

Pietro Rescigno

*Conclusioni: il pensiero di Betti e la prospettiva costituzionale*

Questo densissimo e interessante seminario che ci ha visti impegnati nell'ascolto ha indubbiamente costituito per tutti noi un arricchimento. Ci ha proposto il tema della «funzione sociale nel diritto privato» legandolo, anzitutto, al nome di Betti. A quel nome s'intitola l'Istituto che ha organizzato quest'incontro e che già in precedenza aveva promosso una riflessione sui rapporti tra il fascismo delle origini e il ceto dei giuristi, individuando figure e momenti della nostra storia civile oltre che quella del pensiero giuridico. Oggi, tra l'altro, abbiamo anche potuto assistere a una presentazione degli atti di quel precedente convegno.

La riflessione sui rapporti tra i giuristi e i 'regimi' politici, in particolare quello sperimentato e sofferto nella nostra esperienza nazionale, è ancora aperta. E possiamo constatare che ci sono momenti di questa riflessione assai interessanti che forse il passare del tempo potrebbe rendere più spregiudicata e più spedita. Va dunque a merito dell'Istituto l'aver suscitato l'ulteriore meditazione intorno a questo tema che certamente è legato a Emilio Betti (anche se penso che l'idea di riflettere su quell'aspetto della nostra cultura non sia strettamente legato alla intitolazione allo stesso Betti). Betti è certamente anche un personaggio al quale guardiamo per ripercorrere il cammino della scienza giuridica sotto l'aspetto della elaborazione tecnica e del continuo confronto con il pensiero di Paesi vicini così importante nella formazione e nello sviluppo della cultura giuridica. Ma, ecco, nell'intitolare l'Istituto al nome di Betti si è forse tenuta presente anche la vicenda che ha riguardato questo giurista nella sua collocazione – ove il giurista di oggi la ritenga utile – nelle categorie del politico e nella nostra specifica esperienza storica.

Betti era, probabilmente per natura, un uomo 'contro tutti'. Era polemico nei confronti del potere, del sistema. E lo è stato anche durante quel periodo della nostra storia. La lettura delle sue reazioni di fronte

alle iniziative culturali del regime del tempo dimostrano come egli non condividesse la politica culturale del fascismo. La sua critica – come ci è stato mostrato – giungeva fino al punto di incorrere in misure disciplinari nell’ambito di quel sistema. Leggere le *Notazioni autobiografiche* come gli epistolari di Betti è importante. Siamo debitori ad amici storici e giuristi – Massimo Brutti tra questi –, per aver riportato alla luce questo materiale che altrimenti, come spesso accade per questa produzione minore che accompagna la nostra vita, sarebbero molto probabilmente rimasti ignoti alla conoscenza dei più.

Potrei aggiungere che, almeno per ciò che riguarda l’area civilistica, lo stesso Betti studioso del diritto privato è forse oggi meno presente di quanto il suo impegno e le opere che ha lasciato come testimonianza, come eredità culturale, meriterebbero. Vi sono, in effetti, alcuni spunti del pensiero di Betti che sono anche alla base della nostra considerazione in questa giornata anche se, probabilmente, non costituiscono tuttavia il legato più importante della sua incredibile attività di ricerca, di studio, di elaborazione del pensiero.

Si può cominciare appunto da questa formula della ‘funzione sociale’ che è certamente presente nel pensiero di Betti, come è emerso nel nostro incontro. Anche se il programma prevedeva – e si è poi svolto nel segno di – una maggiore libertà rispetto alla semplice presenza della formula della ‘funzione sociale’ in campi specifici del pensiero di Betti.

Pensare a Betti e alla ‘funzione sociale’ evoca immediatamente il tema della causa del contratto e quello dell’autonomia negoziale. Un tema – quest’ultimo – nel quale è forse meno evidente la connessione con l’idea di un diritto a formazione sociale, ma che poi trova nella valutazione, nell’accoglimento del legislatore un suo perfezionamento o perlomeno una sua penetrazione nel corpo della società e poi nel corpo delle leggi positive che condizionano la stessa vita sociale come pure l’attività del giurista. Anche il discorso sulle forme atipiche dell’autonomia negoziale è dunque dominato da quest’idea di un criterio di socialità, inteso come criterio valutativo e di giudizio sull’ammissibilità di questo esercizio dell’autonomia fuori degli schemi legali. Voglio dire, insomma, che il tema è centrale non solo per il Betti che studia la funzione economico-sociale con cui definisce la causa e con cui si impegna in un complesso lavoro scientifico.

La funzione sociale ha invece implicazioni ed effetti rilevanti anche in un’esperienza concreta come quella che viviamo oggi, assistendo, per esempio, ai progetti e ai (sinora) vani tentativi di costruire un codice europeo delle obbligazioni e dei contratti. Giuristi certamente impegnati e seri come i nostri connazionali che stanno contribuendo a questo progetto

ci avvertono, in effetti, di come il tema della causa trovi, in definitiva, un'attenzione e una rilevanza pratica nella disciplina dei contratti e della vita concreta estremamente ridotti se non addirittura inesistenti. È questa un'indicazione da tener presente. Essa ci invita a rimuovere concetti nei quali ci siamo formati e consolidati, che riguardano non solo la causa del nostro pensiero giuridico e quindi – ripeto – della nostra educazione, ma anche la *consideration* del mondo giuridico di lingua inglese. Se ne ricava di contro un'incentivazione a impegnarsi nel definire piuttosto quelle motivazioni individuali che poi assurgono, nella considerazione del legislatore, a un ruolo così determinante da trasformare in tipo legale un evento della realtà, dei traffici, che appunto ne rivela l'esistenza e la complessa ulteriore formazione. Questo invita certamente a raccogliere nel pensiero di Betti quell'attenzione verso la formazione degli schemi di cui poi vive e si arricchisce la vita sociale attraverso questa formalizzazione che, sulla base della realtà economica e attraverso una selezione dei fenomeni sociali, compie il legislatore.

Restano centrali – ricchi come sono di implicazioni e suggestioni – i temi della 'funzione economica e sociale' e della 'atipicità' e dei limiti entro cui ciò che non è riconducibile al 'diritto legale' mantiene tuttavia ugualmente diritto di cittadinanza nell'ordinamento giuridico. Il fenomeno rimane non estraneo alla produzione di quei vincoli, di quella forza di legge che lo stesso legislatore attribuisce al contratto elevandolo alla dignità delle fonti di produzione giuridica. Parlare di 'interessi meritevoli di tutela' significa indicare un criterio di valutazione sociale, significa attribuire una particolare attenzione a questo aggettivo al quale abbiamo dedicato la giornata odierna. La qualificazione di 'sociale' merita sempre uno speciale riguardo, anche se, forse, conviene ribadire com'essa appaia caratterizzata da una pluralità di significati: sicché, in definitiva, spesso si colora di ambiguità. E ciò accade anche quando il legislatore, al massimo grado di autorità e di forza del suo comando, impieghi quell'aggettivo per qualificare gli aspetti della vita non solo sociale in senso stretto – e quindi del popolo per cui poi il sistema di comandi viene formulato – ma, assieme, anche della vita economica e politica. Nella nostra Costituzione spesso ricorrono questi tre termini – sociale, economico e politico – ora riferiti al sistema generale delle libertà, ora riferiti alla solidarietà intesa come criterio ancora una volta di selezione in base alla 'meritevolezza' degli interessi.

In definitiva, anche con riguardo all'atipicità, siamo invitati a considerare nella giusta luce l'esigenza di questa approvazione che poi diventa l'approvazione del sistema legale sulla base di una rispondenza ad una positiva valutazione che ne ha compiuto l'ambiente sociale.

Credo che nel pensiero e nell'opera di Betti questi profili siano presenti in maniera da meritare una particolare attenzione. A cominciare dall'esaltazione, che pure è stata oggi ricordata, della 'cooperazione' che sta alla base dei rapporti e quindi dello stesso fenomeno obbligatorio. Quest'ultimo, ancorché situazione di potere e dovere, si pone però in termini di esigenza collaborativa, di cooperazione. È questa una immagine del diritto che forse soddisfa la nostra aspirazione verso un sistema di rispondenza del diritto e degli strumenti con cui il diritto viene applicato ed usato. Ne traiamo, in altre parole, una sorta di appagamento del bisogno di vedere nel sistema il progressivo evolversi verso una formulazione delle norme giuridiche, e quindi di scelta e poi di soluzione dei conflitti concreti, nel segno non già di un'attenzione esclusiva ai bisogni e agli interessi individuali, ma estesa all'ambiente sociale visto nella sua complessità.

Queste mie considerazioni, che sono piuttosto nel senso del dubbio, non vogliono negare l'importanza e la centralità di quest'impegno: il discutere della funzione sociale del diritto è un'antica 'missione' che hanno il diritto e la riflessione dei giuristi. Questa *Aufgabe* risiede, oltre che nell'ordinamento giuridico, anche nella funzione che assolve il commentatore che certamente contribuisce al formarsi dell'esperienza giuridica almeno con pari dignità degli altri fattori che concorrono alla produzione del diritto.

Si deve poi aggiungere qualche parola sulla prospettiva costituzionale. La cortesia dell'amico Salvatore Patti oggi ha voluto insistere nel sottolineare una presenza e un ruolo che certamente io non ho esercitato nella misura che la sua benevolenza ha voluto sottolineare. Mi sentirei di dire – oggi che vediamo il testo della nostra Costituzione sottoposto ad operazioni che lo snaturano senza nessun rispetto delle ragioni, delle formule e degli imperativi che stavano dietro la stesura di questo testo – che parlare della prospettiva costituzionale oggi significa esprimere speranze, formulare auspici e aspettative. Speranze, auspici e aspettative che rimangono tuttavia avvolti nell'incertezza e la cui realizzazione appare, perlomeno a molti di noi, prospettabile con un grado davvero minimo di probabilità. Semmai, parlare di prospettiva costituzionale può piuttosto significare cogliere l'opportunità di raccogliere gli stimoli, le suggestioni che erano all'origine del testo costituzionale e che uno svuotamento radicale del sistema rende ancora più lontani, ancora più improbabili sebbene tuttora meritevoli di considerazione.

Dovendo discorrere di prospettiva costituzionale, quindi, credo che più d'uno studioso della generazione cui appartengo sarebbe tentato di farlo riguardando al quadro costituzionale disegnato allora da quell'assemblea che certamente costituì – sia pure attraverso scelte necessariamente

compromissorie – un momento di effettiva rappresentatività in un'Italia restituita alle libertà dopo un lungo periodo di regime autoritario. Io credo che molte norme contenute nella Costituzione soffrano di quello spirito compromissorio che ne ha accompagnato la formazione. E tuttavia esse costituivano allora la base per un cammino di progresso e per molti decenni hanno dato alimento, fondamento, a interventi settoriali rispettosi dello spirito della Costituzione. Pensiamo allo Statuto dei lavoratori e al processo del lavoro che forse ha rappresentato anch'esso il momento di rottura di certi schemi. Può darsi che, come spesso avviene nel nostro paese, le applicazioni pratiche non siano state all'altezza dei propositi e che si siano rivelate molto meno efficienti di quanto si volesse.

Ho così evocato un altro dei principi fondamentali che facilmente riportiamo alla 'funzione sociale'. Spesso, infatti, vediamo realizzata una funzione sociale anche nel senso di un'effettività di tutele, di una efficienza del sistema costruito al fine della realizzazione di certe attese le quali abbiamo consegnate a testi di particolare autorità e dignità come sono i testi costituzionali. Pensiamo alla vicenda dei contratti agrari. Vi è, in effetti, una storia giuridico-costituzionale che si è riusciti a realizzare nel nostro Paese proprio sciogliendo certi dubbi che parevano ostacolare l'imbocco di una direzione precisa. Pensiamo ancora alle norme sulla famiglia: alla eguaglianza tra i coniugi corretta dall'unità familiare, alla tutela dei figli nati fuori dal matrimonio, anch'essa temperata dal rispetto dei diritti della famiglia legittima. Ed ecco che la scelta viene rimessa al legislatore ordinario, nel senso di un'attesa, poi storicamente verificatasi, del maturare dell'una o dell'altra esigenza. Vediamo allora come l'aggettivo 'sociale' debba essere storicizzato e, ripercorrendo una specifica esperienza giuridico-costituzionale, valutato anche nel senso della rispondenza o invece della difformità di certe soluzioni di fronte al maturare della società generale rispetto alla previsione originaria della norma costituzionale.

Parlare oggi della prospettiva costituzionale può allora significare due cose. Può esprimere un'attesa verso ulteriori svolgimenti della Carta costituzionale e verso la realizzazione di ulteriori traguardi in essa rinvenibili – attesa che però mi pare difficile da giustificare, osservando l'operare di coloro che attualmente manipolano la vecchia Costituzione – o, viceversa, può significare il tornare a considerare il disegno costituzionale, segnando le tappe già percorse e interrogandosi su alcuni momenti di questa attività che ci hanno consegnato una realtà in cui le luci (i traguardi raggiunti) si alternano alle ombre (ciò che ancora rimane da fare o andrebbe piuttosto rifatto nel rispetto dello spirito democratico espresso in quel testo che si avvia ormai a compiere settant'anni). In questa seconda accezione, considerare la prospettiva

costituzionale significherà quindi rileggere la storia degli ultimi decenni – e anche questa attività di ‘rilettura’ è di importanza fondamentale per il giurista – registrando moti ed esiti diversi a seconda delle materie.

Gli interventi che si sono oggi succeduti hanno richiamato la nostra attenzione anche sul fatto che funzione sociale è formula che, nei vari settori in cui si articola il diritto, viene intesa appunto con significato variabile. In certi ambiti essa assume il senso di scelte che abbiano a privilegiare le ragioni di tutti o le ragioni dei più (e anche questo è un discorso che andrebbe approfondito). In altri settori, viceversa, essa è intesa nel senso di premiare in particolare le tutele individuali. Anche questa è, in effetti, un’esigenza presente nella stessa norma costituzionale, in particolare, lì dove si fa riferimento alle formazioni sociali e però, soprattutto, nell’intento di salvaguardare i diritti dei singoli nelle formazioni sociali.

A suo tempo, mentre mi interrogavo e cercavo di dare qualche principio di risposta al tema della funzione sociale applicato alla proprietà, riflettevo sul disegno della Costituzione. Mi parve allora di poter indicare nella norma sulle formazioni sociali forse proprio la norma in cui l’aggettivo ‘sociale’, così omnicomprensivo e generico, finiva con l’acquistare invece un significato più concreto. E ciò proprio nello sforzo dei Costituenti di rinnegare una concezione tutta statalistica dell’ordinamento e di riconoscere invece all’autonomia delle varie formazioni sociali l’attitudine a produrre un proprio diritto, a regolare le loro vite attraverso un proprio ordine, superando quella concezione organicistica delle funzioni sociali che inizialmente li aveva indotti a fermare la loro attenzione soltanto sulla famiglia, intesa appunto come società naturale. Una qualificazione, quest’ultima, che nella Costituzione ritorna a proposito dell’organizzazione professionale, la quale era invece un retaggio del corporativismo che a sua volta aveva cercato di colorare, appunto con l’idea di una società che superava il conflitto di classi, la stessa nozione di solidarietà.

Come sappiamo, dopo aver incontrato nell’elaborazione del Codice civile del 1942 resistenze e rifiuti, la formula della ‘funzione sociale’ è stata invece accolta positivamente nella Costituzione accanto a quella della ‘accessibilità a tutti’. Se ci fermiamo a considerare il tema della proprietà agraria, ci troviamo costretti ad interrogarci circa la stessa gerarchia o addirittura la prevalenza del motivo sociale rispetto all’altra finalità che incide invece sul regime della proprietà privata in genere. In effetti, relativamente alla proprietà agraria, possono facilmente venire a contrapporsi i due distinti profili della produttività dei fondi e della realizzazione di equi rapporti sociali. Quale tra queste due esigenze è quella che veramente risponde a una considerazione di interessi che superino la prospettiva del singolo, le sue ragioni, le sue aspettative?

Pensavo anche – e del resto il discorso è affiorato in una delle relazioni – che nella storia del pensiero giuridico, taluno fra i giuristi studiosi del sistema ha sostenuto che la ‘funzione sociale’ è da riconoscere piuttosto alle istituzioni, agli istituti. Come sapete anche la differenza tra istituti e istituzioni è stata sottolineata nel discorso del giurista particolarmente attento a questi problemi. La ‘funzione sociale’ sarebbe allora degli istituti nella loro complessità, mentre le ragioni attribuite ai singoli o alle collettività private costituirebbero realizzazioni di bisogni e di interessi individuali.

Ritengo che anche questo discorso – che non è rimasto estraneo alla nostra riflessione di oggi – meriti di essere segnalato come un utile punto di osservazione che sarà bene continuare a tenere presente. Quei giuristi che, nella nostra, forse approssimativa, classificazione dei movimenti di pensiero classifichiamo come giuristi che ragionano in termini solidaristici e, appunto, di cooperazione – e Betti certamente appartiene a questi, al di là delle posizioni assunte su singoli aspetti – sono indotti a riferire il concetto agli istituti nella loro complessità, quasi che le singole relazioni possano invece rimanere affidate a un gioco di prevalenza e di sottomissione, di favore e di condizione di debolezza. Il discorso sulla ‘funzione sociale’ rimane legato, in breve, a quella disuguaglianza ‘di fatto’ che la norma costituzionale impone di rimuovere e impone di rimuovere non solo attraverso l’attività del legislatore futuro (da quello attuale – come ho già accennato – non ci si può attendere molto), ma anche come impegno del giudice. Da qui la critica al legislatore contemporaneo che utilizza sovente le clausole generali, e il monito, rivolto al giudice, a farne un uso sorvegliato e restrittivo.

Ecco, mi pare che tutti questi aspetti del tema siano emersi negli interventi che abbiamo ascoltato durante questa intensa giornata. Essi sono stati affrontati e analizzati con una linearità e una intelligibilità che in queste poche considerazioni di chiusura non sono riuscito a restituire.

