o dall'indirizzo del *welfare temperato*. L'idea che nel mercato possano sussistere solo privati con la qualifica di imprenditori e che il mercato sia costituito solo da *homines oeconomici* da tempo è stata superata e non ha più cittadinanza in una società moderna e democratica. [AUA, *La cultura delle regole*, 403 s.]

La riflessione sul metodo ha finito per individuare nel rapporto fra economia e diritto uno dei temi di maggiore interesse tanto sul piano teorico, quanto su quello più strettamente analitico. Questo rapporto, le cui radici affondano nel tempo dando vita a uno dei capitoli più affascinanti della storia del diritto, sia pubblico che privato, si è andato progressivamente articolando fino al punto da generare negli ultimi anni il c.d. «diritto dell'economia». Con riferimento allo specifico settore di interesse della nostra riflessione la dottrina ha avvertito il bisogno di precisare il significato da attribuire alla formula «diritto privato dell'economia» muovendo preliminarmente dalla individuazione del tipo di economia a cui debba riferirsi.

Sembrerebbe evidente, fin da un primo ed approssimativo approccio, che, quando si parla di di-

ritto dell'economia, il riferimento corrente, nell'ambito dei grandi sistemi giuridici contemporanei, è a quella che dovremmo definire economia dei paesi capitalistici: ciò per schematizzare, in quanto ai nostri fini è ininfluente ogni altra implicazione. [ROSSI CARLEO, 751]

In questa prospettiva, che finisce per evocare, pur con le necessarie specificazioni, i vari paesi della famiglia occidentale, si ritiene che lo studio del diritto privato dell'economia deve

[I]ndirizzarsi ad analizzare le possibilità di adeguamento degli strumenti tecnici tradizionali rispetto alle nuove esigenze, verificando la possibilità di interpretazioni che si rapportino al sistema, senza disperdersi in una molteplicità di ipotesi particolari, caratterizzate da una pura strumentalità. [ROSSI CARLEO, 751]

In termini più generali l'analisi di questo scenario nel prisma del diritto privato pone l'esigenza di valutare la portata (attuale) che assume in questo settore il rapporto tra «forma giuridica e materia economica».

La connessione tra forma giuridica e materia economica si manifesta anzitutto nel comportamento individuale. In quanto si svolge nella società, il comportamento del singolo ha bisogno della qualificazione giuridica. Che l'ordinamento giuridico, almeno un dato ordinamento giuridico della proprietà, sia un presupposto indefettibile dell'attività economica degli individui raggruppati in società, abbia cioè una funzione determinante dei tipi di comportamento economico individuale, è proposizione di cui nessuno dubita. Le leggi economiche esistono soltanto nella teoria pura, esse non sono che deduzioni dal principio economico o postulato operante in condizioni giuridiche date. Il problema riguarda piuttosto la connessione tra forma giuridica ed economica considerata come il complesso delle relazioni tra i comportamenti economici individuali, e in questo senso come ordine economico risultante dalla riduzione a unità sistematica in vista di un *optimum* di benessere collettivo. Si domanda allora se il diritto abbia soltanto la funzione di organizzare le forme esteriori del processo economico, nell'ambito delle quali singoli comportamenti economici si svolgono in condizioni di sostanziale immunità dalla regola giuridica, essendo deterministicamente orientati verso un ordine naturale prestabilito, oppure se il diritto costituisca uno strumento attivo del processo economico, in virtù del quale l'ordine economico riceve l'impronta della volontà umana. La prima concezione prospetta il rapporto del diritto con l'economia in termini di pura causalità logica, la seconda in termini finalistici. [MENGONI, *La tutela giuridica della vita materiale*, 147 s.]

Il tema ha assunto una specifica rilevanza con riferimento alle problematiche in vario modo connesse alla configurazione giuridica del mercato, luogo nel quale si realizzano e si misurano i comportamenti economici individuali.

Nessuno dubita che il mercato sia un *ordine*: taluni lo dichiarano esplicitamente, altri lo presuppongono o lo lasciano argomentare. Ordine, nel senso di *regolarità* e *prevedibilità dell'agire*: chi entra nel mercato – nel mercato di un dato bene – sa che l'agire, proprio e altrui, è governato da regole, e dunque che, entro la misura definita da codeste regole, i comportamenti sono prevedibili. Ignoto è l'esito dell'affare, se ne tragga beneficio l'una o l'altra parte; ma nota è la regola, e perciò prevedibile l'agire di ambedue. Cognita, ad esempio, la regola, che il compratore è tenuto a pagare il prezzo, e il venditore a consegnare la cosa; e così razionalmente prevedi-

bili le condotte delle parti. La regolarità, il reiterarsi di dati comportamenti nelle medesime circostanze, permette un *calcolo sul futuro*, quel *'prevedere'*, o vedere prima, onde un soggetto confida nell'agire altrui. L'ordine non tanto riguarda il passato quanto il futuro: esso riduce o annulla le incognite di ciò che deve ancora accadere. I comportamenti, nel reiterarsi secondo una regola, e dunque nel collegarsi alle medesime circostanze e situazioni, assumono carattere di tipicità e uniformità. La *forma* di un ordine è data, appunto, da contegni tipici, ragionevolmente prevedibili e calcolabili dalle parti. [IRM, *L'ordine giuridico del mercato*, 4 s.]

La valutazione del mercato nella prospettiva più generale della connessione tra economia e diritto pone la questione centrale del suo rapporto con le «norme ordinarie», in termini più specifici dei confini e della portata dello statuto giuridico del mercato. Si tratta in sostanza di comprendere il nesso fra i due termini al fine di comprendere se il mercato sia un «luogo naturale», nel senso cioè che il mercato possa esistere anche senza la legge, ovvero se il mercato si identifichi con la legge che lo governa e costituisce. In una prospettiva strettamente economica si è contestato che il mercato possa essere considerato alla stregua di un istituto giuridico.

Le pulsioni e le convenienze manifestate dall'individuo, nonché le relazioni che esso intreccia come singolo o come soggetto facente parte di una comunità sono innanzitutto oggetto di osservazione da parte del legislatore. [...] Asserire quindi che «il mercato è la legge» che lo crea e la disegna, quasi che esso esista solo come espressione di una volontà trascendente (quella politica appunto), è in contrasto con le molte evidenze empiriche che la realtà presenta e con l'immagine dell'uomo massimizzatore del suo soggettivo interesse, in un mondo nel quale le risorse sono limitate in relazione ai desideri degli uomini. [DRAGHI, 3 s.]

In questa prospettiva il mercato vive anche a prescindere dalla legge e all'ordine giuridico del mercato è possibile contrapporre il mercato come realtà pregiuridica, suscettibile di essere analizzata in un contesto di ordine economico del diritto. In una prospettiva profondamente differente si pone la ricostruzione del mercato come *locus artificialis*, ordine derivante dalla conformazione legislativa operata dallo Stato, dalla consapevole decisione della comunità politico-economica.

Se il mercato è ordine disegnato da regole; e il contenuto di queste può oscillare dalla semplice delimitazione e protezione di campi di attività (i *nomoi* di Hayek) sino alla scelta di scopi e al comando di specifici comportamenti (le *theseis*); allora non abbiamo, per rigore di logica, un mercato, ma *tanti mercati quanti i concepibili contenuti delle norme ordinatrici*. Risulta così fondamentale, nel significato autentico del *'fondare'*, la *decisione del contenuto normativo*, che è poi null'altro dalla decisione circa un dato ordine degli scambi. Questa decisione ha netto carattere politico, onde si discorre di politica economica; e il rigore della volontà politica dà misura alla serietà e coerenza della decisione. Attraverso le regole ordinatrici, e la decisione che le sorregge e orienta, le scelte politiche imprimono fisionomia al mondo degli scambi e conferiscono ad esso quella *forma*, che è propria del singolo e storico mercato, e che altrimenti sarebbe diversa da ciò che è. Si consideri, ad esempio, l'elementare relazione di scambio tra prezzo e proprietà di una cosa: essa non è isolabile dalle norme che, nei diversi regimi storici, la prevedono e disciplinano. La decisione legislativa circa la capacità dei soggetti e la commerciabilità dei beni e le mo-

dalità dell'accordo e i diritti e obblighi delle parti, esprimendosi in un insieme di regole, dà forma alla relazione di scambio nel mercato tolto in esame. Quella relazione non è un'entità a-storica ed a-giuridica, non preesiste al diritto, ma esiste soltanto nel suo proprio statuto, nel suo prender forma da certe regole, e non da altre. [Irn, *L'ordine giuridico del mercato*, 11 s.]

Una diversa ipotesi ricostruttiva sottolinea invece che la componente «giuridica» svolge un ruolo determinante, ma non sufficiente nella ricostruzione della nozione di mercato. Muovendo dall'idea che le due tesi si contrappongano meno di quel che si creda, si sottolinea il «divenire dialettico» che caratterizza il rapporto fra precetto normativo e scelta economica.

L'evoluzione economica e giuridica del modello che sembra oggi essersi conclusa con l'esaltazione dell'economia di mercato non può essere studiata per separazioni nette. Vero è invece che l'affinamento del modello economico, che ha avuto come inevitabile presupposto l'osservazione di un (sistema normativo) di scambi già operante, ne suggerisce gli sviluppi, e che la scelta politica che lo riconosce e lo accetta struttura il precetto giuridico che lo rende vincolante. In un divenire dialettico che consente già all'interprete – ed è il monito del *Juristenrecht* – di adeguare il precetto normativo alla scelta economica che ritiene convincente. [LEONATI, 1546 s.]

Alla rappresentazione del mercato come *locus artificialis* conformato dalle norme ordinatrici fa seguito l'analisi delle modalità e delle tecniche giuridiche attraverso le quali si esprime la competenza dello Stato rispetto agli affari dell'economia.

Essa può manifestarsi nella forma di *principi generali*, ricavabili dalla disciplina legislativa di singole materie. Lo Stato provvede a regolare profili parziali del mercato – ad esempio, licenze di commercio, capacità d'agire, responsabilità delle società etc. – ma si guarda (perché non vuole o non sa) dall'enunciare una scelta complessiva e fondamentale. Spetta all'interprete di risalire dalle discipline parziali ai principi generali e di instaurare la necessaria unità e coerenza, sciogliendo le antinomie, disponendo le norme in gerarchia di applicazione e sceverando leggi caduche e leggi storicamente feconde. Ufficio tanto più arduo quanto più la disciplina delle materie economiche, non consegnata a un codice, sia dispersa nell'inesauribile molteplicità di leggi speciali, deliberate per forza di interessi occasionali o dinanzi a situazioni d'emergenza o per l'indole transattiva delle coalizioni politiche. In ogni caso, i principi generali, agevolmente o faticosamente conseguiti, presteranno utile servizio come *categoria interpretativa* di tutte le norme in materia economica e come *strumento di auto-integrazione* in ipotesi di lacune di discipline (art. 12 disp. prel. cod. civ.). [Irn, *L'ordine giuridico del mercato*, 14 s.]

Alla tecnica basata sulla disciplina di singole materie si affianca quella che trova il suo punto di riferimento nella più alta sede della «costituzione economica».

La formula viene usata in due diversi significati: o come *sintesi descrittiva* delle forze e poteri e soggetti, operanti nell'economia di uno Stato nel periodo di tempo preso in esame; o come *sintesi normativa* di principi e regole, dettati da una costituzione o da leggi costituzionali. Nel primo significato, la formula adempie una *funzione storico-politica*, poiché, accertando in concreto le forze dominanti nell'economia, provvede a salvaguardarle o le disvela nella lotta dei partiti, o ne addita e promuove il mutamento. Qui costituzione economica è propriamente il reale

ed effettivo *costituersi* delle imprese produttive e degli scambi. Un «essere» delle cose, non contrapposto a un loro «dover essere», ma accertato come tale e perché tale. Nel secondo significato, la formula aspira a un energico contenuto normativo, sicché sia in grado di vincolare il legislatore ordinario e di proporsi come categoria ermeneutica e strumento di auto-integrazione delle lacune. Qui costituzione economica è propriamente l'essenza delle norme costituzionali, volte a disegnare la forma di economia di uno Stato. Ma, a ben vedere, l'espressione è costruita con l'*indebita mescolanza di due criteri*: da un lato, il criterio giuridico, che designa la qualità delle norme considerate (appunto, le norme costituzionali); dall'altro, il criterio sostanziale della materia regolata (appunto, l'illimitata e generica sfera dell'economia). [Irn, *L'ordine giuridico del mercato*, 15 s.]

Le due modalità attraverso le quali si manifesta l'approccio della forma giuridica alla realtà economica tendono, nella prospettiva in esame, a integrarsi e a completarsi.

Le due tecniche, in cui può manifestarsi la presa di posizione nei confronti dell'economia, non si escludono, ma si integrano e completano. Alla disciplina delle materie economiche, non elevate al rango costituzionale, provvedono le leggi ordinarie, da cui sono ricavabili uno o più principi generali. La costituzione non esaurisce l'ordine economico: talvolta si limita a enunciare criteri direttivi e programmatici; spesso lascia interi campi alla legislazione ordinaria. I principi generali, che ne siano per avventura estraibili, sono bensì sottoposti al controllo di costituzionalità; ma una volta superato questo vaglio, vigono e operano nella duplice funzione interpretativa e integrativa. Certo, il loro grado di resistenza è affatto inferiore, e il sopraggiungere di altre norme ordinarie può modificarli o sostituirli; ma, in lunga o breve durata, adempiono sempre l'ufficio ad essi proprio. La decisione statale circa l'ordine dell'economia si serve insieme dell'una e dell'altra tecnica, giovandosi, di volta in volta, della rigidità delle norme costituzionali o della mutevole flessibilità dei principi generali. [Irn, *L'ordine giuridico del mercato*, 17]

Le tendenze del sistema economico, peraltro, non possono ritenersi estranee a «interventi giuridico-istituzionali» ispirati alla legge fondamentale.

La direttiva, impartita dalla legge fondamentale, di conformazione dell'economia a certi principi fissati nella costituzione formale sottende l'idea, antitetica al postulato del liberismo classico, che nel processo economico ciò che deve essere non coincide con ciò che è, che una disciplina delle tendenze del sistema economico mediante interventi giuridico-istituzionali è il necessario completamento della democrazia politica. Il diritto non è semplicemente una condizione esterna di possibilità dell'ordine economico, ma di questo è una componente strutturale. [MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata*, 33 s.]

4. (SEGUE) DALL'INTERVENTO PUBBLICO NELL'ECONOMIA ALL'ORDINE GIURIDICO DEL MERCATO.

Il tema del rapporto fra economia e diritto viene in evidenza anche nell'analisi delle vicende che hanno caratterizzato l'attuazione della c.d. costituzione economica. In tal senso viene in considerazione in primo luogo la stagione dell'interven-

to pubblico nell'economia, che trova un evidente fondamento nella cultura dominante nell'Assemblea costituente.

Nella cultura dominante nell'Assemblea costituente, accantonata dai governi di centro degli anni '50, ma ripresa e accentuata negli anni '60 e '70, dopo l'avvento dei governi di centro-sinistra, questa idea era espressione di una ideologia che vedeva il nucleo essenziale della costituzione economica nell'intervento pubblico nell'economia, attribuendo alla volontà politica il compito della stessa definizione dello sviluppo economico, con conseguente sovrapposizione di un modello giuridico ai meccanismi del mercato. In quegli anni un autorevole giuspubblicista poteva scrivere che "l'elemento che più di ogni altro condiziona lo sviluppo della società e determina anche la sua cultura non è l'economia, il modo con cui è organizzata la produzione, ma il diritto". Lo schema autorità-libertà era applicato all'economia non per garantire regole e correttivi al mercato, ma per dirigere le scelte degli imprenditori verso fini prestabiliti dal potere politico. [MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata*, 34]

Questo modo di intendere la costituzione materiale trova riscontro nell'interpretazione ampiamente condivisa secondo cui deve escludersi l'esistenza di una garanzia diretta dell'autonomia negoziale.

Sul versante della dottrina la lettura in questo senso della Costituzione produsse l'interpretazione, tuttora radicata nella giurisprudenza costituzionale, che nega l'esistenza di una garanzia diretta dell'autonomia negoziale e, quindi, non riconosce la libertà di contratto tra i diritti inviolabili presidiati dalla clausola generale dell'art. 2; l'interpretazione dei fini sociali, tutelati dall'art. 41, 3° comma, come fini essenzialmente sovrapposti al mercato [...]. [MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata*, 33 s.]

Negli anni successivi si realizza un radicale mutamento nell'impostazione del rapporto fra economia e diritto e, quindi, nel modo di intendere la relativa disciplina costituzionale. Questa trasformazione è dovuta a una serie di fattori: la crisi dello Stato sociale, ormai incapace di far fronte all'accresciuta mole di compiti e alla relativa spesa, la rivoluzione tecnologica e l'integrazione dell'Italia nel Mercato comune europeo. A partire dagli anni '80 ci si rende conto che gli interventi pubblici finiscono per soffocare il mercato; il mutamento che ne consegue si identifica con il «tramonto del primato della politica sull'economia».

A partire da quegli anni, nelle opzioni di valore, che danno un senso ai fatti e determinano l'agire sociale e politico, le esigenze di efficienza economica e di produttività delle imprese acquistano un valore decisivo. L'art. 41 della Costituzione, in particolare il terzo comma, viene ora letto nel senso di un sistema aperto di economia di mercato, cioè nel senso che i fini sociali, ai quali deve essere indirizzata dai pubblici poteri l'attività economica, includono anzitutto le finalità inerenti al funzionamento del mercato in condizioni correttamente concorrenziali e alla competitività delle imprese sui mercati esteri. [MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata*, 35]

La prospettiva comunitaria determina una nuova configurazione del mercato nazionale, con l'inevitabile trasformazione delle modalità di intervento dello Stato,

che tende progressivamente a ridimensionare il suo intervento diretto nell'economia per collocarsi sul diverso piano della regolazione del mercato volta a garantirne correttezza ed efficienza.

Nel volgere di un decennio si è capovolta la prospettiva nella quale si erano definiti i rapporti tra diritto ed economia; in una dimensione istituzionale, dalla giustificazione della creazione di forme giuridiche intese a mediare i conflitti tra interessi forti e interessi deboli, e a soddisfare le istanze sociali, si è passati alla critica serrata all'intervento dello Stato sul mercato, sia come legislatore sia come imprenditore; alla regolamentazione del mercato si è sostituita la 'regolazione'; tutti gli interessi in gioco (e i loro titolari) si sono posti sul medesimo piano, in competizione tra loro; si è ripensato il ruolo dello Stato che, da custode dei diritti, governatore dell'economia, dominatore dell'attività sociale è stato ridimensionato in mero spettatore della lotta tra gli interessi in conflitto, fautore delle iniziative private, (lucrative e solidaristiche) fino a divenire controllore della correttezza del gioco; e il gioco si è considerato corretto quando non vi sono frodi, ma lealtà di comportamento, non vi è appropriazione esclusiva delle informazioni ma si assicura la loro circolazione, non vi è sostegno di una parte, ma pari condizioni per tutti. [ALPA, *Trattato di diritto civile*, 463]

Questo diverso modo di guardare ai fenomeni economici, al mercato come luogo efficiente e dinamico, ha determinato una differente considerazione del diritto e della sua funzione. In tale prospettiva il mondo delle regole che compongono il c.d. «diritto mite» appare

non più rigido e sclerotizzato, non più imposto dall'alto, ma formato da regole che nascono dal profondo dei rapporti sociali ed economici, che sono espressione dell'autonomia privata, alla quale si intende affidare non solo la loro creazione ma anche il loro controllo. La rappresentazione ideale (quasi idilliaca) del mercato libero e del gioco *fair* ha preso campo in modo quasi naturale, sull'onda della globalizzazione, dell'evoluzione delle tecnologie, della riformulazione dei rapporti sociali. L'economia si è riappropriata delle logiche antiche, travestendole con nuove immagini e nuove terminologie; la politica sembra aver abdicato alla sua vocazione trainante, lasciandosi guidare dalle logiche dell'economia; il diritto sembra essere tornato a mera forma, quasi completamento di un motore dell'agire sociale che trova la sua ragion d'essere e la sua spinta nell'economia del mercato. [ALPA, *Trattato di diritto civile*, 464]

In questa prospettiva la globalizzazione, intesa come «deteritorializzazione» dell'esperienza giuridica implica la rottura della statualità del diritto, del «rigido controllo statale del diritto».

Se ieri il legame, il vincolo, tra diritto e volontà politica aveva quasi i caratteri della necessità, ora la virulenza e la capacità di imperio delle forze economiche impongono altre fonti di produzione. Il legislatore statale è lento, distratto, bassamente prono alle voglie dei partiti politici; la giustizia statale non è in grado di corrispondere alle esigenze di rapidità e di concretezza della prassi economica. Si aggiunga che Stato e giustizia statale si collocano ancora in un'ottica territoriale, che è asfittica per la circolazione capitalistica ormai globale. [...] Di più: se il diritto moderno può considerarsi un diritto interamente pubblicizzato, dal momento che lo Stato si preoccupa perfino della disciplina dei rapporti privati nella vita quotidiana dei privati (l'esempio clamoroso è il codice civile), con il diritto della globalizzazione si ha nuovamente (come si aveva

nell'antico regime prerivoluzionario) un diritto privato prodotto da privati. Dunque, due risultati storicamente ragguardevoli (anche se possono essere variamente considerati e valutati): pluralismo giuridico, perché pluralità di fonti; re-privatizzazione di larghe zone del pianeta giuridico. [GROSSI, 157 s.]

Non manca tuttavia il richiamo all'esigenza di lavorare per un «governo del processo economico» al fine di non snaturare la funzione del diritto.

Con retorica ci si è interrogati su chi o su cosa possa essere in grado di arrestare lo strapotere delle lobbies economiche. Certo, non basta la regolamentazione del singolo contratto. Il *punctum dolens* è il rapporto tra economia e diritto. Al riguardo, si è opportunamente chiarito che mentre il giurista serve la norma, l'economista si serve della norma; si è altresì precisato che, allorché si discorre di affidamento e di buona fede, occorre comprendere in che direzione vadano utilizzate siffatte clausole. Avverto, tuttavia, la necessità di insistere sul primato della politica e sul primato del diritto. Nella amara consapevolezza di un'economia che assurge a possente "legge economica" e di un diritto che "arranca" nella sua regolamentazione, non ci si può arrendere *a priori*: rinunciare al governo del processo economico significherebbe rinunciare alla precipua funzione del diritto. Ad onta dell'esistenza di un "supposto" principio secondo il quale l'economia si regolerebbe da sé va tenacemente difeso il primato della politica. [PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, 36]

Nello spazio economico e giuridico europeo il processo di strutturazione del mercato si configura in termini nuovi nella misura in cui finisce per essere guidato dalle istituzioni comunitarie.

La novità fondamentale del fenomeno consiste nel fatto che in primo luogo tale processo di strutturazione del mercato non è affidato soltanto alla semplice competizione tra i pacchetti di regole presenti nei singoli mercati. Esso è guidato da una 'autorità' complessa (le istituzioni comunitarie) dotata di potere legislativo e di potere giurisdizionale. Di conseguenza, l'autoregolamentazione da parte degli operatori economici, che nel passato ha rappresentato la via maestra per la formazione e lo sviluppo della *lex mercatoria*, è destinata a svolgere un ruolo diverso, nel senso che rileva se e in quanto ad essa si sia inteso legislativamente assegnare una delega nel processo di normazione. In secondo luogo, e ciò spiega anche la presenza di un potere legislativo 'esterno' rispetto ai protagonisti delle operazioni economiche, la strutturazione di un mercato unico a livello del territorio europeo non interviene in un vuoto normativo, come è avvenuto in epoche remote, bensì in una situazione storica nella quale ciascun paese ha proprie discipline di mercato. [JANNARELLI, 14 s.]

5. DIRITTO, GLOBALIZZAZIONE E SCIENZA GIURIDICA.

Il rapporto fra diritto e globalizzazione si inserisce nell'ambito di una riflessione di carattere più generale sulle formule della *territorialità* e della *spazialità*.

Tali espressioni servono a designare, con certa sobrietà ed efficacia, i tratti del nostro tempo, e a dirci che il diritto è ormai *geo-diritto*. Da un lato, le province della terra, le piccole o grandi patrie, custodi delle differenze, inconfondibili per linguaggio usi tradizioni. Qui vige la potenza

del confine, che limita e circonda, include ed esclude, separa il dentro e il fuori. Chi sta dentro acquista identità, è membro della *civitas*. Forestiero è colui che sta fuori. I confini determinano i luoghi, in cui si costruisce la nostra singolarità e si esercita la nostra appartenenza. Questo 'far parte' è il concetto fondamentale: il 'far parte' implica e determina un tutto; reclama la presenza di altre 'parti'; eredita dal passato e trasmette al futuro. Ecco la cornice di figure e di miti, che hanno accompagnato la formazione e sviluppo degli Stati sovrani. Il diritto è potere sui luoghi: ciascun rapporto giuridico ha sede sulla terra, in questo o in quell'angolo, e perciò diviene prevedibile e regolabile. Nel declino degli Stati, il potere territoriale non si spegne, ma si trasferisce, per così dire, nelle 'regioni' più elementari ed originarie: dove 'regioni' indica non soltanto un livello dello spirito, ma pure concrete entità e fonti di norme. La riforma costituzionale, deliberata in Italia nel 2001, ne dà piena prova. La sua logica è tutta nella polarità tra le molteplici Regioni e la comunità europea. Di contro ai luoghi della terra, definiti e conclusi, sta la dimensione planetaria della tecno-economia. Qui non discuto se il capitalismo, come inappagata volontà di profitto, si serva della tecnica, o se invece quest'ultima pieghi a sé gli scopi dell'economia. Preme soltanto di cogliere i fenomeni della spazialità, che non conoscono confini e misure, che non abitano in alcuna provincia della terra, che costituiscono un non-luogo astratto ed artificiale. Nella rete globale si tessono innumerevoli rapporti, circolano incessantemente capitali e valori, emergono nuovi beni, s'intreccia un'indefinita quantità di scambi. [IANNARELLI, *Nichilismo giuridico*, 9 s.]

Una ricostruzione di questo tipo pone comprensibilmente la questione del ruolo del diritto, in particolare, per quanto ci riguarda in questa sede, del diritto civile.

Il diritto civile non si sottrae, non può in alcun modo sottrarsi, all'urto delle grandi potenze - territorialità e spazialità - che dividono i singoli e il mondo. Basti soltanto riflettere, entro il nostro orizzonte, alla tensione tra ciò che è diritto comunitario e ciò che è, e soprattutto sarà, diritto privato regionale. Uniformità contro particolarismo, tipizzazione contro differenze, anonima ripetitività contro singolarità dei casi, illimitatezza contro protezione dei confini. *Nihil in medio*: in mezzo, nessuna istanza di equilibrio e di forza pacificante, ma soltanto il vuoto, in cui le due potenze si precipitano con impeto ed esiti imprevedibili. Logorando e svuotando lo Stato, abbiamo aperto un abisso, dove si scontrano, venute dal basso e dall'alto, le forze dell'epoca: la volontà planetaria di profitto e l'oscuro movimento delle offese diversità. [IANNARELLI, *Nichilismo giuridico*, 11]

Il processo di globalizzazione dell'economia non coinvolge soltanto l'Europa, ma il mondo intero sicché anche la prospettiva comunitaria appare non di rado limitata e arbitraria.

Oggi, in effetti, ci si deve confrontare con due *leges mercatoriae*. Da un lato, c'è la *lex mercatoria* a livello globale, che si ispira al periodo prerivoluzionario francese e recepisce come norme le imposizioni provenienti da gruppi dominanti l'economia internazionale. È inutile sottolineare che tale *lex* importa un deficit di democrazia, atteso che a poco servono i legislatori nazionali o europei se le regole del gioco sono prefissate dalle grandi multinazionali, le quali nel perseguire i loro egoistici interessi, impediscono in concreto l'auspicabile raggiungimento di un'equa mediazione con la controparte debole di turno. Da altro lato, c'è invece la *lex mercatoria* a livello comunitario, la quale forma parte integrante del nostro ordinamento giuridico e si ispira non già soltanto alla salvaguardia dell'interesse dei produttori, ma al raggiungimento di un giusto

momento di equilibrio fra interesse della produzione e interesse del consumatore, com'è confermato da tutta la legislazione comunitaria, soprattutto quella emanata negli ultimi dieci anni, che mira a tutelare il consumatore, a difenderlo dai monopoli, dai prodotti difettosi, dalle vendite aggressive, dalle clausole abusive. Non si tratta di una *lex mercatoria* imposta dai mercanti, ma di un diritto che è il prodotto di un'attenta mediazione politica all'interno delle istituzioni nazionali e comunitarie. Soltanto allorché mercato ed istituzioni avranno raggiunto un soddisfacente momento di coniugazione nel realizzare il valore della persona, allora un ordinamento potrà essere considerato assiologicamente apprezzabile e universalmente condivisibile. [PERLINGIERI, *Il diritto civile oggi*, 260]

Nella prospettiva irtiana le trasformazioni del diritto non possono restare prive di conseguenze sulla scienza giuridica, sul metodo con cui essa è chiamata ad analizzare il suo oggetto.

E noi giuristi non siamo innanzi a questo mondo, ma *dentro* questo mondo; e non possiamo trattarlo e manipolarlo con il metodo di ieri, cioè aprendoci la via mediante gli attrezzi di un mondo che non c'è più. Non possiamo ridurre il diritto a un semplice oggetto, e usarlo con vecchi strumenti, che sarebbero capaci (come? Perché?) di restituirlo ad unità e di farcene una tutela protettiva. Il metodo può solo nascere dall'intima vicinanza all'oggetto, dal renderlo interno alla nostra temporalità. Non più trattare diritto nuovo con un pensiero antico, ma un pensiero nuovo, che tutto sorga dentro la situazione storica. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 12] Il metodo dei nostri studi, disperando di qualsiasi asilo o cripta misteriosa, deve rendersi solidale con questo divenire, con questa mancanza di destinazione. Abbandono alla contingenza non significa dispersione di categorie concetti istituiti, che la dottrina giuridica ha faticosamente costruiti nel tempo; non significa grezzo e giornalistico divulgare, soltanto adatto a trascrivere il contenuto delle norme; non significa, infine, anarchia metodologica, capricciosa e arbitraria scelta di tecniche e procedure investigative. Vuol dire totale consapevolezza delle potenze, che agitano la nostra epoca, del loro dividersi e scontrarsi, sicché quegli utensili logici non s'industriano invano a recare ordine dove dominano il caos, o unità dove tutto si scompone e dissolve. Le vecchie dispute – tra esegesi e sistema, concetti e interessi, analisi linguistica e analisi economica, e via seguitando – sono assorbite entro questa consapevolezza, dentro un pensiero che non rifiuta di pensare il proprio tempo. Noi entriamo nelle norme con l'occhio di concetti, elaborati e trasmessi da secolare tradizione; e non potremmo diversamente. La coscienza della nostra epoca ci ammonisce a non sovrapporli al contenuto normativo, e, dove sia necessario (cioè, dove il testo positivo li neghi e rifiuti), a lasciarli cadere ad uno ad uno, sacrificando una fittizia continuità e accettando il rischio della rottura e della crisi. Nessuna dottrina del metodo può restituirci ciò che è tramontato. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 13 s.]

Il tema dell'atteggiamento della scienza giuridica nei confronti della globalizzazione emerge anche nella riflessione dello storico, il quale, da un lato ne sottolinea le opportunità, dall'altro ammonisce sui rischi legati a «un'accettazione acritica».

Un diritto di prassi – abbiamo detto –, che viene dal basso, dall'esperienza. Del maggior profitto possibile. [...] Che fare da parte dei giuristi? Innanzi tutto, mi sembra che un imperativo non eludibile sia di rimboccarsi le maniche e occuparsene, senza ripugnanze derivanti da purismi formalistici, ma anche senza quei facili entusiasmi che sono sempre i peggiori consiglieri per gli uomini di cultura. Occuparsene, con la forza e il sussidio di due atteggiamenti psicologici positivi tanto difficili da armonizzarsi reciprocamente, e cioè coraggio e vigilanza. Occuparsene nel ten-

tativo di ordinare un grandioso fenomeno, di impedire o attenuare facili degenerazioni. Occorrerà una coscienza legante che manca alla diaspora mondiale dei giuristi: non la coscienza legante di un ceto, perché fuorviante, posto che l'ottica dovrebbe essere ben lontana da fini corporativi, ma la consapevolezza di uomini di scienza e di prassi accomunati dal possesso di un certo pensiero, di certe conoscenze, di certe tecniche e uniti dalla certezza del valore ontico del diritto per la vita di una comunità locale o globale. [GROSSI, 164]

6. NICHILISMO GIURIDICO.

La riflessione sul rapporto fra nuovi scenari normativi e ruolo della scienza giuridica trova oggi uno dei capitoli maggiormente controversi nelle tesi formulate da Natalino Irti in tema di nichilismo giuridico. Nella prospettiva irtiana, come si è visto, l'adesione del giurista all'oggetto della sua ricerca implica sul piano del metodo la necessità di una visione «tutta immersa e calata nella storicità delle forze, da cui il mondo è agitato e diviso», l'accettazione della «temporale datità delle norme».

Qui si scopre l'intima connessione tra fonti, metodo e sistema: le fonti ci offrono la datità delle norme, cioè le norme come insuperabile orizzonte del nostro lavoro; il metodo, adeguandosi all'oggetto, collauda la capacità esplicativa dei concetti tradizionali, e dunque accerta se siano da conservare correggere sostituire. Questa lettura, metodicamente interna all'oggetto, ci rivela il grado di unità e di coerenza delle norme tolte in esame, e, dunque, la possibilità che esse siano ordinabili in uno o più sistemi, ovvero si muovano e disperdano fuori da ogni sistema. L'oggetto, reclamante l'adeguatezza del metodo, determina esistenza o inesistenza di una totalità sistemica. Il giurista non può *apportare*, ossia portare dall'esterno, quello che nel diritto non c'è o più di quello che in esso già c'è. Quando le norme, prodotte da contingenti volontà e da occasionali interessi, rompono con la tradizione, cioè con il linguaggio definitorio e classificatorio del passato, l'interprete non può reintegrarle in una continuità simulatrice né rivestirle di antichi e solenni panni. Qui non si tratta di osservanza del metodo, ma di dovere di sincerità e di adesione all'oggetto. La concreta e storica intelligenza delle norme determina il proprio metodo. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 15 s.]

La possibilità di restituire coerenza e unità al sistema viene negata muovendo dall'idea che non vi sarebbe più una comunità capace di assolvere tale compito, a causa della logica conflittuale introdotta nei rapporti umani dall'espansione del mercato.

Il punto è, a mio vedere, che la comunità, capace di raccogliere il diritto in coerenza ed unità, non esiste più; o forse sopravvive soltanto in quella regione del mondo, che prima ho chiamato dei luoghi e delle differenze. Il mercato globale, spogliando l'uomo di qualsiasi identità e riducendolo a funzione del produrre e dello scambiare, non genera alcuna comunità. Gli attori del mercato non stanno insieme, ma l'uno di fronte (o di contro) all'altro. Essi hanno in comune soltanto il meccanismo di trasmissione. L'unica loro appartenenza riguarda la tecnica. Si scorgono, insomma, soltanto la potenza dello spazio mercantile e la potenza dei luoghi storici, le quali lottano per il dominio del mondo. Non c'è – o non vedo – un interesse fondamentale, che sia così

forte da piegarle e sottometterle, riducendole a varianti di una sfera superiore. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 16 s.]

Un'impostazione di questo tipo si riflette evidentemente sul piano del metodo, per il quale si predica la necessità di essere calati nella complessità del divenire.

Non è davvero nel mio proposito di screditare l'efficacia del metodo, o di una od altra tecnica di indagine, e di consegnare le norme ad una lettura tanto immediata quanto povera ed effimera. E nemmeno si vuol dettare uno stanco e tardo capitolo di esistenzialismo giuridico, o aggiungere taluna pagina alla letteratura della disperazione. Si tratta soltanto di rompere la fissità a-storica del metodo, un rifugio evasivo che suscita malessere negli studiosi, risveglia di continuo un'infelice problematicità, e urta nelle caratteristiche proprie del nostro tempo. Essere giusti verso il passato senza precludersi l'immagine più schietta e veritiera degli anni che ci è dato di attraversare, sicché il metodo si faccia interno a noi, modo di essere della nostra stessa vita. E se questa vita, tormentata da potenze immani, divisa tra volontà planetaria della tecno-economia e antica misura dei luoghi, non ci porge un principio di unità; se neppure si profila un nuovo inizio, e tutto è caduto in arbitrario divenire; ebbene di questo non può tenersi colpevole il giurista, né far carico al suo libero sguardo. Le cose stanno lì: *volentem ducunt, nolentem trahunt*. Esse guidano le volontà disponibili; trascinano le volontà riluttanti. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 17]

La riflessione irtiana sul nichilismo finisce in tal modo per trovare uno dei capitoli centrali nel rapporto fra diritto e valori.

Il diritto è ormai consegnato alla solitudine della volontà umana. La quale non sta ferma ed immobile, ma genera lotte tra visioni del mondo, prospettive di vita, interessi economici e politici. Respinta l'incondizionata assolutezza di valori, che siano rivelati da un Dio o suggeriti dalla natura o dedotti dalla ragione, il diritto non rimane senza 'valori'. Ma questi cala e risolve nel processo storico: molteplici e relativi, caduchi e instabili, tra i quali la volontà dell'uomo è chiamata a determinarsi ed a scegliere. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 22] Questa smarrita solitudine, questa perdita di ogni centro che non sia l'energia della volontà, apre le porte del diritto al 'più sinistro fra tutti gli ospiti', il *nichilismo*. [...] La svalutazione di tutti gli antichi valori - i quali, teologici o naturalistici o razionalistici, pur consentivano all'uomo di orientarsi fra le cose, e si facevano guida del suo agire -; quella svalutazione consegna il mondo alla volontà di potenza. Il senso del diritto non è più ricavato dalla parola di un Dio o dall'eterna natura o dall'universale ragione. Esso si racchiude per intero nella volontà, che, interpretando il mondo, vi dispiega la propria energia e si sforza di asservirlo a propri scopi. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 24]

L'analisi dei giuristi in questa materia, piuttosto che restituire centralità ai «valori» finirebbe per rivelarne «l'incoltabile perdita».

Quei 'valori' sono collocati in carte costituzionali o dichiarazioni universali, cioè in altri documenti della volontà umana, sempre revocabili modificabili violabili. Si scopre così che essi non provengono da una fonte universalmente e incondizionatamente valida, ma esistono perché gli uomini vogliono che esistano, che il loro senso deriva dalla volontà che abbiano un senso. La loro coerenza non è diversa dalla coerenza di qualsiasi altra norma. [...] Il vorticoso succedersi di norme giuridiche, emanate modificate abrogate in tutte le officine della terra, attesta la 'nientità' del diritto, la convinzione che esso sia producibile con la forza esclusiva ed arbitraria della volontà. Il problema della 'verità' perde qualsiasi importanza; e, come esso si separa dalla bel-

lezza artistica, così si fa estraneo e ignoto al diritto, il quale risponde ormai soltanto alla domanda della validità, cioè sul regolare e produttivo funzionamento delle procedure. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 24 ss.]

I fenomeni che costituirebbero la modernità giuridica sarebbero, dunque, il nichilismo e il formalismo.

La validità del diritto, cioè il *valere* della norma come norma, dipende soltanto dal *volere*, che abbia percorso le procedure e assunto le forme stabilite (stabilite - è ovvio - sempre dalla volontà, la quale è dunque in grado di modificarle sostituirle). Nel formalismo è la salvazione del diritto: abbandonati i contenuti alla loro insensatezza (o, meglio, all'infinita molteplicità di 'senso' e di scopi, decisi dalle forze in campo), il diritto si rifugia nell'artificialità di macchine produttrici. I *valori formali*, del tutto indipendenti dai contenuti, cioè dalle materie immesse e trattate nelle procedure, garantiscono di per sé la validità del diritto. E se ancora si parli di ragione, essa non è altro dalla *razionalità tecnica*, dal regolare funzionamento delle procedure. [Irti, *Nichilismo giuridico*, 27] Soltanto la forma, struttura oggettiva e impersonale, ospitante aperta e indifferente, corrisponde al divenire delle norme, al loro nascere dal nulla e ritornare nel nulla. Le procedure produttive di norme sono l'ambito posta del giuoco politico e sociale. Chi ne prende possesso ha in mano la tecnica per il dominio coercitivo delle altrui volontà. Il formalismo porge l'autentica e veridica immagine del nichilismo giuridico. Nel naufragio dei tempi, il diritto ha afferrato il salvagente della forma. [Irti, *Il salvagente della forma*, VIII s.]

7. DIRITTO E VALORI.

Le riflessioni di Natalino Irti sull'evoluzione più recente dell'esperienza giuridica e sulle prospettive della cultura giuridica, in particolare sul rapporto fra diritto e tecnica e sul nichilismo giuridico, hanno determinato un dibattito che ha finito comprensibilmente per assumere carattere interdisciplinare. In questa sede non è possibile analizzare in modo dettagliato le posizioni dei singoli autori, piuttosto appare utile segnalare le «voci» di alcuni autorevoli giuristi che hanno in vario modo espresso la loro opposizione a una deriva nichilistica dell'esperienza giuridica. Fra i primi a intervenire sulle materie in esame, in particolare sul dibattito fra Irti e Severino in tema di «diritto e tecnica», Luigi Mengoni, il «giurista dei valori», pone in evidenza i rischi di una radicalizzazione della concezione positivista del diritto.

Questa concezione, derivata dalla teoria pura del diritto di Hans Kelsen, si regge su una triplice finzione: la finzione di una mitica norma fondamentale che legittima tutto quanto senza essere a sua volta suscettibile di giustificazione razionale; una presunzione, che in realtà è una finzione, di razionalità collegata alla regolarità formale dei procedimenti di formazione delle singole norme; infine la finzione di completezza, di totale auto-sufficienza dell'ordinamento giuridico, per cui tutto ciò che non è integrabile nelle sue categorie formali è privo di senso, ossia giuridicamente irrilevante. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 4]

A questa concezione Mengoni contrappone quella, di matrice kantiana, che trae origine dal positivismo della nostra tradizione.

Il positivismo moderato della nostra tradizione è teoricamente e metodologicamente formalistico, in quanto opera con categorie sistematiche assiologicamente neutre; ma in tali categorie erano per così dire cristallizzati (e insieme occultati dal linguaggio avalutativo del formalismo giuridico) i valori morali del giusnaturalismo moderno, che erano poi i valori della società borghese conformi ai valori dell'Europa cristiana. Perciò la giustificazione formale di una proposizione normativa – di un enunciato legislativo o di una regola concreta di decisione elaborata dal giudice – mediante il controllo di coerenza con la razionalità del sistema giuridico ne garantiva in pari tempo il fondamento morale. La validità di una legge era subordinata non solo all'essere stata posta in conformità di regole di competenza e di procedura, ma anche alla condizione di riducibilità logica del suo contenuto alle strutture concettuali del sistema normativo, e quindi, per questa via, alla fondabilità di un nucleo di principi morali sottesi ai concetti formali posti al vertice del sistema. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 5]

Una concezione di questo tipo, strettamente collegata alla società borghese dell'Ottocento, deve fare i conti naturalmente con le caratteristiche di una società complessa.

Siffatta concezione non è più sostenibile nella società complessa che è venuta evolvendosi nel secondo dopoguerra, pluralistica e fortemente dinamica a causa dell'accelerazione del progresso tecnologico, che ha rivoluzionato i modi della produzione sociale, i modi di pensare, l'ambiente e gli stili di vita, mutando profondamente la condizione umana. Ma non credo che l'alternativa alla quale è orientato l'ordinamento giuridico in risposta al cambiamento sociale sia il ripiegamento su un positivismo radicale (allineato sulle posizioni filosofiche del non-cognitivismo etico), che interrompe ogni comunicazione del sistema normativo con valori metagiuridici separando il problema della validità della pretesa veritativa del diritto e degradando quest'ultima a mera validità procedurale. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 6]

Il rischio di una ricostruzione del diritto privo di collegamenti con valori metagiuridici è quello della solitudine dell'uomo in un mondo essenzialmente privo di senso.

Negando la possibilità di una fondazione conoscitiva dei valori (sia pure in via indiretta o analogica, cercandoli e riconoscendoli nelle loro aggettivazioni storiche), il nominalismo normativista lascia solo l'uomo in un mondo che si suppone vuoto di senso e gli addossa la responsabilità di creare dal nulla una norma che fissi il discrimine tra bene e male, tra lecito e illecito, discrimine necessario perché possa formarsi una *societas*, una convivenza umana. Ma è una responsabilità che l'uomo non è in grado di sopportare: il diritto è un prodotto della storia, ma non è giustificato dalla storia. Altro è riconoscere la storicità del nostro modo di conoscenza dei valori, altro attribuire alla storia una funzione istitutiva dei valori. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 6]

Le considerazioni critiche di Mengoni si estendono quindi alla valutazione della natura e della portata dei principi morali incorporati nella Costituzione repubblicana, ricondotta nella prospettiva irtiana alla stessa logica procedurale delle leggi ordinarie.

L'innovazione basilare della costituzione sta nel passaggio dal punto di vista esterno al punto di vista interno, ossia nella stabilizzazione del punto di vista morale all'interno del diritto positivo

come istanza di controllo di legittimità sostanziale delle leggi. Irti obietta che "i controlli di costituzionalità cui sono sottoposte le leggi ordinarie sono svolti in base a norme di grado superiore, le quali, proprio come tali, appartengono alla stessa logica procedurale e da questa attingono la loro verità". L'obiezione (legata al riduzionismo ontologico dello scientismo kelseniano) non coglie pienamente la portata dell'innovazione. I principi morali incorporati dalla costituzione nella forma dei diritti fondamentali, oggettivamente intesi come principi elementari dell'ordinamento, acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità, senza perdere il loro status originario. Essi appartengono in pari tempo al diritto e alla morale, di guisa che, da un lato, è restituita al diritto positivo la fondazione in un ordine oggettivo di valori sostanziali, e non semplicemente nella legalità procedurale, dall'altro è salvaguardata la sua autonomia assoggettando la determinazione dei criteri di integrazione – che non può avvenire se non caso per caso in relazione a singoli contesti concreti – ai modi, alle procedure e ai vincoli specifici dell'argomentazione giuridica. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 7]

Viene infine in evidenza, nella prospettiva costituzionale, il rapporto fra esercizio dei diritti individuali (collegato allo scientismo tecnologico) e principio di solidarietà.

I principi costituzionali non si oppongono al progresso della tecnica, di cui nessuno può ignorare i grandi benefici portati all'umanità, ma resistono alle conseguenze negative dello scientismo tecnologico, la forma attuale della volontà di potenza. Lo scientismo tecnologico costituisce l'uomo sovrano della norma e padrone dei suoi fini, e in questo senso è rigorosamente antropocentrico; la costituzione riconosce alcuni valori morali, ravvisati come oggettività ideali come "rapports de justice possibles", traducendoli in principi giuridicamente vincolanti per il potere legislativo, cioè criteri superiori di scelta di fini e mezzi il cui rispetto è un requisito di validità della legge. Lo scientismo tecnologico attribuisce valore preminente all'individuo; la costituzione corregge l'individualismo originario della teoria dei diritti umani: nella sua prospettiva l'esercizio dei diritti individuali è temperato dal principio di solidarietà. [MENGONI, *Diritto e tecnica*, 7 s.]

La successiva replica di Irti alle osservazioni critiche di Mengoni mira in primo luogo a chiarire la portata della «triplice finzione» di matrice kelseniana su cui troverebbe fondamento l'atteggiamento di «radicale positivismo».

Le tre «finzioni» sono, a ben vedere, *soluzioni di tre problemi*, che il giurista non può eludere: il problema del fondamento di validità di una norma o di un insieme di norme; il problema dei meccanismi produttivi di norme; il problema della distinzione tra ciò che ha senso giuridico e ciò che non ne ha. Il positivismo radicale si prova a risolverli secondo criteri di ferma immanenza e di assoluta storicità. In questa prospettiva, la norma fondamentale (*quale che sia*) non ha bisogno di alcuna «giustificazione razionale»: essa, non rinviando ad altra norma, impedisce il naufragio nel regressus ad infinitum e spiega la validità di tutte le norme inferiori. La «razionalità» delle procedure produttive di norme coincide con la loro capacità di funzionare, con la loro apertura a qualsiasi contenuto e materia di regolazione. Né il «senso» giuridico può esser ricavato da altro che dalla fonte di giuridicità, da quel mutevole e variabile canone, da noi prescelto, onde ci è permesso di leggere le cose con gli occhiali del diritto. [IRTI, *Dialogo su diritto e tecnica*, 104 s.]

Altro tema sul quale si sofferma la replica irtiana è quello del rapporto fra valo-

ri e Costituzione, della natura che essi assumono nella Carta pur conservando il loro *status* originario.

I 'valori', succeduti a quelli della società borghese, sono - scrive Mengoni - "incorporati nella Costituzione nella forma dei diritti fondamentali, [...] acquistano natura giuridica e, con essa, un nuovo modo di validità senza perdere il loro status originario". E quale è mai codesto *status*, che non si perde, e tuttavia si accresce in un "nuovo modo di validità"? - risponde il nostro critico - un "oggettività ideale", una superiorità di "fini e mezzi il cui rispetto è un requisito di validità della legge". Qui il pensiero di Mengoni, che poco prima ha effettivamente descritto ascesa e declino dei 'valori' ottocenteschi, e dunque professato la storicità di essi, si garantisce e presidia con "oggettività ideali" (non so da chi e come percepite), le quali parteciperebbero di una duplice natura. Insieme, ideali e reali, meta-positive, meta-storiche e storiche. La storia, che sopra ci appariva produttrice di "valori", è degradata a verbalizzare 'valori' preesistenti, 'essenze' immutabili ed esterne. Se soggettivistica è la scelta di una 'mitica norma fondamentale', ancora più arbitraria è l'intuizione di codeste oggettività o essenze. Le quali, con insanabile contraddizione, mentre condizionano la validità di qualsiasi legge, hanno pur necessità di farsi legge; mentre stanno oltre la positività e la storia, hanno pur bisogno di calarsi nelle vesti caduche delle costituzioni. Quelle 'essenze' non rafforzano la normatività giuridica dinanzi al potere della tecnica, ma rischiano piuttosto di esiliarla in un 'ideale' tanto alto quanto lontano. [Im, *Dialogo su diritto e tecnica*, 107 s.]

E conclude, sul rischio paventato da Mengoni della «solitudine» dell'uomo di fronte alla responsabilità che su di lui fa gravare il normativismo, evocando ancora una volta la volontà di potenza che caratterizza la condizione umana.

Mengoni avverte, con strenua sensibilità, la solitudine dell'uomo, a cui il normativismo addossa la responsabilità della scelta; e reputa questo peso troppo grave, e i fragili mortali non capaci di sopportarlo. Qui osservo che la tecnica è una concreta volontà di potenza, spiegateci sulla natura e sulle cose terrene, e che a essa possono resistere soltanto altre volontà di potenza, volte a raffrenarla od orientarla. Il campo della lotta è segnato dalla condizione umana. [Im, *Dialogo su diritto e tecnica*, 108]

Su quest'ultimo aspetto, in particolare sui rischi di «smarrimento della dimensione sociale» collegati alle impostazioni dello scientismo tecnologico, si sofferma, nel ripercorrere l'itinerario culturale e spirituale di Luigi Mengoni, la riflessione di Nicolò Lipari.

Chi oppone forza a forza si colloca in un'ottica inevitabilmente pessimistica e finisce per assegnare alla giuridicità il ruolo subalterno di una mera ratifica di esiti consumati, perdendo di vista la stessa differenza fra legge e diritto. Il messaggio di M. è invece intrinsecamente ottimista e per questo offre alle nuove generazioni una prospettiva di speranza (una speranza non semplicemente intuita o vagheggiata, ma convinta e ragionata) capace di intendere il diritto - cui viene restituita una funzione decisiva e insostituibile - quale strumento idoneo a ridare nuovo spessore a rapporti che la società tecnologica tende a disumanizzare. [...] Ridare al diritto la sua genuina dimensione umana quale strumento idoneo a restituire nuovo spessore a rapporti che la società della tecnica tende a disumanizzare, vale anche ad aiutare le nuove generazioni a superare quel senso di disorientamento e disgregazione che si riconnette allo smarrimento della

dimensione sociale (che sempre si accompagna alle impostazioni dello scientismo tecnologico). [LIPARI, *Luigi Mengoni ovvero la dogmatica dei valori*, 1112]

Altra voce autorevole in questo dibattito è quella di Pietro Perlingieri, che mette in guardia dalla «insidia» di una deriva nichilistica dell'esperienza giuridica.

L'insidia è rappresentata dall'appagarsi di un formalismo disincantato, fondato su una legalità "senza aggettivi", scientemente consapevole dell'impotenza del giurista, spettatore più che attore, imbevuto di pensiero debole, di aristocratica indifferenza rispetto ai contenuti, e quindi senza alcuna assunzione di responsabilità. Pericolo che si annida nell'atteggiamento cinico del prendere atto senza alcuna partecipazione critica, che l'economia governa essa sola la politica, e la legge è ormai amica soltanto del mercato e delle sue ineludibili esigenze; che l'interpretazione della legge non può che scoprire il suo senso e attribuire alle cose i loro nomi senza porsi dubbi di legittimità, e ancor più di legittimazione e di giustificazione, si da lasciar sempre più coincidere le ragioni della legge con le ragioni del più forte e quindi dell'economia e del mercato. Questa deriva, che si definisce nichilista, non è neutrale. Essa, sostanzialmente, sottende un realismo, benefico perché utile a comprendere la "realtà" - che è quella che è -, ma fondato sul primato del mercato inteso come "valore" unico, sul quale costruire la moderna legalità. [PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, 231 s.]

Muovendo da tali premesse si pone nuovamente al centro dell'attenzione il tema del ruolo del giurista e del suo rapporto con i valori.

Che egli possa immergersi nella contemporaneità, alla quale ha il destino di appartenere nel c.d. postmoderno inteso come senza etica, senza certezze, senza valori - perché tutti privi di "senso" -, contrasta con l'esperienza storica, che ha ravvisato in ogni epoca una continuità e una discontinuità di interessi e di valori, presenti o no nei testi legislativi, e che ha reso problematiche, e quindi realmente innovative, le decisioni politiche e le interpretazioni dei giuristi. Si tratta, dunque, di calarsi sì nella contemporaneità, ma valutando a fondo la sua complessità e le sue contraddizioni, la pluralità e la diversità dei valori, sapendo cogliere tanto la tradizione quanto la innovazione, nella convinzione che il diritto non si esaurisce nella legge. Individuare la normativa da applicare al caso concreto, ossia individuare l'ordinamento giuridico del caso concreto, è opera dell'interprete che si avvale dei principi e delle regole rinvenibili nella totalità dell'esperienza e della realtà storica. La sua dunque è operazione non meccanica, ma culturale, grandemente impegnativa, socialmente rilevante e controllabile. In questa direzione occorre continuare a svolgere un ruolo critico nei confronti dell'unilateralismo delle ragioni del mercato anche quando assumono le sembianze del nichilismo giuridico. [PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, 231 s.]

La riflessione tende infine a considerare il profilo assiologico connotato a qualsiasi ordinamento giuridico e ciò perché un sistema non può che essere fondato su valori. Ne consegue la necessità di interrogarsi sui contenuti ma anche sui limiti dell'intervento del legislatore.

V'è allora da chiedersi: la volontà politica, ovvero il legislatore può davvero sempre indiscriminatamente alterarli, diminuendone o alterandone la portata? Tra essi - secondo l'evolversi della cultura e della conseguente civiltà - ve ne sono alcuni che, costruiti anche con l'incalzare del dis-

senso e della rivolta (v., per tutti, A. CAMUS, *L'homme révolté*, 1951), o se si preferisce della contestazione che rappresenta la discontinuità, per la loro rilevanza e diffusa accettazione (ad esempio il passaggio dall'uomo cosa o schiavo a persona da garantire nella sua integrità), sono scelti a fondamento di una convivenza e inseriti in parti privilegiate degli ordinamenti giuridici, al punto da contribuire alla identità di questi ultimi, da rappresentarne lo zoccolo duro e da prospettarsi non modificabili neppure mediante qualificate procedure (art. 139 cost.). La loro riforma comporterebbe infatti un cambiamento rivoluzionario della tavola dei valori giuridici. Non tutte le norme, e quindi non tutti i valori, hanno lo stesso vigore e la stessa cogenza giuridica. Sì, esse nascono da conflitti, rappresentano tregue tra conflitti, ma quelle tra esse che, volute e/o consolidate in una comunità, concorrono a configurare una civiltà storicamente compiuta non possono definirsi "contingenti, fortuite, casuali" al pari di tante altre, come ad esempio in materia di proroga delle locazioni! Non soltanto perché volute valgono; ma valgono perché ormai riconosciute valori di una determinata civiltà giuridica. Altrimenti come spiegare il superamento del cannibalismo e la comune condanna dell'omicidio? [PERLINGIERI, *Il diritto civile e la complessità del sistema*, 237]

In questo dibattito si inserisce anche la densa riflessione di Vincenzo Scalisi, che analizza il tema del nichilismo giuridico nel contesto di un'analisi più generale del rapporto fra regola e metodo nel diritto civile della postmodernità. Di fronte al «fenomeno allarmante e inquietante» della «legge che si pretenda indifferente ai contenuti; affidata al dominio solitario della volontà, votata al culto della forma e ridotta a mera procedura», si pone il quesito di fondo relativo alla possibilità di individuare un fondamento di legittimità per la regola giuridica.

Dobbiamo concludere che non abbiamo più difese né speranza oppure è invece ancora possibile costruire una regola giuridica che non solo sia dotata di legittimazione ma abbia anche un fondamento di legittimità e quale il metodo idoneo in grado di portare alla individuazione e fissazione di una regola siffatta? [SCALISI, 286]

Di fronte al fenomeno del progressivo distacco della legge da fondamenti contenutistici di validità, «al mito infranto della legge», si volge lo sguardo verso l'ordine giuridico della legalità costituzionale, il cui scopo è, fra gli altri, proprio quello di sottrarre la regola giuridica all'arbitrio incontrollato di poteri decisionali contingenti, prevaricatori e occasionali.

Il presidio e la garanzia offerti dalla carta costituzionale vanno anche oltre, perché, proprio in quanto riflettente un ordine oggettivo di valori, costituito – nella impostazione mengoniana (...) – dai principi morali incorporati nella forma dei diritti fondamentali, essa non solo offre legittimità e giustificazione sostanziali ma oppone altresì la resistenza di un nucleo normativo forte, che, sebbene continuamente e storicamente rinnovatesi nella esperienza di vita dei consociati, rimane e deve rimanere, nella sua essenza, pur sempre stabile e permanente, come tale sottratto ad ogni contingenza e causalità, non manipolabile e al riparo da volontà egemoni o arbitrarie più o meno legittimate dal regolare e neutro funzionamento di prestabilite procedure costituenti. [SCALISI, 289]

Nella medesima prospettiva si colloca anche il riferimento alla legislazione comunitaria di ultima generazione.

Nella disciplina del Trattato costituzionale la regola giuridica si scioglie dal formalistico e solitario dominio di una volontà occasionale e contingente per affidare interamente la sua validità e la sua stessa giustificazione a una valutazione di idoneità e adeguatezza a fornire risposte conformi all'ordine di valori coinvolto e implicato dalla domanda di senso che sale dalla realtà della vita. [SCALISI, 291]

Nonostante la presenza di questi importanti punti di riferimento sul piano normativo si giunge, tuttavia, a considerare che i valori rimangono comunque privi di una fondabilità certa e oggettiva, in quanto suscettibili di essere modificati e violati, e comunque esposti alla discrezionalità della volontà umana. Ne consegue la necessità di muovere – attraverso la riscoperta della dimensione storico-sociale – verso una concezione integrale della giuridicità, in particolare, verso il recupero del fatto «nel processo di costruzione del dover essere giuridico».

Questo significa che ai fini della ricostruzione e individuazione della regola giuridica più conveniente è adatta occorre sempre e necessariamente ritornare al fatto, reimmergersi in esso, reinterrogare il problema di vita ad esso sotteso, ma non già per riprodurre e ripetere – secondo l'ideale storicistico – la genesi del testo normativo e neppure per emettere giudizi tipologici o di sussunzione, bensì per verificare di volta in volta gli adattamenti subiti, le mutazioni intervenute, le configurazioni particolari assunte dal problema posto dal fatto nel momento del passaggio dalla statica e immobile, generale e astratta previsione di legge alla mutevole e sempre rinnovatesi situazione concreta, al vivo e vitale caso da decidere, visto nella determinatezza e specificità della sua peculiare consistenza storico-sociale. Il problema della ricerca della regola diviene, allora, il problema stesso della "comprensione" ermeneutica, e cioè quello della fissazione del "senso" corrispondente alla concreta, storica ed effettiva situazione di interessi dalla quale il testo ha preso avvio e tratto il suo campo di applicazione, di quel senso che – per il modo in cui si dà a comprendere – "si concreta e si compie (secondo la formula gadameriana) solo nell'interpretazione". [SCALISI, 305 s.]

In questa prospettiva un ruolo centrale spetta all'ermeneutica, in quanto è l'interprete a dover cogliere nel fatto la carica di valore e, quindi, a dover procedere all'individuazione del dover essere più adeguato.

Solo in questo modo si può pensare di sottrarre il contenuto normativo della legge al dominio incontrollato di contingenti e occasionali volontà di potenza come pure alla fredda e neutra sequenza procedurale di prestabilite forme, per restituire il fondamento di validità delle decisioni normative a principi di verità (...) e di giustizia (...), perché non l'arbitrio e neppure l'autorità, ma solo verità e giustizia fanno legittimo diritto. [SCALISI, 309]

Anche in questo caso si pone, tuttavia, il problema del fondamento oggettivo del sapere ermeneutico e del risultato interpretativo, reso ancor più evidente dai rischi di valutazioni arbitrarie connessi alla precomprensione dell'interprete (per ulteriori approfondimenti, v. *supra*, *Sistema e metodo nella storia del pensiero giuridico*, cap. XI, n. 9). A tal fine viene invocata, in sintonia con la prospettiva tracciata da Luigi Mengoni, la tradizione dogmatica del ceto professionale come fattore di controllo della condizione esistenziale in cui opera l'interprete.

Sul piano ontologico (...) che è propriamente il luogo di emersione del fenomeno della precomprensione, il cerchio ermeneutico non si costituisce come principio metodico, non è un atteggiamento possibile che il soggetto può rifiutare, ma è un dato non sopprimibile nel quale si rivela la struttura anticipatoria della comprensione. [MENGONI, *La polemica*, 68]. La precomprensione, in cui consiste "la prima fra tutte le condizioni ermeneutiche", non è un atto della soggettività, che anzi la sua produttività ermeneutica è tanto meglio garantita quanto più l'interprete è riuscito a rompere "il cerchio delle proprie private presupposizioni", ma si determina in base alla partecipazione a un "senso comune" rappresentato dai giudizi e concetti da cui egli "è in larga misura influenzato. [...] perché formano, per così dire, l'ambiente stesso in cui è radicato, il suo *habitat* sociale". [MENGONI, *Problema e sistema*, 39 s.]. Nella situazione ermeneutica propria del giurista positivo gli elementi giuridici o pregiuridici (ideologici in senso ampio) della precomprensione sono filtrati dalla tradizione dogmatica del ceto professionale cui appartiene, dal deposito di nozioni teoriche, di orientamenti sistematici, di forme linguistiche tecnicizzate, di massime di applicazione accumulato dalla riflessione dottrinale e dall'esperienza giurisprudenziale precedenti, cioè da elementi (concettuali e linguistici) specificamente giuridici, che condizionano l'approccio ai testi normativi e il modo di intenderne il significato in ordine alla regolamentazione dei conflitti di interesse da decidere. [MENGONI, *Problema e sistema*, 39 s.]

PAOLO GROSSI

IL DIRITTO CIVILE ITALIANO ALLE SOGLIE DEL TERZO MILLENNIO

Una pos-fazione

1. - Perché affidare a uno storico del diritto il privilegio - ma, soprattutto, la responsabilità - di questa pos-fazione? La risposta, più che nella voce unilaterale di chi la scrive, deve leggersi nelle pagine dei due civilisti promotori e redattori. Mai - come in questo libro, che è, felicemente, in ugual misura riflessione scientifica e comunicazione didattica - ho, infatti, avuto la verifica della mia fermissima convinzione che l'analisi storico-giuridica, se correttamente condotta, acquisce la criticità dello sguardo del cultore di un diritto positivo. Convinzione mia condivisa con altrettanta fermezza da Francesco Macario e Michele Lobbuono, due civilisti forniti di eccellente sapere tecnico così come di sensibilità culturale, i quali - in un momento, come il nostro attuale, solcato da un movimento e mutamento rapidissimi e incisivi, quando è diffuso un sentimento di disagio a causa della instabilità crescente e sulla bocca di tanti affiora la parola «crisi» - hanno ritenuto indilazionabile la scelta di guardare all'indietro, tentando di seguire il filo di un complesso itinerario e cercando di individuarne il senso, nella certezza di offrire allo studioso e allo studente una bussola preziosa.

Passato e presente connessi in una preziosa dialettica, insostituibile strumento per cogliere la tipicità dell'uno e dell'altro e per poter guardare con una maggiore sicurezza al futuro tracciato del nostro sentiero. È sembrato, perciò, conseguenziale, per un libro che intende porsi come contributo a una fondazione critica del presente, chiedere alcune riflessioni sintetiche e conclusive a uno storico perennemente in dialogo con i civilisti e in fitto dialogo culturale proprio con Macario e Lobbuono.

2. - L'itinerario, cui or ora si accennava, si svolge durante tutto quel secolo *lungo* che è per il giurista il Novecento, già emergente negli ultimi decenni dell'Ottocento e non ancora concluso nella attuale esperienza. Un secolo folto di eventi che contribuiscono a incrinare e talora a ribaltare le certezze con cui la modernità giuridica aveva cementato la sua costruzione di pietra forte, quelle certezze proposte