

## DIRITTI E COESIONE SOCIALE.

### Appunti per il seminario fiorentino del giorno 8 giugno 2012.

Di Giuseppe Vettori

**SOMMARIO: 1. La ragione di un contrappunto. – 2. Dimenticare e ricordare. – 3. Verità e giustizia: oltre il positivismo.- 4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.**

#### 1. La ragione di un contrappunto.

Negli ultimi mesi le Istituzioni nazionali e comunitarie hanno posto al centro della loro azione una finalità primaria.

IL Capo dello Stato ha più volte richiamato la necessità di coesione come premessa per una ripresa di fiducia e di credibilità internazionale dell'Italia. Il Primo Presidente della Corte di Cassazione ha aperto la Relazione annuale invitando tutti ad uno “sforzo straordinario di coesione e di azione all'interno di una dimensione europea della giustizia italiana”<sup>1</sup>. La Commissione europea, seguendo le indicazioni del Progetto redatto da Mario Monti, si propone di potenziare il Mercato Unico con robuste iniezioni di coesione dinamica. D'altra parte i disagi e le inquietudini, generate dalla crisi in ogni parte dell'Europa, fanno emergere con forza i limiti di tenuta dei legami sociali<sup>2</sup>.

Studiosi ed operatori non possono eludere questa sollecitazione e sta in ciò la ragione di una riflessione comune fra l'Università, le Professioni, la Magistratura in questo momento delicato della nostra storia.

<sup>1</sup> E. LUPO, *Relazione sull'amministrazione della Giustizia nell'anno 2011*, Roma, 2012, in [www.cassazione.it](http://www.cassazione.it)

<sup>2</sup> v. P. SCHLESINGHER, *La globalizzazione nel sistema finanziario*, in *Persona e mercato*, 4, 2011, p. 245 ([www.personaemercato.it](http://www.personaemercato.it)).

Le motivazioni sono evidenti.

Le analisi economiche scandiscono la fine dell'idea dell'autosufficienza dei mercati e la necessità di ripensare un ruolo delle Istituzioni per ripristinare la legalità contro un potere economico e finanziario che ha condizionato il potere legislativo e moltiplicato a dismisura le disuguaglianze.

La storia italiana ed europea degli ultimi quindici anni pone in luce l'urgenza di una nuova dialettica fra Politica, Economia e Diritto per attuare finalità primarie in modo inedito. Ed è chiaro il perché.

I diritti e i doveri sanciti nell'articolo 2 della Costituzione non sono il fondamento immobile di un ordine precostituito, ma debbono essere riconosciuti e fissati come propri da ogni generazione.

Non credo, come è stato detto, che i giuristi siano responsabili per una massiccia funzione conservatrice<sup>3</sup>. Certo è che il quadro valoriale del primo dopoguerra è mutato per una serie di fattori evidenti.

<sup>3</sup> E. GALLI DELLA LOGGIA e A. SCHIAVONE, *Pensare l'Italia*, Torino, 2011, p.71 ed ivi E. GALLI DELLA LOGGIA, che si esprime così: “in questa funzione conservatrice, gli intellettuali letterati sono stati sicuramente eguagliati, anzi sopravanzati da un altro ceto intellettuale, quello dei giuristi, e in particolare dei costituzionalisti. I costituzionalisti sono diventati una specie di vestali dell'esistente, e dunque carissimi in genere al ceto politico tradizionale



In passato la funzione distributiva aveva avuto come riferimento la stessa generazione. Adesso lo sviluppo del Welfare è condizionato da una logica molto diversa. Il valore ordinante della persona e i diritti sociali sono sottoposti a nuove sfide. Ci sono diritti che debbono essere garantiti comunque<sup>4</sup>, a prescindere da qualsiasi valutazione economica, ma ci sono diritti che fanno emergere un costo di opportunità che esige un nuovo equilibrio fra efficienza ed equità.

Gli economisti indicano alcuni segni.

Il criterio della misurazione del benessere non è solo il PIL, ma il concorso di altri parametri come la sanità, l'istruzione, i servizi, l'ambiente, le garanzie del lavoro. D'altra parte la garanzia dei diritti dipende dalla spesa pubblica finanziata da nuove entrate e da una crescita del Prodotto interno lordo. Da qui il problema di come garantire crescita e diritti<sup>5</sup>.

Le Istituzioni europee fissano l'obiettivo di uno sviluppo sostenibile basato su una crescita equilibrata e un' *economia sociale di mercato altamente competitiva*. Come si è osservato non si tratta di una formula vuota, ma di una clausola generale che deve essere tradotta in principi e regole operative con il concorso di tutte le scienze sociali<sup>6</sup>.

La Politica deve essere capace di dare un contenuto precettivo ad una formula debitrice di diversi modelli, dall'ordo-liberalismo tedesco, al liberalismo economico, alla Dottrina sociale della Chiesa<sup>7</sup>.

<sup>4</sup> v. Corte Cost., 16 dicembre 2011, n. 329 (rel. Grossi) che dichiara illegittimo l'art. 80, comma 19, L.23 dicembre 2000, n.388 nella parte in cui subordina al requisito della titolarità della carta di soggiorno la concessione ai minori extracomunitari, legalmente soggiornanti nel territorio dello Stato, dell'indennità di frequenza, la quale si iscrive nel novero delle provvidenze polifunzionali a favore di minori disabili in condizioni disagiate e si tratta, dunque "di uno strumento di ausilio e di assistenza a una categoria "debole" integrante un rimedio destinato a consentire il concreto soddisfacimento di "bisogni primari" inerenti alla sfera di tutela della persona umana, che è compito della Repubblica promuovere e salvaguardare"

<sup>5</sup> A. MUSTO, *Economia sociale di mercato e Trattato di Lisbona: sintesi critica di un seminario fiorentino*, in *Persona e mercato*, 2, p. 147 ss. (www.personaemercato.it) ed ivi le opinioni riferite di Mario Libertini e Alessandro Petretto.

<sup>6</sup> V. sul punto S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012; ID., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, in part. p. 227; ID., *Solidarietà e concorrenza: conflitto o concorso?*, in *Mercato conc.reg.*, 2004, 1, p. 75 ss.

<sup>7</sup> v. sul punto W. ROPKE, *Democrazia ed economia. L'umanesimo liberale nella civitas humana*. Con introduzione di S. COTELLESA, e prefazione dal titolo *Libertà e responsabilità: il paradigma di un nuovo progetto editoriale di L. Ornaghi e A. Quadro Curzio*, Il Mulino, 2004; AA.VV., *Luigi Einaudi: Libertà economica e coesione sociale*, a cura di A. Gigliobianco, con prefazione di M. Draghi, Roma-Bari, 2011; *Compendio di dottrina sociale della Chiesa*, 2004; e l'Enciclica di Benedetto XVI *Caritas in veritate*, 2009; su di essa di recente l'analisi di E. BERSELLI, *L'economia giusta*, Torino, Einaudi,

Sarà decisivo il ruolo dei Parlamenti nazionali e delle Istituzioni europee nel dettare e imporre linee nuove all'azione dei governi, ma sarà altrettanto decisivo il ruolo della giurisprudenza e della Scienza giuridica nell'attivare processi di consapevolezza e di sviluppo che non si è saputo, negli ultimi venti anni, promuovere o solo incentivare.

La coesione, insomma, si basa su una dimensione verticale di fiducia in Istituzioni capaci di assicurare eguaglianza ed equità nei rapporti sociali e su di un rinnovato rapporto di cittadinanza da ripensare con il contributo di tutte le scienze sociali, le quali indicano tutte un percorso.

## 2. Dimenticare e ricordare.

Da fonti molto diverse si traggono indicazioni forti.

La parabola evangelica (Matteo 13.44.52) parla di un padrone di casa che estrae dal suo patrimonio cose nuove e cose antiche e che è pronto a cedere tutto per conquistare un tesoro nascosto. Il Segretario fiorentino, in un lunga lettera, ricorda che "gli uomini hanno successo o meno se il loro ingegno e la loro fantasia, e quindi il loro modo di operare, si adatta alla natura dei tempi e delle cose"<sup>8</sup>.

I Grandi del novecento ci hanno insegnato che l'essere "è la temporalità storica entro cui l'uomo ha una posizione e un progetto", e ci mettono in guardia contro l'eccesso di storia che non si può subire, perché si deve costruire il proprio futuro dimenticando e ricordando insieme, come ogni essere vivente che ha bisogno di luce e di ombre<sup>9</sup>.

Ebbene che cosa dobbiamo dimenticare, quale cultura e quali concetti sono alla base delle difficoltà del presente, quale è (se esiste) il tesoro nascosto da ricercare? Quale natura delle cose occorre seguire per essere in sintonia con i tempi? Quale pietra preziosa può giustificare la rinuncia a molto di ciò che ci è più familiare?

Mi limito a cogliere qualche segno di questo percorso.

2010; da ultimo B. SORGE, *Introduzione alla dottrina sociale della Chiesa*, Queriniana, 2<sup>o</sup>ed, 2011.

<sup>8</sup> M. VIROLI, *Il sorriso di Niccolò. Storia di Machiavelli*, Roma-Bari, 1998, p. 93 ed ivi il riferimento alla lettera a Giovan Battista Sederini in *Opere*, a cura di F. Gaeta, Torino, 1984, vol. III, L. 241.

<sup>9</sup> V. da ultimo sulla costruzione di una identità e sul rapporto fra memoria ed oblio E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna, 2010, p. 57 e il richiamo a F. NIETZSCHE, *Sull'utilità e il danno della storia per la vita*, Milano, (rist.) 1991; ma v. anche P. ROSSI, *Il passato, la memoria, l'oblio. Otto saggi di storia delle idee*, Bologna, 1991.



Il rapporto Censis sulla situazione sociale del Paese nel 2011<sup>10</sup> fotografa una società fragile perché scossa dalla crisi finanziaria globale e dal debito pubblico, isolata nell'Unione europea, nelle alleanze occidentali, nei mutamenti nel Nord Africa, nelle strategie dei paesi emergenti dell'economia mondiale e eterodiretta dalle agende fissate a Bruxelles. Un paese che ha concentrato il potere decisionale in basso nei meccanismi spontanei del mercato e in alto "negli organismi apicali del potere finanziario", con un esito scontato senza un'inversione di rotta e di sviluppo che non può essere certo affidata ai poteri finanziari. "Perché lo sviluppo si fa con energie, mobilitazioni, convergenze collettive, quindi soltanto se si è in grado di fare governo politico della realtà".

Le risposte alla crisi sono state diverse e articolate fra una minoranza attiva e dinamica pronta alla sfida imprenditoriale, coloro che si sono rifugiati in un mondo chiuso e limitato più adatto ad una alta qualità della vita, un ceto medio impaurito dalla incombente vicinanza della povertà, una fascia marginale sconvolta.

L'uscita dalla crisi passa nell'analisi del Censis da due fattori su tutti.

Da un lato la ripresa di una linea evolutiva fortemente ancorata all'economia reale<sup>11</sup>.

Dall'altro, l'arricchimento dei rapporti sociali mediante più "articolazione e più relazione" nella gestione del Welfare pubblico, nelle relazioni umane ad ogni livello, nella "tenuta di tutti soggetti intermedi portatori di interessi o di istanze civili". Il tutto con il potenziamento di "nuove sedi e meccanismi di rappresentanza" dove si possa contribuire a vari livelli a riempire il vuoto lasciato dalla "polarizzazione fra il mercato e il soggettivismo etico ad esso connaturale e la verticalizzazione generata dalla finanza. Nuove forme, dunque, di rappresentanza, sociale e politica interpreti di una nuova etica pubblica e di un dinamismo sociale inedito.

Il dato statistico dell'analisi sociologica ha un segno positivo. Indica una "responsabilità collettiva pronta a entrare in gioco, come spesso è accaduto

nei passaggi chiave della nostra storia nazionale". C'è un'alta percentuale di italiani pronti a sacrificare la propria dimensione individuale, resiste il senso della famiglia, la tradizione religiosa, l'amore per il bello. C'è una chiara visione dei fini. Riduzione delle disuguaglianze economiche, moralità onestà e rispetto degli altri, sdegno per l'evasione fiscale.

### 3. Verità e giustizia: oltre il positivismo.

Le difficoltà del presente inducono dunque a percorrere molti sentieri. Occorre superare confini e steccati, essere capaci di apprendere e di riconoscere. I segni in tutte le scienze sociali sono evidenti.

Il pensiero filosofico, dopo il ripudio delle narrazioni e l'esaltazione della interpretazione, torna a interrogarsi sui fatti e su una verità non offuscata necessariamente da un'Autorità o da una questione di potere<sup>12</sup>, non fosse altro perché nell'epoca del postmoderno l'abbandono di ogni fondamento ha liberato la tecnica da ogni limite assoluto sino a rovesciare il rapporto con la politica e l'economia. E' apparso a molti, insomma, che il tramonto della verità è stato anche il tramonto della vera politica e della vera economia.

Ciò interessa anche il diritto dei privati.

La scarsa sensibilità alla teoria della giustizia ha precluso a molti di "attingere alle dee di un programma di ricerca che ha prodotto, negli ultimi cinquanta anni, una fertile ibridazione tra filosofia politica, teoria economica e diritto che ha dato e continua a dare risultati di grande rilievo"<sup>13</sup>.

A ben vedere le diffidenze nei confronti del tema è dovuto in gran parte alla perdurante fortuna del positivismo giuridico, in un momento storico, in cui tale metodo è del tutto inadatto a comprendere la realtà.

In un corso di lezioni del 1962<sup>14</sup> Bobbio ha fissato i caratteri fondamentali di quella teoria, la quale considera il diritto come fatto e non come valore; priva la *regula juris* di qualsiasi connotato valutativo; considera la legge fonte preminente e la norma un comando; si fonda sull'idea di coerenza e com-

<sup>10</sup> V. Censis, *Rapporto sulla situazione sociale del Paese*, Roma 2012, e i Comunicati stampa su [www.censis.it](http://www.censis.it)

<sup>11</sup> "La nostra crescita dell'ultimo mezzo secolo è stata il frutto di processi di sviluppo della soggettività individuale (iniziativa imprenditoriale di piccola e media dimensione, vitalità delle diverse realtà territoriali, coesione sociale, forza economica e finanziaria delle famiglie, diffusa patrimonializzazione immobiliare, radicamento sul territorio del sistema bancario, responsabile copertura pubblica e privata dei bisogni sociali); fattori ancora essenziali per superare la congiuntura negativa e il declinismo." "Potremo superare la crisi attuale se, accanto all'impegno di difesa dei nostri interessi internazionali, sapremo mettere in campo la nostra vitalità, rispettarne e valorizzarne le radici, capire le ulteriori direzioni di marcia".

<sup>12</sup> v. M. FERRARIS, *Manifesto del nuovo realismo*, Roma-Bari, 2012; H. PUTNAM, *Philosophy in an Age of Science*, a cura di M. De Caro e D. Macarthur, Cambridge, Mass, Harvard University Press; e il recente convegno svolto a Bonn il 26 e 27 marzo 2012 dal titolo *Prospects for a New Realism* in [www.new-realism.de](http://www.new-realism.de)

<sup>13</sup> v. il bel volume curato da M. RICCIARDI, *L'ideale di giustizia. Da John Rawls a oggi*, EGEA, Milano, 2010, p. VI ss.; ID., *Le molte virtù della giustizia*, in *Sole24ore*, 1.4.2012.

<sup>14</sup> N. BOBBIO, *Il Positivismo giuridico. Lezioni di Filosofia del diritto raccolte dal Dottor. Nello Morra*, Giappichelli Torino, 1963.

pletezza dell'ordinamento; professa un'idea meccanicistica dell'interpretazione. La conclusione è chiara.

Il positivismo può essere considerato come un certo modo di accostarsi allo studio del diritto, una certa teoria e una precisa ideologia del diritto.

D'altra parte sin dalla metà degli anni sessanta Dworkin<sup>15</sup> ha ammonito che il positivismo non è il metodo più adatto per comunità giuridiche complesse. La risposta ai suoi critici dopo trenta anni è del tutto convincente. La derivazione del diritto dalla sola legge è un dogma perduto, mentre il tentativo di collegare ad una norma superiore o al consenso generale la giuridicità della regola è ancora più improponibile. Ciò perché si tenta di conservare il nome di positivismo ad una concezione del diritto che è estranea a quel metodo che è tuttora accolto da molta parte della dottrina.

Ne è prova il Dialogo, all'inizio del nuovo millennio, fra Irti, Severino e Mengoni<sup>16</sup>.

Irti e Severino avevano opinioni diverse sul ruolo della tecnica<sup>17</sup>. Il filosofo pensava ad essa come la potenza più forte, capace di dominare la storia dell'occidente. Irti affermava il primato del diritto che ha scopi e fini a differenza della prima. Entrambi erano d'accordo su di un punto. Il diritto coincide con la norma. Ha un valore procedurale e non di contenuto. Non è espressione del giusto o del vero.

Fra i due si inserì la voce forte di Luigi Mengoni per affermare diverse premesse di Teoria generale.

Nel suo saggio si rifiuta il positivismo radicale che esalta la sola legalità del procedimento, come recipiente capace di accogliere qualsiasi contenuto. Si distingue questa idea radicale dal positivismo di matrice Kantiana, discendente dalla Pandettistica tedesca e da Savigny, per un motivo chiaro. Nell'ottocento il "sistema operava con categorie logiche e neutre, ma in esse erano cristallizzati i valori del giusnaturalismo moderno" (della società borghese e cristiana) che per buona parte del secolo scorso hanno consentito un controllo di coerenza delle leggi con la razionalità e finalità ultima dell'ordinamento<sup>18</sup>.

Mengoni respinge entrambe le versioni. La prima perché l'indifferenza ai contenuti lascia solo l'uomo nel creare dal nulla il discrimine fra bene e male, fra giusto e ingiusto. La seconda perché il si-

stema positivo basato sui valori del tempo era compatibile con una società omogenea e concorde su un blocco di ideali incontrastati, ma non con una società pluralistica, dinamica e complessa come l'attuale<sup>19</sup>.

Per essa la sua risposta è una sola. Il sistema costituzionale che ha stabilizzato il punto di vista morale all'interno del diritto positivo, sicché i "principi morali incarnati nella forma dei diritti fondamentali appartengono al diritto e alla morale, ma sono soggetti ai modi, alle procedure e ai vincoli della argomentazione giuridica".

Ebbene dopo dieci anni dalla morte di Mengoni la dottrina è ancora spaccata a metà fra chi crede che il diritto abbia un fondamento oggettivo di valori e chi nega tutto ciò, affidandosi alle norme, alla volontà politica e alle ideologie.

L'impressione è che sia necessario una fase di riconoscimento delle ragioni reciproche al fine di tessere un legame che muova da alcuni dati condivisi e il tema della giustizia può offrire un terreno di dialogo se si eviti di rimuoverlo dalla dimensione giuridica e si tenti di tematizzarlo e utilizzarlo in una dimensione tecnica e non solo sapienziale.

#### 4. Giustizia e coesione sociale: un metodo di lavoro.

Negli ultimi dieci anni la letteratura sul tema è stata molto ampia, ma sono stati diversi il metodo, i risultati, l'individuazione del soggetto (legge o giudice) destinatario e protagonista dell'istanza di giustizia<sup>20</sup>.

Si è ribadita la scontata distinzione con l'idea di giustizia sociale caratterizzata da interventi di solidarietà che trascendono l'ambito delle operazioni negoziali. Si è insistito su di un intervento volto a riequilibrare posizioni individuali che per loro natura competono alla legge e non al giudice. Si è mostrato fastidio verso una valutazione che può solo rappresentare "il fine a cui tende il diritto" e dunque un "valore esterno al sistema giudiziario"<sup>21</sup>.

<sup>19</sup> L. MENGONI, op. cit., p. 6.

<sup>20</sup> V. per una brillante sintesi e ricostruzione V. SCALISI, *Giustizia contrattuale e rimedi: fondamento e limiti di un controverso principio*, in *Il contratto in trasformazione. Invalidità e inefficacia nella transizione al diritto europeo*, Milano, 2011, p. 337ss.; mi permetto di richiamare anche G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 21 ss.; ID., *Diritto dei contratti e "Costituzione europea"*. *Regole e Principi ordinanti*, Milano, 2005, p. 83 ss.; ID., *Diritto privato e ordinamento comunitario*, Milano, 2009, p. 223 ss.

<sup>21</sup> V. naturalmente le classiche opere di J. RAWLS, *Una teoria della giustizia*, a cura di S. Maffettone, Milano, Feltrinelli, 1982; ID., *Giustizia come equità. Una riformulazione*, a cura di E. Kelly, Milano, Feltrinelli, 2002; e da ultimo M.

<sup>15</sup> R. DWORKIN, *Il modello delle regole*, ora in *I diritti presi sul serio*, Nuova ed. Paolina, Bologna, 2010, p. 37 ss.; R. DWORKIN, *Trenta anni dopo*, in *La giustizia in toga*, Roma-Bari, 2010, p. 204 ss.

<sup>16</sup> N. IRTI, (a cura di), *Diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; L. Mengoni, *Diritto e tecnica*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2001, p.1 ss.

<sup>17</sup> v. il loro Dialogo su *Diritto e Tecnica*, in *Contr. impr.*, 2, 2001.

<sup>18</sup> L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, op. cit., p.5.





La diffidenza come si è accennato è dovuta alla perdurante fortuna del metodo positivo e dell'idea di una giustizia procedurale che si riconosce come unica possibile valutazione di competenza del giurista.

Un percorso diverso deve cominciare da qui.

Il perdurante giuspositivismo ha minato la credibilità sociale del giurista nell'immaginario collettivo, nei modelli letterari, nelle caricature dell'ottocento, sino alla recente bassa considerazione sociale delle professioni.

Il problema non è in una dimensione tecnica che non può non appartenere al giurista, impegnato nella funzione primaria di assicurare e garantire un ordine normativo.

La valutazione negativa inizia quando il formalismo esaurisce la forza del sapere di diritto in un'attività puramente tecnica e la riflessione sulla teoria della giustizia può essere uno degli statuti epistemologici per stimolare una consonanza su alcuni aspetti di metodo, muovendo da alcuni dati negativi e da un aspetto costruttivo<sup>22</sup>.

#### a) *Il passato da dimenticare.*

Il primo passo non può che essere il ripensamento del relativismo che ha aspetti positivi nel contrapporsi al dominio di assoluti e fanatismi, ma può condurre ad un'assenza di fondamento che induce a credere in qualsiasi cosa, dando prevalenza a una pluralità di interpretazioni fra le quali, senza un vaglio di verità, non può che prevalere quella del più forte. Certo la forza della verità va incanalata molto bene e il giurista non può rinunciare ad una sua competenza.

Un punto debole sta spesso nella aggettivazione del termine che sposta sul sostantivo l'essenza della riflessione, sicché si demanda alla politica ciò che attiene all'equità sociale, alla morale ciò che attiene alla dottrina della Chiesa, all'economia ciò che attiene al funzionamento del mercato, riducendo il ruolo del giurista alla sola giustizia procedurale secondo l'icona dell'equazione fra *contractuel* e *juste*. C'è un limite evidente in tale ragionamento.

RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. V ss.; e fra i moltissimi riferimenti S. MAFFETTONE e S. VECA (a cura di) *L'idea di Giustizia da Platone a Rawls*, 3° ed., Roma-Bari, 2001; P. PRODI, *Una storia della giustizia. Dal pluralismo dei fori al moderno dualismo tra coscienza e diritto*, Bologna, 2000; A. PROSPERI, *Giustizia bendata. Percorsi storici di un'immagine*, Einaudi, Torino, 2008; G.A. COHEN, *Rescuing & Equality*, Harvard University Press, Cambridge, 2009; C. DE PASCALE, *Giustizia*, Il Mulino, Bologna, 2010.

<sup>22</sup> Traggo spunti dalla relazione di F. D'AGOSTINO, *Le nuove dimensioni della giustizia*, al Convegno dell'UGCI svolto a Firenze il 21 aprile 2012 dal titolo La giustizia come valore giuridico fondamentale, ed ivi anche la relazione di P. CAPPELLINI, *la giustizia come valore giuridico fondamentale nella storia del diritto*.

E' compito del diritto garantire l'ordine dell'azione formalizzando e oggettivando i vari tipi di soggetti e di attività (creditore, debitore, coniuge, lavoratore, consumatore). Il problema inizia quando dal dato costruttivo si escludono del tutto aspetti oggettivi. Quando il diritto perde la capacità di ascoltare la natura delle cose<sup>23</sup>. Ciò è evidente per i diritti.

E' corretto qualificare le situazioni soggettive in modo procedurale ma non è sufficiente. La procedura giuridica non può non avere un aggancio fuori di sé, ai valori costituzionali o ancor più al fondamento antropologico che rende visibile e riconoscibile quel fondamento, a prescindere da presupposti fideistici. Nella storia dell'umanità il riconoscimento della Persona, contro le sue negazioni tragiche, la difesa dell'eguaglianza, la fraternità e le relazioni, in cui il singolo si inverte, sono dati oggettivi che appartengono all'Umanità, in una dimensione giuridica scandita da Dichiarazioni Universali<sup>24</sup>. I giuristi non possono abdicare alla loro missione che tramanda e garantisce queste conquiste.

Certo ciò separa da sempre chi riconosce la presenza di una giustizia sostanziale da chi, e sono molti di più, respinge tale idea aderendo ad un'idea solo procedurale.

Si può osservare al riguardo che la stessa teoria di Rawls si svolge in una dimensione procedurale della giustizia, ma cerca di tener conto di una serie di interazioni che riguardano aspetti sostanziali<sup>25</sup>. Alla base c'è la convinzione che non si debba partire da casi individuali, ma da una dimensione istituzionale che può prevenire o regolare la ingiustizia. Ciò mediante l'elaborazione di principi che indirizzino l'azione dei poteri pubblici per garantire un equilibrio collettivo.

La tensione verso quello obiettivo è molto antica. I pensatori greci e romani utilizzano la metafora della gara sportiva necessariamente dotata di regole di cooperazione per il corretto svolgimento. I pensatori illuministi teorizzano una mano invisibile e una società ben governata da regole di *fairness* formulate da uno spettatore imparziale della gara o della competizione che non essendo parte può valutare in modo obiettivo ciò che accade e suggerire in modo imparziale il modo migliore di comportarsi. Rawls muove da qui. Supera l'idea di un ricorso ad soggetto terzo che può portare a perdere la pluralità dei punti di vista e dunque una visione collettiva e

<sup>23</sup> F. D'AGOSTINO, op. cit.

<sup>24</sup> G. VETTORI, *Diritto dei contratti e "Costituzione europea"*, op. cit., p. 52 e ss. e sul valore antropologico dei diritti ID., *La struttura antropologica dei diritti fondamentali*, in *Itinerari per il III millennio*, Bardi editore, Roma, 2004, p. 324.

<sup>25</sup> M. RICCIARDI, *L'ideale di giustizia*, op. cit., p. X ss.

teorizza un contratto sociale costruito in modo astratto ma con punti fermi ben precisi.

Secondo tale teoria, la più meditata e discussa del novecento, le parti che dovessero accordarsi sui principi di giustizia agendo sotto un velo di ignoranza che occulta informazioni particolari sui destinatari, concorderebbero su alcuni elementi essenziali. La necessità di garantire una libertà compatibile con quella degli altri. La presenza di eccezioni giustificate e di alcune ineguaglianze inevitabili, tollerate solo se la diversità sia giustificata da un vantaggio collettivo, si associ ad un regime accessibile con un'equa competizione, sia tale da migliorare le condizioni di chi è più svantaggiato.

In tal modo si coniugano aspetti procedurali e sostanziali ponendo le basi di un corretto funzionamento del mercato concorrenziale in particolare, ma con spunti significativi per la stessa teoria del contratto, delle obbligazioni, e dei rimedi per l'atto e per il rapporto<sup>26</sup>.

b) *Ricordare e dimenticare.*

Il dato costruttivo inizia dalla osservazione del presente.

Il civilista è oggi stretto fra la ricerca di *un'identità perduta* con il tramonto degli strumenti di analisi del reale costruiti dalla modernità (assolutismo, codice, fonti certe), *il confronto con la politica e l'economia* sempre più stretto, *la riscoperta o il rifiuto dei valori*.

E' impossibile un ritorno al passato. La complessità del presente rende inattuale il ritorno all'osservazione e semplificazione di una forma costruita da un ordine stabile ove codice e sistema coincidono. D'altra parte il disordine delle fonti, scandito da una serie di eventi precisi, non giustifica né legittima una forma di nichilismo giuridico non fosse altro perché l'intreccio fa fatti e valori nato con il costituzionalismo del novecento si è consolidato nei Trattati e nell'opera delle Corti Supreme che traducono il diritto vivente in "diritto formale e ufficiale".

D'altra parte è lucida ma discutibile l'idea che il diritto e la politica, accerchiate dalla tenaglia della tecno-economia e delle fedi religiose, debbano abbandonare queste pretese di verità e rivalutare le ideologia<sup>27</sup>. Ciò è fondato sulla convinzione che la lotta politica faccia emergere visioni della vita e forme di pensiero, frutto del prevalere nello scontro politico e non condizionate da fondamenti assoluti (storia, natura, assoluto, sacralità). Ma a ben vedere

<sup>26</sup> Per una critica forte al costruttivismo nella teoria della giustizia v. di recente l'ampia analisi di G.A. COHEN, *Rescuing & Equality*, op. cit.

<sup>27</sup> N. IRTI, *La tenaglia*, Roma-Bari, 2008.

non è così perché il legame fra valori e ideologia è strettissimo.

Non si può demonizzare gli uni e osannare l'altra. Il valore è un vettore di ideologia.

Se l'uno conduce al "fondamentalismo, al fanatismo e al terrorismo della virtù"<sup>28</sup> Se il pensare per valori "consente di ripagare il male con il male, trasformando la nostra terra in un inferno, e l'inferno in un paradiso di valori", il rimedio non è l'ideologia che sui valori si fonda ma casomai quello *jus publicum* a cui lo stesso Schmitt si affida "per la sua capacità di contenere e neutralizzare le conflittualità, contro la tendenza a discriminare il nemico"<sup>29</sup>.

Sono convinto insomma che la dimensione del civilista sia la contemporaneità<sup>30</sup> e ciò comporta anzitutto la necessità di "adeguare le proprie categorie concettuali - sistematiche all'evoluzione normativa della società", "abbandonare una mentalità vecchia e strumenti invecchiati", diffidare dell'astrazione, partendo dalle cose e dai fatti.

Ciò non significa abbracciare "un'arcana impenetrabile sapienza quotidiana"<sup>31</sup>, o abbandonare la ineliminabile fatica del concetto. Significa solo che la diffidenza verso l'apertura delle categorie giuridiche al dialogo con le altre scienze sociali e i dubbi di legittimità sull'uso dei principi e delle clausole generali da parte delle Corti e della dottrina non sono oggi giustificati. Essi sono solo frutto del pregiudizio illuminista che sia riservato solo al potere legislativo e politico l'espressione della volontà generale e negato al diritto civile nelle sue articolazioni la funzione ordinante che ci ha insegnato il diritto romano e medievale in passato e ci ricorda ora la *common law*<sup>32</sup>.

In questo contesto il richiamo alla Teoria della giustizia, ai principi e alle clausole generali ha un intento preciso. Sollecitare un problema di ripensamento e adeguamento dei rimedi coniugando eguaglianza e singolarità, con uno sforzo di aggiustamento che è connaturale ad ogni idea sana di giustizia che deve spingersi sempre alla ricerca di "ancora

<sup>28</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, ed a cura di Volpi, Adelphi, Milano, 2008, p. 94 ss.

<sup>29</sup> C. SCHMITT, *La tirannia dei valori*, Introduzione di F. Volpi, op. cit., p. 15 ss.

<sup>30</sup> Debbo non solo questo all'insegnamento 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.

<sup>31</sup> M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, Bologna, 2008, p. 175.

<sup>32</sup> P. GROSSI, *Introduzione al Novecento giuridico*, Roma-Bari, p. 95 ss.



di più e ancora oltre” nell’attribuire a ciascuno quanto è dovuto<sup>33</sup>.

Ciò con gli strumenti consueti del giurista. Senza eludere i temi forti della cultura della complessità,<sup>34</sup> ma ponendosi in dialogo con altri saperi e con la giurisprudenza nazionale e comunitaria che esalta l’efficienza di un’attività ermeneutica che sappia muoversi fra Costituzione e ordinamento comunitario, legge generale e speciale, principi e clausole generali per fissare la rilevanza di interessi e bisogni nuovi e per creare di rimedi efficienti e adatti ai tempi.

Tutto questo conduce ad una sola consapevolezza .

Si dovrà osservare i fatti e la realtà sociale, ricordare e dimenticare, decostruire le categorie del passato, ordinando anomalie e rimedi secondo ciò che indica il respiro sempre nuovo del mondo.

Solo questo metodo ci consentirà di selezionare le cose antiche da conservare e le cose nuove che giustificano la rinuncia a molto di ciò che ci è stato a lungo familiare. Solo così potremo dare un segnale forte alle nuove generazioni per costruire il loro mondo.

Certo il nostro compito di studiosi e operatori deve avere un orizzonte definito. Nel nostro incontro dovremo cercare di comprendere il presente per cogliere i segni che inducono a ripensare e fissare alcuni aspetti del contenuto delle situazioni soggettive e della proprietà, del contratto e della responsabilità, seguendo un progetto di ricerca, finanziato dal Ministero , che coinvolge otto Università di ogni parte d’Italia.

Ciò senza pensare a conclusioni, impegnative e spesso improponibili, ma con lo spirito del viaggio e con la ragionevole speranza e fiducia nel futuro.

<sup>33</sup> J-L. NANCY, *Il giusto e l’ingiusto*, Feltrinelli, Milano, 2007, p. 28 ss.

<sup>34</sup> G. BOCCHI e M. CERUTI, *La sfida della complessità*, Milano, 1985; A. FALZEA, in *Enc. dir.*, Annali, Milano, 2007, p. 201 ss., e da ultimo: E. MORIN, *La via. Per l’avvenire dell’umanità*, Cortina Editore, 2012.

