

|4 DIRITTO PRIVATO E ORDINAMENTO COMUNITARIO

Di Giuseppe Vettori

SOMMARIO 1. Una diagnosi del presente – 2. Gli anni settanta del diritto civile – 3. Il diritto della transizione: gli anni ottanta e novanta – 4. Il presente fra nichilismo, storicismo e valori – 5. Il diritto comunitario

1. Una diagnosi del presente.

Non so se si sia oggi in presenza di un passaggio d'epoca, ma credo sia necessaria una fase nuova capace di esprimere al meglio la funzione che il diritto privato deve avere nella vita democratica del nostro paese. Ciò esige di comprendere il proprio tempo¹ di ripensare gli ultimi decenni e di fissare temi e metodo del lavoro da iniziare. Provo a dire qualcosa su ciascuno di questi aspetti².

Gli anni settanta hanno espresso tratti forti ancora non del tutto compresi³, come ci ricorda un libretto appena uscito⁴ nel richiamare quel tempo alla memoria⁵.

³ Gli anni sessanta erano stati caratterizzati da grandi personalità (Kennedy, Chruscev, Giovanni XIII) e da una dinamica sociale semplificata frutto della guerra fredda e della rigida contrapposizione ideologica riferibile a blocchi ideali e politici interni (come il connettivo politico dell'antifascismo) e internazionali (come la divisione di Yalta). La scienza giuridica era dominata da un rigido formalismo, ispirato ad un metodo mutuato dal positivismo logico e da una propensione esclusiva al concetto (astratto dalle norme) che escludeva la stessa possibilità di un dialogo con la giurisprudenza e le altre fonti. La Chiesa, l'Università e tutte le altre Istituzioni rispecchiavano un ordine chiuso entro una coltre di stratificazioni consolidate che si trovò del tutto impreparato ad affrontare la ventata improvvisa della rivolta esplosa nel 1968.

⁴ G. MORO, *Anni settanta*, Torino, 2007, pp. 26-30.

⁵ Per una brillante sintesi v. ancora G. MORO, *op. cit.*, pp. 30-52. Le stragi, ancora largamente oscure, aprirono e chiusero (Piazza Fontana 12 dicembre 1969, Bologna 2 agosto 1980) quegli anni difficili. La instabilità dell'assetto politico interno

¹ P. ZATTI, *Il "senso" delle generazioni*, in *La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 1007 ss.

² Occorre uno sforzo di comprensione che esige attenzione al passato e capacità di lettura del presente per recuperare il senso profondo del rispondere alle domande che provengono dai villaggi e dal mondo. Così il classico volume di A. J. TOYNBEE, *Il racconto dell'uomo*, Trad. it., Milano, 1976.



Guardandosi indietro è difficile non condividere l'idea che in quel decennio il nostro paese ha compiuto "una grande rotazione" attorno ad un perno difficile da afferrare per molti motivi, ma soprattutto per un groviglio inestricabile di eventi spesso contraddittori. "Bombe e riforme, violenza e partecipazione popolare, terrorismo e pratiche democratiche diffuse, contorcimenti politici e chiare prese di posizioni degli elettori"⁶.

Alcuni giovani studiosi⁷ hanno avuto, di recente, il merito di riflettere sul ruolo del diritto privato in quegli anni e i risultati di quello studio ci possono essere di aiuto. Provo a raccogliere qualche spunto.

2. Gli anni settanta del diritto civile.

La scienza giuridica⁸ si spinse alla ricerca di un ruolo nuovo⁹ delle forme giuridiche¹⁰ con esiti diversi.

iniziò con la crisi dei governi di centro sinistra sfociata nell'esperienza fallita dei governi di solidarietà nazionale sino al famoso preambolo (nel congresso della Democrazia Cristiana del febbraio 1980), che escluse future alleanze con il Partito comunista; il quale consumò in quel decennio la sua parabola di massima espansione democratica e di eclissi della sua strategia di partecipazione al governo del paese. La democrazia era bloccata, come si diceva allora, «per l'impossibilità dell'alternanza e per non essere più in grado di funzionare in modo fisiologico». La dinamica sociale fu scandita da eventi ancora emblematici come l'"autunno caldo" del 1969 e la marcia dei quarantamila del 14 ottobre 1980, fatti che segnano il percorso della classe operaia «dal massimo potere alla messa in discussione della sua egemonia» da parte delle altre componenti aziendali. In mezzo a fatti così contrastanti vi furono eventi di grande significato.

Riforme sostanziali su ogni aspetto della vita associata (dalla riforma della sanità e dei manicomi, all'interruzione della gravidanza, dai diritti dei lavoratori all'equo canone, dall'obiezione di coscienza al divorzio e alla riforma dell'intero diritto di famiglia, dall'istituzione delle Regioni e dei referendum abrogativi, al potenziamento della dimensione europea). Il potenziamento della partecipazione dei cittadini in vari settori (dagli organi collegiali della scuola sino all'emersione di situazioni collettive e di forme di "diritto privato sociale" sperimentate in molti aspetti diversi). Il mutamento radicale del costume e della morale sociale, costretta entro rigidi e logori schemi del passato. La liberalizzazione dell'etere e il proliferare di radio e televisioni con esiti profondamente innovativi. E su tutto, il dominio della violenza che tenne in scacco il paese sino al rapimento e l'uccisione di Aldo Moro che chiuse il decennio ma non la stagione dei morti e dei delitti.

⁶ G. MORO, *op. ult. cit.*, p. 51.

⁷ L. NIVARRA, (a cura di), *Gli anni settanta del diritto privato*, Milano, 2008.

⁸ L. NIVARRA, *Ipotesi del diritto privato e i suoi anni settanta*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p.8 ss.,18 ss.

⁹ C. SALVI, (a cura di) *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, Milano,1978; ed *ivi* ID., *Introduzione*, p. 53 ss.

¹⁰ A. SCHIAVONE, *Per una rilettura delle "Forme": teoria della storia, dominio del valore d'uso e funzione dell'ideologia*, in AA.VV., *Analisi marxista e società antiche*, Roma, 1978, p. 75 ss.

Alcuni effimeri come l'uso alternativo del diritto¹¹, altri duraturi e significativi come il superamento dell'astrazione e l'attenzione privilegiata alla Costituzione come fonte di rilettura delle norme¹² e come opzione teorica per un metodo nuovo, consapevole delle trasformazioni sociali in un contesto già pronto a cogliere quegli elementi di disparità capaci di esprimere, contro il formalismo del passato, forme di eguaglianza sostanziale.

Si è esattamente osservato che un diritto diseguale iniziò allora a manifestarsi per assumere, progressivamente, i contorni attuali di un diritto speciale che è l'oggetto primario dei nostri studi recenti¹³. Ma altri lasciti si debbono alla cultura di quegli anni.

Si sono sottolineati i meriti di una teoria del contratto e della responsabilità civile "definitivamente mutata" e di una "innovazione metodologica"¹⁴. Meriti in parte debitori delle intuizioni della dottrina maturata nei "fertili anni sessanta"¹⁵, ma sicuramente riferibili ad alcuni protagonisti indiscussi di quella stagione¹⁶.

¹¹ P. BARCELLONA, (a cura di), *L'uso alternativo del diritto*, I, Roma-Bari, 1973. E su questa esperienza N. IRTI, *Diritto civile*, in *Dig. disc. priv. (sez. civile)*, VI, Torino, 1997, p. 147 ss.; P. PERLINGIERI, *Scuole civilistiche e dibattito ideologico: introduzione allo studio del diritto privato in Italia*, in *Scuole, tendenze e metodi. Problemi del diritto civile*, Napoli, 1989, p. 92 ss.; L. MENGONI, *Ancora sul metodo giuridico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1984, p. 323.

¹² L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 18 ss.

¹³ L. NIVARRA, *op. cit.*, p. 18.

¹⁴ C. CAMARDI, *Relazione di sintesi*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 474.

¹⁵ P. GROSSI, *La cultura del civilista italiano*, Milano, 2002, p. 145 e M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 391 ss.

¹⁶ Non si può non ricordare il ruolo essenziale nella riflessione di quegli anni delle opere di S. RODOTÀ, (*Il problema della responsabilità civile*, Milano, 1964; *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 1969) e di P. BARCELLONA, (*Profili della teoria dell'errore nel negozio giuridico*, Milano, 1962; *Intervento statale e autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969; *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973). Utilissimo è anche il volume collettaneo *Aspetti privatistici della programmazione economica* (Atti della tavola rotonda tenuta a Macerata il 22-24 maggio 1970, Milano 1971). Alla cultura marxista Macario (*L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 123 ss.) riconosce il merito di «uno spostamento dell'indagine sul fenomeno contrattuale dalla prospettiva strutturale della completezza della fattispecie ... a quella funzionale dell'analisi degli interessi in gioco» (p. 163), metodo questo che coinvolge poi giuristi di altra estrazione in un'operazione che muta il rapporto fra norma e fatti e determina il definitivo superamento «del mito dell'esclusività del paradigma fattispecie/effetti». v. A. CATAUDELLE, voce *Fattispecie*, *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 932.; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 355; L. MENGONI, *Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico*, in *Jus*, 1996, p. 3 ss.; M. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1970; N. LIPARI, *Diritto privato. Una ricerca per l'insegnamento*,

Certo è che ebbe un peso notevole, in quegli anni e soprattutto in un'area culturale di derivazione marxista, l'idea della centralità di un progetto politico di riequilibrio del potere privato da affidare al Parlamento e ad una programmazione economica¹⁷, capace di individuare i fini e i mezzi dell'azione e della riflessione anche del giurista. Tutto ciò in linea con quella fase della politica italiana protesa ad un incontro storico fra forze politiche contrapposte che doveva assicurare dopo alcuni anni di "solidarietà nazionale" una collaborazione organica fra i due maggiori partiti. Un'idea con immediati riflessi sull'analisi giuridica, ispirata in quegli anni da "un metodo dirigista e da una visione puramente statuale dell'economia"¹⁸ che ebbe meriti nella revisione del dogmatismo e nel superamento di alcuni steccati disciplinari¹⁹, ma che doveva ben presto mostrare i suoi limiti di fronte a circostanze precise. Quali il tramonto dei progetti di collaborazione governativa con l'opposizione comunista, il declino fallimentare dello Stato imprenditore e l'ascesa, a metà degli anni ottanta, del diritto comunitario e del ruolo del mercato, che ha caratterizzato tutto il decennio successivo sino ai nostri giorni.

Come tutto ciò sia pesato su alcuni temi in particolare è noto, ma è utile tornarci su. In breve.

Anticipato dagli studi di Gorla²⁰ e di Sacco²¹ il tema centrale di quegli anni sull'autonomia dei privati fu indubbiamente la "critica e la crisi"²² del negozio giuridico²³. Per alcuni concetto emblematico dell'astrazione tipica del "diritto privato borghese"²⁴. Per altri una categoria ancora utile²⁵ da ripen-

sare²⁶ e aggiornare con un'attenzione privilegiata all'autonomia collettiva²⁷ e al rapporto²⁸.

Centrale, in un certo periodo, fu anche il dialogo fra una visione dell'atto di autonomia come "situazione intangibile nella sua essenza"²⁹ o come oggetto di una possibile funzionalizzazione in senso sociale³⁰, ma si affermò, poi, come esito comune ad ogni cultura e metodo, l'idea, diversa, di una rinnovata attenzione al rapporto fra norma e fatti, fra problema e sistema, con la messa a fuoco di interessi e bisogni espressi dalla realtà sociale rilevante giuridicamente, al di là del rigido ed esclusivo perno della fattispecie e degli effetti³¹.

Ciò ha aperto la via alle analisi "sulla nuova rilevanza giuridica dello squilibrio di potere contrattuale" come "un segno profondo anche per i decenni successivi" scandito da alcune parole chiave. Prima il controllo sociale sull'attività di impresa e sul mercato, poi l'attenzione alle condizioni generali di contratto, alla protezione del consumatore, alla scoperta giurisprudenziale delle clausole generali e alla legislazione speciale che fece propria la lezione degli anni settanta³² sino all'attenzione privilegiata sulle tutele della persona e la dinamica del mercato.

3. Il diritto della transizione: gli anni ottanta e novanta.

Il decennio successivo per il giurista è iniziato "e si è svolto... interamente"³³ nel segno di una frase di

Roma-Bari, 1974; ID., *Tecniche giuridiche e sviluppo della persona*, Bari, 1974.

¹⁷ Utilissima è la lettura sul punto del volume collettaneo, *Aspetti privatistici della programmazione economica I*, cit. Per una visione diversa v. sul punto A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia contrattuale. Profili preliminari*, I, Milano, 1971.

¹⁸ C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 475; e il richiamo di M. RICOLFI, *L'impresa e il mercato*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 199 ss.

¹⁹ C. CAMARDI, *op. cit.*, p. 483 ss.

²⁰ G. GORLA, *Il contratto. Problemi fondamentali trattati con il metodo comparatistico e casistica*, I, *Lineamenti generali*, Milano, 1955.

²¹ R. SACCO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto civile*, dir. da F. Vassalli, Torino, 1975.

²² V. il bel saggio di F. MACARIO, *L'autonomia privata*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 123 ss. A questa accurata e lucida analisi si farà, qui, costante riferimento.

²³ V. C. SALVI, (a cura di), *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., ed ivi, *Introduzione*, p. 11 ss.

²⁴ V. A. SCHIAVONE, *Forma e storia nella critica del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., p. 272. V. anche F. GALGANO, *Le istituzioni dell'economia capitalistica. Società per azioni. Stato e classi sociali*, Bologna, 1974; ID., *Le istituzioni dell'economia di transizione*, Roma, 1978; ID., voce *Negozio giuridico (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, XXVII, Milano, 1977, p. 943 ss. Occorreva in primo luogo demistifica-

re le categorie alla luce di un nuovo rapporto fra intellettuali e diritto, da riorganizzare in una nuova forma «in cui il vecchio rapporto fra potere e sapere (fosse) sostituito da un nesso diverso, fra sapere e democrazia, fra scienza e autogoverno».

²⁵ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 9.

²⁶ F. SANTORO-PASSARELLI, *Variazioni sul contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1972, I ss.; G. BENEDETTI, *Il diritto comune dei contratti e degli atti unilaterali fra vivi a contenuto patrimoniale*, Napoli, 1997.

²⁷ P. RESCIGNO, *L'autonomia dei privati*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Bologna, 1966, p. 422.

²⁸ A. DI MAJO, *Contratto e negozio*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, cit., p. 95 ss.

²⁹ V. la lucida sintesi di F. MACARIO, *L'autonomia privata*, cit., p. 137.

³⁰ S. RODOTÀ, *Il diritto privato nella società moderna*, Bologna, 1971, p. 238 ss.; G. MINERVINI, *Contro la "funzionalizzazione" dell'impresa privata*, in *Riv. dir. civ.*, 1958, I, p. 626; N. IRTI, *Codice civile e plusvalore politico (a modo di prefazione)*, in *Codice civile e società politica*, Bari, 1995, p. 13 ss.

³¹ Sui ritardi della magistratura in quel periodo v. E. SCODITTI, *Il giudice nell'Italia degli anni Settanta*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2007, p. 129 ss., ID. *La magistratura*, in *Gli anni settanta del diritto privato*, cit., p. 455.

³² v. ancora la bella sintesi di F. MACARIO, *L'autonomia privata*, cit., p. 181 ss.

³³ F. MACARIO, *op. cit.*, p. 182.



grande successo: l'età della decodificazione³⁴, una vicenda che riassume fatti diversi.

Dopo "l'orda d'oro del 1968"³⁵, dopo l'arduo equilibrio "tra coscienza civile, rigore dottrinario e ideologia politica ... ormai nessuno s'illuse di tornare al passato e di ritrovare la verità del diritto e l'unità del sistema tra le chiuse mura del codice". Certo l'ideologizzazione totale della vita³⁶ ebbe breve durata, e la "bufera ideologica del '68... si andò spengendo nel giro di qualche anno, stretta come era, tra la cupa ferocia del terrorismo e la degenerazione dei partiti e del sistema politico"³⁷, ma ciò che accadde non fu certo un ritorno al passato.

Dopo la crisi delle ideologie: "il privato" riconquistò la propria autonomia nei confronti del "politico"; anzi si chiuse in se stesso, e difese gelosamente i confini della singolarità".

La dottrina perse "definitivamente il senso dell'unità e della verità del diritto" e si definì "postcodicistica e postideologica"³⁸.

Attorno al codice proliferarono microstemi di norme ove si annidavano spesso principi generali "decodificanti" e l'interprete, si disse, era chiamato ad una nuova opera di confronto fra codice, leggi speciali e Costituzione che apparve l'unico centro aggregante.

Lo Stato regolatore prese il posto dello Stato imprenditore con una "maglia di norme che ... pose decisamente il problema del mercato come istituto giuridico, e non più come luogo economico, affidato alla benefica spontaneità degli interessi. La *mano visibile dello Stato* subentrò alle leggi invisibili della natura umana" con una legislatura, finita nei primi anni '90, fra le "più feconde e innovatrici"³⁹ della nostra storia repubblicana.

Di fronte a ciò la scienza giuridica seguì percorsi diversi.

Alcuno pose in opera un nuovo progetto (affidato ad una nuova rivista), in continuità con lo "scomposto movimento degli anni '60 e '70", osservando che "la ricognizione e la riflessione intorno agli in-

teressi che costituiscono il riferimento concreto di categorie e costruzioni giuridiche, non solo non potevano essere più considerate elementi estranei ad una seria indagine scientifica, ma si prestavano come momenti necessari per la stessa corretta definizione del quadro concettuale in cui ci si voleva muovere"⁴⁰.

Altri presero atto della impossibilità di "costruire su questo terreno, così erratico e franoso, la razionalità del sistema", e videro in questa ricerca qualcosa di artificiale che avrebbe scavato "un solco profondo tra l'astratta superbia del giurista e le delusioni del cittadino". La proposta fu invece di "attendere alla fatica dell'*esegesi*, indicando alla società pratici criteri di comportamento, e scoprendo, di volta in volta, *piccoli ed unitari sistemi di norme*"⁴¹.

Altri ancora iniziarono a studiare quel nuovo ordine che si andava formando con la legislazione di derivazione comunitaria che impose di rivedere la disciplina del contratto e della responsabilità, ma anche il ruolo del mercato come cornice di regole per le attività delle imprese e dei privati, a cui contrapporre come limite i diritti e i doveri, non solo di singole categorie di operatori e consumatori ma di ogni persona⁴².

4. Il presente fra nichilismo, storicismo e valori.

Il tempo a noi più vicino è scandito da fatti ancora diversi e complessi.

La moltiplicazione e de-nazionalizzazione delle fonti, l'avvicinamento delle culture di *civil law* e di *common law*, la centralità delle questioni bioetiche rese evidenti dall'incidenza della tecnologia sui processi della vita e della morte⁴³.

Le risposte della scienza giuridica sono state ancora diverse e a cavallo del millennio è apparsa netta la contrapposizione teorica fra un metodo ispirato al nichilismo, allo storicismo e ai valori. Può essere utile soffermarci su ciò. In breve.

a) Il nichilismo giuridico.

³⁴ N. IRTI, *L'età della decodificazione*, Milano, 1978.

³⁵ N. BALESTRINI e P. MORONI, *L'orda d'oro, 1968-1977*, Milano, 1988, p. 138 «... spontaneità e organizzazione; desiderio del potere e rifiuto del potere; ideologia e vissuto quotidiano ... categorie dialettiche, spesso inconciliabili, sempre irrisolte». La citazione è in N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, in *La civiltà italiana dagli anni '50 ad oggi*, Padova, 1991, p. 978, nota 17.

³⁶ L. COLLETTI, *Le ideologie*, in AA.Vv., *Dal '68 a oggi - Come siamo e come eravamo*, Bari, 1979, p. 137 e, ancora, N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, cit., p. 979.

³⁷ N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, cit., p. 980.

³⁸ N. IRTI, *op. cit.*, pp. 980-981.

³⁹ N. IRTI, *I cinquant'anni del codice civile*, Atti del convegno di studi promosso dall'Università di Milano e dal Centro Nazionale di Prevenzione e Difesa sociale (4-6 giugno 1992), Milano, 1993, p. 429.

⁴⁰ S. RODOTÀ, *Le difficili vie della ricerca civilistica*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, p. 7 ss.

⁴¹ N. IRTI, *Una generazione di giuristi*, cit., p. 982.

⁴² Questa nuova stagione è descritta benissimo nel saggio di L. MENGONI, *Autonomia privata e costituzione*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 1997, I, p. 1 ss., v. altresì, G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "costituzione" europea. Regole e principi ordinanti*, Milano, 2005.

⁴³ L'analisi dell'attualità è stata affrontata bene nel Convegno svolto a Roma il 15 e 16 gennaio 2009 sul tema "L'Enciclopedia del diritto: esperienze e prospettive".

La teoria che sfocia nel nichilismo giuridico si basa su convinzioni precise.

La negazione dei valori in primo luogo⁴⁴ e poi la percezione che una volta che ci si pone “nella storia – ossia nel processo di creazione e distruzione dell’essere delle cose – ... non si può non rivolgere l’attività produttrice-distruttrice anche al mondo delle persone, ponendole come mezzi e strumenti ordinati alla realizzazione del progetto che ha la forza di prevalere sugli altri”⁴⁵. Infine l’idea che l’essenza del diritto è “volontà normativa, rivolta a dirigere e coercire l’altrui condotta, perseguendo scopi imprevedibili e incondizionati. Volontà libera da presupposti poiché nulla le sta prima e di sopra (perché anche le costituzioni, prese nel vortice dell’essere e del non essere, si rivelano creature del tempo).”

Tutto ciò conduce ad un nichilismo di cui non si deve aver paura perché “esso esalta la responsabilità della decisione; popola il mondo di scopi e di volontà militanti; prescrive al giurista di chinarsi sull’oggetto; consuma il peso della tradizione e fa risplendere la purità della forma”⁴⁶. In un mondo ove l’immagine del caos è il caos e il volere crea il valore mentre “i valori condivisi sono un autoinganno”⁴⁷.

Chiaro è in questa visione il ruolo del diritto e della politica oggi.

L’uno e l’altra si trovano accerchiate “fra due ‘pretese di verità’: della tecno-economia, che invoca ‘leggi naturali’, ossia regolarità sperimentalmente accertabili; e delle fedi religiose, riposanti sulla parola rivelata da Dio e custodita dal magistero ecclesiastico. A queste pretese di verità si contrappone il ruolo delle ideologie e della lotta politica che può essere in grado di opporre visioni della vita e forme di pensiero capaci di un diverso ragionare e decidere”⁴⁸, condizionato non da diversi fondamenti (sto-

ria e natura, assoluto e relativo, sacralità e laicità) ma dal prevalere nello scontro politico.

Tale visione ha una precisa idea anche del diritto europeo e del metodo per interpretarlo.

Si tratta, osserva Irti, di un diritto espressione della tecno-economia⁴⁹. “Non di una *ratio* religiosa o metafisica; ma neppure di una *ratio* storica, che provenga dal passato e vincoli l’oggi; perché l’unico fine di quel diritto è di instaurare e far funzionare il mercato comune. Sicché si può parlare di ... una artificialità ... a-storica ... perché degrada i diritti storici, vigenti e non vigenti a materiale da costruzione ... per raggiungere gli scopi della tecno-economia”.

b) *La storicità del diritto.*

A ciò si è replicato che il diritto non nasce o è solo funzionale al conflitto ma è strumento che, assieme alla politica e all’economia, regola la società in ogni suo momento ed esigenza dalla crescita allo sviluppo, scandita da un intreccio fra fatto e valori evidente nella storia istituzionale recente.

Nelle costituzioni “rivivono e si affermano i valori storici di un popolo, valori ai quali è subordinato lo Stato, il legislatore e la legge” mentre la Corte costituzionale traduce il diritto vivente, che è già diritto nella società, in “diritto formale e ufficiale”⁵⁰.

Il Trattato sull’unione Europea di Maastricht all’art. 6 traccia il cammino di un nuovo ordine giuridico che “si basa sulla stessa storia dei popoli, sulle tradizioni che i popoli hanno accumulato nella loro vicenda storica, sulle radici solidissime di principi non scritti”⁵¹.

L’affermazione di una formazione plurale del diritto è oramai nelle mani di soggetti e fenomeni nuovi come il giudice e la scienza giuridica, i codici etici e la *lex mercatoria*.

Da ciò si trae con evidenza la crisi del legalismo e del formalismo e il trionfo della storicità che sfocia in un esito chiarissimo. Il passaggio dalla validità, intesa come conformità ad un modello, alla effettività che trova nella prassi il suo materiale propul-

⁴⁴ Una parola, si osservò, che ha umiliato e discacciato tutte le altre che pure manifestano nobili attese e bisogni ideali (visioni del mondo, progetti di società, utopie salvatrici, aneliti religiosi). Un’accezione «di cui nessuno sa indicare né il dove né i modi d’intuizione o percezione ... perché costruiti dalla volontà, la quale innalza un proprio contenuto, elevato a criterio di misura, si fa giudice di altri contenuti, e li assolve o condanna secondo il grado di affinità o le alleanze del momento». Sicché «il weberiano conflitto di valori non è altro dalla lotta, combattuta nella storia, fra ideologie politiche e visioni religiose e interessi economici».

⁴⁵ N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, Napoli, 2007, pp. 62, 64, 65 il quale cita sul punto una frase di E. Severino.

⁴⁶ N. IRTI, *Il diritto nell’età della tecnica*, cit., p. 65.

⁴⁷ N. IRTI, *La Tenaglia. In difesa della ideologia politica*, Roma-Bari, 2008, pp. 50-51, «(perché) promettono l’assoluto, e offrono l’eminentemente relativo; (perché se) muta la maggioranza “condividente”, mutano i valori; (perché) i valori sono i valori dei più (mentre) i meno non hanno valori».

⁴⁸ N. IRTI, *La tenaglia*, cit., p. 83-84.

⁴⁹ Ciò perché le leggi vanno ravvicinate per instaurare e regolare il mercato comune. Non c’è un evento storico che istituisca un nuovo diritto. Non c’è fondazione di unità ma interesse all’uni-formità. «Unità ha bisogno di un fatto costitutivo, d’una concezione del mondo, che dà un senso al nascere e al morire. Uni-formità è identità funzionale, strumento tecnico che agevola la macchina e permette di raggiungere gli scopi» (ID., *op. loc. cit.*).

⁵⁰ P. GROSSI, *Un impegno per il giurista di oggi: ripensare le fonti del diritto. Lectio magistralis* letta a Napoli il 20 dicembre 2007, Napoli, 2007, p. 58 e G. ZAGREBELSKY, *Il giudice delle leggi artefice del diritto*, Napoli, 2007.

⁵¹ P. GROSSI, *op. cit.*, p. 64.



sivo e nell'interpretazione-applicazione il suo strumento.

c) *I valori.*

Quanto ai valori occorre una premessa sulla convinzione dell'impossibilità di percepirla, in modo oggettivo, in una società complessa.⁵²

Come si è osservato, se la norma non ha titolo per imporre valori non condivisi, il diritto ha una peculiare funzione. Spetta all'ordine giuridico difendere le *strutture antropologiche acquisite* che hanno una connotazione oggettiva e recepire quelle che possono essere oggettivate. Ciò è accaduto quando i principi che hanno trovato forma nei diritti umani riconosciuti e garantiti sono stati incorporati nelle Carte Costituzionali senza perdere il loro *status* originario di *valori fondativi*, deducibili dalle norme e dalle loro oggettivazioni storiche⁵³.

Tale operazione è stata possibile in virtù del progressivo riconoscimento dei diritti nel corso della storia grazie alla "operosità feconda di milioni e milioni di uomini che ... agendo individualmente, o variamente coordinati in gruppi, associazioni e organizzazioni, hanno costituito come un grande movimento per la difesa della persona umana e la tutela della sua dignità, il che nelle alterne vicende della storia ha contribuito a costruire una società più giusta o, almeno, a porre argini e limiti all'ingiustizia"⁵⁴.

Questo processo storico ha incorporato regola morale e regola giuridica, nella forma dei diritti fondamentali che "appartengono al diritto e alla morale conservando la peculiarità di regole giuridiche, perché la loro attuazione può avvenire solo con i modi, le procedure e i vincoli dell'argomentazione giuridica"⁵⁵. Resta da precisare come⁵⁶, ma tutto ciò

bile una rivoluzione egualitaria liberando formalmente la persona «dalle servitù del ceto, del mestiere, della condizione economica, del sesso, che fondavano la società della gerarchia, della disuguaglianza». Ma, certo, l'astrazione si è prestata a servire le ideologie dominanti e per una «lunga fase storica il beneficiario della pienezza della soggettività è stato soltanto il borghese maschio, maggiorenne, alfabetizzato, proprietario» (S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 16).

Insomma il concetto ha espresso le idee del tempo e la transizione all'idea di persona è scandita dalla storia e dalla forma giuridica che ne ha espresso la rilevanza sociale, secondo un itinerario che possiamo tracciare passando dalla Costituzione alla modifica delle codificazioni ottocentesche (v. la prima sezione del BGB dopo la modifica del 2002, e l'art. 16 del *Code civil* ove si recepiscono le novità della legge del 1994 sulla biotecnica), sino alla Carta dei diritti, seguendo un percorso che indica i tratti di progressivo riconoscimento di interessi e bisogni concreti come passaggio

«dal soggetto di diritto al soggetto di carne che consente di dare progressivamente rilievo» ai profili della diversità, della autodeterminazione, del corpo come valori che innovano e completano la struttura della nostra costituzione. Vediamo come. Anzi tutto il rapporto con il principio di dignità (articoli 3, 32, 36, 41) amplia il contenuto dell'art. 3, dalla sola dialettica fra eguaglianza formale e sostanziale ad un nuovo ordine fondato sulle prerogative della persona. In particolare il riferimento alla dignità sociale implica la «collocazione della persona all'interno del complessivo sistema di relazioni in cui si trova ad operare, dunque della sua stessa qualificazione giuridica» (S. RODOTÀ, *op. cit.*, p. 28) perché «fa emergere le condizioni materiali dell'esistenza delle persone concrete». Tutto ciò completa e integra l'articolo 2 «nel quale l'alternativa e la separazione fra diritti e doveri sono superate (e inglobate nel) legame fra diritti inviolabili e principio di solidarietà». (ID., *op. cit.*, p. 30). L'art. 36 con l'affermazione di un diritto ad una retribuzione "in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa" dà pienezza alla libertà e alla dignità come attributi inseparabili in fatto e coniugati ad una effettività che deve garantire l'uno e l'altro valore. Non c'è libertà né dignità senza un contenuto economico che ne garantisca la piena realizzazione. L'art. 32 non prevede solo un diritto alla salute su cui si è costruito un baluardo del risarcimento civile dei danni, ma esalta la decisione e la libertà sul corpo. Dispone che i trattamenti obbligatori siano previsti solo dalla legge e che in nessun caso "possono incidere sul rispetto della persona umana", ma va oltre. In presenza di una scelta sulla esistenza stessa della persona prevede che "nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario" sicché «nessuna volontà esterna, fosse pure quella coralmente espressa da tutti i cittadini o da un Parlamento unanime, può prendere il posto di quella dell'interessato» (ID., *op. cit.*, p. 33). Come si è osservato «il corpo intoccabile diviene presidio di una persona umana alla quale in nessun caso si può mancare di rispetto. Il sovrano democratico, un'assemblea costituente, rinnova la sua promessa di intoccabilità a tutti i cittadini. Anche il linguaggio esprime la singolarità della situazione, perché è la sola volta in cui la Costituzione qualifica un diritto come "fondamentale" abbandonando l'abituale riferimento all'invulnerabilità» (ID., *op. cit.*, p. 34). La saldatura fra corpo e mente si completa con la tutela dinamica del "corpo elettronico" come insieme di «informazioni che ci riguardano, organizzate elettronicamente». «La sovrannità sul corpo si concreta (qui) nel diritto di accedere ai propri dati ovunque si trovino, di esigere un loro trattamento conforme ad alcuni principi (necessità, finalità, pertinenza, proporzionalità), di potere ottenere la rettifica, la cancellazione, l'integrazione» (ID., *op. cit.*, p. 36-37). Ma c'è di più. Le fratture della nozione unica di soggetto «si sono manifestate sul ter-

⁵² Utilissima è la rilettura del saggio appena ripubblicato di C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Milano, 2008, ed ivi il saggio di F. VOLPI, *Autonomia dei valori*.

⁵³ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p. 4 ss.

⁵⁴ Enciclica *Centesimus annus*, Edizioni Paoline, Milano 1991, p. 5 ss.

⁵⁵ L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, cit., p. 5 ss.

⁵⁶ v. S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, Napoli, 2007, p. 10 ss. L'itinerario dalla modernità alla contemporaneità è scandito dal passaggio dal soggetto alla persona secondo un *iter* preciso. Come ci ricorda di recente Stefano Rodotà «l'invenzione del soggetto di diritto, rimane uno dei grandi esiti della modernità, di cui vanno meglio compresi i caratteri e la funzione storica». La soggettività non è stata solo uno strumento in mano ai più forti appagati di un'eguaglianza formale (Y. TOMAS, *Le sujet de droit, le personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit*, in *Le debat*, n.100, 1998, p. 85 ss e G. OPPO, *Declino del soggetto e ascesa della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, I, p. 829), né una costruzione che ha incarnato solo «le pulsioni d'un desiderio illimitato dell'individuo» (S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit. p. 12). Il concetto ha reso possi-

indica ruolo e oggettività dei valori da precisare con un metodo certo. L'antropologia e la filosofia ci forniscono strumenti di percezione di oggettività ideali e l'ontologia sociale ci dice che si può superare l'alternativa fra natura e storia, prestando attenzione ad entità sociali che hanno una loro oggettività rispetto alla legge e alla natura delle cose. Fatti che occupano uno spazio fisico e sono soggetti al tempo, dunque atti sociali che devono essere valutati e disciplinati in base alle necessità e alle percezioni del tempo⁵⁷.

5. L'ordinamento comunitario.

Se dovessi isolare un tratto della contemporaneità⁵⁸ direi che cresce il bisogno di Europa sotto vari profili⁵⁹.

Sul piano giuridico è sufficiente richiamare due dati: l'art. 117 della Costituzione che antepone alla volontà legislativa interna l'ordinamento comunitario e l'ordinanza n.103 del 2008 della Corte costituzionale che rimettendo una questione di interpretazione alla Corte di Giustizia, prefigura un forte im-

reno del *Welfare State*, della scienza e della tecnologia, del pensiero delle donne» (ID., *op. cit.*, p. 39). E ancora Rodotà ci ricorda il perché. La selezione delle prestazioni assistenziali segue le "debolezze" del soggetto e si rivolge agli indigenti (art. 32), ai capaci e meritevoli privi di mezzi (art. 34), la madre e il bambino (art. 37). L'astrazione della capacità giuridica era possibile pensando che la natura costituisse il fondamento delle prerogative essenziali del soggetto. Quando la vita e la morte dipendono oramai, in misura sempre crescente, da scelte tecniche «la protezione naturale viene meno e la tradizionale costruzione del soggetto deve fare i conti con una realtà profondamente mutata». Il pensiero femminile fa emergere la differenza di genere come profonda rottura della nozione unitaria (42-46). Finisce insomma la considerazione di un uomo senza qualità e la persona si caratterizza per il rilievo di aspetti particolari come la dignità e l'umanità, la materialità del corpo e l'intangibilità della sua scelta su aspetti sensibili (32) e generali (13) (ID., *op. cit.*, p. 36-37).

⁵⁷ G. VETTORI, *La disciplina del contratto nel tempo presente*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 313 ss., ora in *Diritto dei contratti e costituzione economica*, Milano, 2005, p. 5 ss.

⁵⁸ V. le belle pagine di G. BENEDETTI, *La contemporaneità del civilista*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia*, a cura di V. Scalisi, Milano, 2004, p. 1229 ss.

⁵⁹ Si osservato lucidamente come il dominio sempre più pressante della tecno-economia appanna «il rapporto profondo ... che congiunge il diritto a luoghi storicamente determinati». Così N. IRTI, *Geo-diritto*, in *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007, p. 30. La norma si «scioglie dal vincolo terrestre» e si riconduce per intero ad una artificialità capace di fronteggiare le nuove esigenze globali. Ciò induce un ritorno al ruolo degli Stati e alla necessità di uni-formità di disciplina che restaura la co-esistenza fra politica, diritto ed economia, non fosse altro perché se non si vuol piegarsi alla volontà sconfinata della tecnica e del profitto non vi è altra strada che gli accordi inter-statali.

pulso monista e un ordine definito da alcuni addirittura pre-federale.

Su un diverso piano cresce il bisogno di Europa come stanza di compensazione dei conflitti legati ai processi di globalizzazione e come luogo di mediazione fra oriente e occidente. A titolo esemplificativo si possono richiamare alcuni aspetti rilevanti ai nostri fini.

a) *La Persona*. La cultura occidentale ha elaborato il concetto forte di Persona ma è arrivata a esaltare sempre più il nichilismo, la tecnocrazia, l'arresto sconsolato di fronte al nulla. La cultura orientale si è incamminata verso una direzione diversa. In essa il nulla, l'altro da sé, l'abisso che c'è al di là della ragione è sempre stata una dimensione valorizzata e vissuta, ma il pensiero e le regole orientali sono povere di riferimenti per il valore del soggetto⁶⁰.

Sono allora evidenti i motivi di confronto che può avvenire seguendo percorsi precisi. Analizzando il percorso dal soggetto alla persona⁶¹, riflettendo sulle trasformazioni degli stessi tratti strutturali della vita e della morte e sulla loro incidenza sulla rilevanza giuridica⁶², precisando il ruolo della soggettività in una società pluralista e multiculturale⁶³.

Il che può consentire di rendere visibili i limiti e i doveri connaturali all'affermazione dei diritti e di generalizzare i dati a partire dall'esperienza concreta delle condizioni soggettive di cittadini, stranieri, giovani, anziani, disabili. Tutto ciò seguendo percorsi e realtà diverse per ritrovarsi in un confronto forte con altre visioni ed altri mondi.

b) *L'economia sociale di mercato*. Questo modello, dopo sessanta anni, è al centro del dibattito italiano e internazionale e le scelte per fronteggiare una crisi sempre più terribile possono essere diverse.

Da un lato il nuovo ruolo degli Stati può essere inteso come via di uscita dalla crisi economica e finanziaria di un mercato globale privo di controllo, dall'altro una maggiore dose di discrezionalità politica può essere considerata come un freno allo sviluppo e alla integrazione dei mercati.

⁶⁰ G.J. FORZANI, *I fiori del vuoto. Introduzione alla filosofia giapponese*, Bollati Boringhieri, 2006, p. 22 ss., in particolare p. 126.

⁶¹ S. RODOTÀ, *Dal soggetto alla persona*, cit., p. 10 ss.

⁶² P. SCHLESINGER, *La persona (rilevanza della nozione e opportunità di rivederle le principali caratteristiche)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, 4, p. 380 ss.; A. SCHIAVONE, *Storia e destino*, Torino, 2007; P. ROSSI, *Speranze*, Bologna, 2008.

⁶³ P. RESCIGNO, Laurea Honoris Causa conferita dall'Università di Macerata in *Teoria e tecniche della normazione giuridica*, 21 maggio 2008.



Le prime analisi sono chiare.

La politica economica americana ha grandi responsabilità per aver agevolato e avviato il processo di globalizzazione e aver poi fallito nel governarla, provocando un discredito delle stesse basi dell'economia di mercato.

D'altra parte le istituzioni comunitarie hanno oggi molti motivi per esistere e funzionare al meglio. L'allargamento, a lungo discusso, si è mostrato utile e opportuno se si pensa al rinascere, dopo decenni, ai problemi di confini ad Est; l'Unione politica, al di là delle declamazioni, si mostra necessaria nella soluzione di problemi concreti dei cittadini; il modello di governo del mercato basato su di una politica monetaria unica e una politica della concorrenza, si è mostrato coerente ed efficiente tanto che la Cina e l'India hanno adottato o adotteranno scelte simili⁶⁴.

Emerge, insomma, una consapevolezza che prende forza entro l'ordine comunitario.

La socialità che è alla base delle Costituzioni del novecento non significa solo maggiori dosi di discrezionalità politica ma comporta molto di più.

Occorre individuare, a livello europeo, dove più sociale è necessario e dove il mercato è insufficiente perché non attuato e non essenziale. Si debbono saper individuare assetti che favoriscono la crescita. E' necessario tracciare un percorso dalla crisi globale allo sviluppo.

In tutto ciò il privatista ha un compito preciso perché nell'ampliare «gli spazi di libertà e di giustizia lo strumento pubblico, lo Stato, è sempre più inidoneo e insufficiente mentre è per eccellenza il diritto privato il terreno su cui manifestare la volontà di capire. In primo luogo, e poi anche di innovare la realtà e il sistema»⁶⁵.

Il ruolo e la disciplina del contratto e della responsabilità, della proprietà e dei diritti, debbono essere ripensati con questa consapevolezza.

c) *Il metodo*. Tutto ciò implica un metodo nuovo per un motivo chiaro.

Le trasformazioni di questi decenni hanno modificato le basi e i confini dell'esperienza giuridica e reso necessaria «una maggiore integrazione tra il diritto e gli altri rami della cultura». In particolare l'evoluzione delle scienze umane, fisiche e genetiche non può non incidere sulle forme giuridiche ed occorre recepire al massimo questa sollecitazione.

⁶⁴ v. sul punto l'intervista a M. MONTI di C. Bastasin in *Sole24ore* del 22 agosto 2008; e, da ultimo, F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Rubbettino, 2009.

⁶⁵ Così, P. RESCIGNO, *op. ult. cit.*