

Luigi Rovelli

*Brevi cenni sui massimi sistemi:
cultura giuridica versus cultura economica*

SOMMARIO: 1. Brevi cenni sui massimi sistemi: cultura giuridica *versus* cultura economica.

1. *Brevi cenni sui massimi sistemi: cultura giuridica versus cultura economica*

Nicolò Lipari dedica l'ultimo capitolo del suo volume *“Il diritto civile tra legge e giudizio”* al rapporto fra “diritto e cultura”. Dà atto che per fenomeni storici (ivi ampiamente analizzati) “l'irriducibile realtà del diritto vivente nel momento stesso in cui si misura attraverso risultati interpretativi, inevitabilmente riconnette la regola della decisione non ad un testo ma ad un suo significato”, costituendo il testo solo il limite fra i significati possibili; e conseguentemente individua come passaggio essenziale del procedimento applicativo del diritto “giudizi, valutazioni, criteri che appartengono anche ad altri contesti culturali”. Nello stesso tempo rappresenta il pericolo che, se il diritto si riducesse (ed il rischio è avvertito) “a mera fruizione dei rapporti di forza, della dialettica mercantile, al limite dei sondaggi come modo di ancoraggio dei giudizi di valore”, l'esito della frantumazione sarebbe il “non diritto”, il prevalere delle “ragioni dell'opportunità e della convenienza” rese come criterio giuridico: in ultima analisi, probabilmente, il prevalere, nella gerarchia dei valori, del criterio dell'utile su quello del giusto. Non è questo l'esito che egli prefigura; ma, per scongiurarlo, si esige una rifondazione del ruolo del giurista. Un ruolo, a ben vedere, non difforme da quello che Guido Alpa, l'Autore della *“Cultura delle regole”*, nella sua finissima opera storica sulla dottrina civilistica italiana (e non solo italiana) ha individuato essere stato nelle capacità delle generazioni via via succedutesi dei giuristi delle epoche passate; quello talora di fornire le basi culturali per le grandi riforme dell'età della codificazione; e talora di riuscire nell'invarianza dei “testi” a governarne l'interpretazione per trarne i significati più congrui alla regolazione di pur mutevoli e pur mutati rapporti sociali.

Con formula riassuntiva, lo stesso Guido Alpa rileva che “assumendo

la storia del diritto in una accezione lata, si deve sottolineare che un conto sono i testi normativi, altro conto sono i percorsi della cultura giuridica che quei modelli è chiamata a redigere a interpretare ed applicare..... Alla circolarità dei modelli si accompagna la circolarità delle idee, ed entrambi i fattori debbono fare i conti con le realtà istituzionali, politiche, economiche e sociali”, vale a dire con il “contesto” storico.

E allora, sembra soggiungere Lipari alle riflessioni di Alpa, il ruolo del giurista cambia di prospettiva. Non si tratta più (o non si tratta soltanto) di assumere la centralità della legge intesa come insieme dei testi che i tecnici sono chiamati ad intendere e decodificare, ma semmai di comprendere ed accettare “la centralità dell’uomo di legge, il quale deve essere consapevole che il suo ruolo lo chiama ad una visuale a più ampio raggio capace di saldare i testi ai contesti. Il giurista deve essere capace di mettersi al timone, sapendoci stare”.

È certamente vero che dell’intreccio fra intelligenza dei contesti e logica, tra *esprit de finesse* ed *esprit géométrique*, chiave di sintesi tra la cultura umanistica e quella scientifica e della loro costante interazione si alimentano, nella teoria e nella prassi, i buoni studi di diritto e prende vita lo stesso “diritto vivente”. Meno sicuro è il riconoscimento da parte dell’opinione pubblica (anche la più qualificata) all’uomo di legge - in quanto tale - e dunque alla cultura (olistica o meno che sia) che egli esprime, di quella virtuosa centralità che le pagine di Lipari auspicano che egli posseda e mostri di possedere.

E questo richiama l’importanza crescente che, nella post modernità, ha assunto una cultura - quella economica - che, nell’ottica delle tre culture (scienze naturali, scienze sociali, discipline umanistiche) proposta da James Kagan, pare comprenderle tutte.

Ciò ci consente qualche riflessione sull’attuale stato di salute della cultura giuridica e della cultura economica.

Una antica maledizione cinese consiste nell’augurio di vivere in tempi “interessanti”! I tempi che ci sono dati non possono essere da noi evitati. Ci sono molti sintomi che ci mostrano come il tempo che viviamo sia un periodo “interessante”: un tempo di transizione in cui la mutazione coinvolge valori, convinzioni, certezze, equilibri profondamente radicati nella tradizione. Non si tratta di esprimere giudizi, né di formulare proposte. Si tratta soltanto di capire, di cercare di capire. Ciò non sembri riduttivo; semmai troppo ambizioso.

Il primo spunto origina dalla constatazione, in sé forse banale, del prevalere, nel mondo odierno, quanto meno nell’Italia di oggi del sapere

economico su quello giuridico; della maggiore credibilità della scienza economica su quella dei giuristi. Questo fenomeno è relativamente recente ma tende ad accentuarsi. Rammenta Tarello che, sul finire del settecento, studiosi di problemi giuridici metodologicamente innovatori introdussero elementi di pensiero economico nello studio di questioni giuridiche; e bastò tacciarli come “les économistes” per screditarne la rilevanza nel pensiero giuridico. Ad avviso di Tarello, questa espulsione dal campo contribuì ad impoverire gli studi di diritto rinforzando in essi tecniche argomentative (quali ad esempio: *adducere inconueniens non est resolvere argumentum*) già allora “tradizionali e retrivi”. Ma aggiunge che allora, ed ancora per lungo tempo, la configurazione disciplinare della giurisprudenza aveva “un rilievo assai maggiore nella determinazione delle strutture sociali e dei modi di esercizio del potere di quanto non avessero... le discipline che se ne distaccarono o se ne staccano (come l’economia, come la sociologia, come la sociologia del diritto.)”.

Certo oggi l’attenzione all’economia anche nel nostro Paese è più forte, quasi spasmodica man mano che si estende la consapevolezza che la “golden age” è alle nostre spalle e si diffonde il timore che, per dirla con Ungaretti “si va facendo la frattura fonda”.

La scienza economica, ancora al tempo di Adamo Smith, era una branca della filosofia morale non ancora separata dall’etica e nutrita di diritto. Lo stesso Adam Smith ha insegnato diritto e le sue “lezioni di Glasgow” sono un perfetto corso di “common law”. Codice napoleonico da un lato e la Pandettistica dall’altro per oltre un secolo hanno segnato nell’Europa continentale il tempo della prevalenza della dottrina giuridica sul sapere economico. Ma certamente a partire dalla prima metà del novecento il pensiero economico, già resosi autonomo dall’etica, indaga, con metodo scientifico sui meccanismi di creazione e di diffusione della ricchezza; elabora una scienza dell’ “utile” come distinto dal “giusto” e segna una subvalenza del secondo termine sul primo; si avvia a diventare la “regina” delle scienze sociali e si spinge ad estrarre le regole di comportamento, le regole giuridiche, secondo modelli di azione propri dell’uomo come *homo oeconomicus*. Ma vediamo le cose più da vicino.

Certo se, con Ronald Coase conveniamo che impresa e mercato formano congiuntamente la struttura istituzionale del sistema economico, essi, anche dalla teoria economica, non possono essere assunti come dati a sé stanti perché il terzo attore, quello che ne determina i ruoli, è costituito appunto dal diritto. Questo può assumere ed assume - diacronicamente, ma anche, come oggi avviene, sincronicamente - sia un ruolo promozionale

dei diritti dei *cives* sia, agendo su punti diversi della disciplina giuridica, la funzione di strumento per maggiori performances dell'economia (e si parla in tal caso di un "diritto per l'economia" tema magistralmente indagato da Pierluigi Ciocca).

Nella tradizionale dimensione statale dell'esercizio della sovranità, il punto di sintesi fra incentivazione allo sviluppo economico, diritti della persona e diritti sociali (o di seconda generazione) era affidato alla legge dello Stato e quindi a quelle scelte che le maggioranze politiche via via emerse andavano compiendo temperando "utile" e "giusto" secondo le gradazioni dell'uno e dell'altro storicamente determinate secondo i tempi e secondo i luoghi.

Tutto questo sta venendo meno; in parte è già "il passato". Ciò che fa difetto, oggi, è quello che Natalino Irti ha chiamato la "coestensione tra politica, diritto ed economia" quella coestensione che ha consentito al diritto - come precipitato di lungo periodo della politica - di governare i fenomeni economici.

L'attività economica oggi ha una estensione spaziale che sovrasta di gran lunga quella degli Stati. L'interconnessione planetaria (così l'enciclica *Charitas in veritate* definisce il fenomeno della globalizzazione) sconvolge a tal punto gli assetti del potere statale, che secondo Ulrich Beck, la minaccia verso di esso non deriva più dalle invasioni ma dalle "non invasioni" o peggio dalla "ritirata" degli investitori. Ed un economista come Fitoussi ha garbatamente notato che quello che per un paese è delocalizzazione con le sue drammatiche conseguenze, per un altro rappresenta un investimento estero fonte di occupazione e benessere, e realizza così la "Shumpeteriana" distruzione creativa .

L'iniziativa economica che l'articolo 41 della Costituzione vuole libera, ma non in contrasto con la dignità umana, per sua natura, produce poteri di direzione e di organizzazione degli uomini. Ma questi poteri si sono fatti oggi aspatiali e atopici e non si lasciano raggiungere dal diritto statale se non per brevi ed esili frammenti. Territorialità della regola e spazialità del regolato erano la garanzia dell'antica coestensione fra politica, diritto ed economia.

È definitiva l'attuale scissione? Una forma di "coestensione" è possibile solo sul piano sovranazionale ed in questa dimensione si sta sviluppo con grandi contraddizioni il percorso per sottoporre a condivise regole giuridiche gli attori dei mercati, specie di quelli finanziari . Il germe della contraddizione e dunque la difficoltà del risultato sta nell'ovvia considerazione che la reazione di ciascuna comunità statale porta a scegliere per sé la via cosiddetta "di concorrenza fra gli ordinamenti"; induce cioè gli

Stati verso un modo di essere del proprio ordinamento che sia “compiacente” agli investimenti di capitali. Il che produce anche effetti positivi assai importanti spingendo verso le liberalizzazioni, l’eliminazione degli sprechi e verso la modernizzazione di discipline obsolete (come per noi è avvenuto con la riforma delle società di capitali e delle procedure concorsuali). Ma, nello stesso tempo, “il diritto arretra” rispetto all’economia e lascia alle leggi dell’economia di stabilire quali sono i diritti compatibili con essa.

Al contempo, invece, nelle società si alimenta l’esigenza di uguaglianza e si genera una domanda di giustizia sempre più pervasiva. La sete di diritti individuali, sociali e collettivi origina da reali bisogni ed ha base giuridica sia nel costituzionalismo nazionale sia anche in fondamentali testi normativi soprannazionali come la Carta europea dei diritti dell’uomo e la Carta dei diritti (o carta di Nizza) incorporata con il trattato di Lisbona nel diritto dell’Unione Europea. Essa è sorretta anche da quello che Michel Foucault chiama “il carattere pastorale del potere” (che aspira, almeno in linea di principio a garantire a tutti alcuni beni considerati vitali e fortemente contesi); questa sete trova il suo sfogo nel ricorso sempre più diffuso ai tribunali come solo luogo in cui poter far valere pretese che non trovano altrimenti sedi di concreta realizzabilità.

Ciò che ogni cittadino, ma soprattutto l’operatore economico esigerebbe dal diritto, dalla “scienza giuridica” è una risposta in termini di certezza - la Weberiana calcolabilità - agli infiniti problemi che pone la dialettica dei rapporti individuali e sociali. E, in un certo senso, il principale prodotto dell’azienda - giustizia è dare questa risposta, che è la giurisprudenza stessa, il cosiddetto “diritto vivente”. Giurisprudenza che trova la sua unità nel suo vertice funzionale, la Corte di Cassazione, alla quale, quale giudice di diritto e di ultima istanza, si addice il ruolo istituzionale di nomofilachia. Strumento della certezza possibile, ma anche il solo mezzo per produrre (specie attraverso le Sezioni Unite in quanto risoltrici dei contrasti) le innovazioni mature e dare ad esse il valore di una svolta e dunque una portata culturale e pratica che finirebbe per disperdersi se esse si producessero in un’area di disordinata anomia. Ma il *bonum* della certezza è meno qualità dell’interprete che dell’ordinamento su cui esso opera. Sostiene Luigi Ferraioli che oggi assistiamo paradossalmente alla simultanea sconfitta di Creonte e di Antigone perché è in crisi la legalità positiva. Crisi per lui imputabile soprattutto a tre fattori: il primo dato dal declino della sovranità dello Stato e dunque del primato della legge; il secondo dall’inflazione legislativa seguita all’età della decodificazione infine dal “vistoso dissesto” del linguaggio legislativo. Nel labirinto normativo si perde il filo d’Arianna del pensiero sistematico; l’accresciuta rilevanza del

momento interpretativo su quello nomopoietico nella formazione del diritto ha consentito anche al nostro sistema di civil law di fruire dell'arricchimento dato dalla Law and economics.

Trovo però inesatto parlare di crisi generalizzata del modello tradizionale. La legislazione per fattispecie astratte di stampo codicistico copre ancora rilevanti aree della esperienza giuridica. Ma i tratti caratterizzanti del "nuovo" vanno nel senso del passaggio "dalla legge al diritto", non solo per il rilievo dei principi costituzionali comunitari, ma per il proliferare di clausole generali.

Ed è vero che "il fatto" che nella logica sillogistica tradizionale appariva semplificato e scarnificato, impoverito di tutte le sue singolarità pur di rendersi confrontabile con la fattispecie astratta, riprende, verso i principi, per intero la sua densità di linee e di carattere. Ed emerge in questo senso la formula che Paolo Grossi chiama della fattualità e quasi carnalità del diritto civile; che guadagna così nella aderenza al concreto fatto della vita, conosciuto nella sua interezza, ciò che perde in termini di formulabilità di una regola generale che individui una volta per tutte la fattispecie astratta rilevante.

Per altro verso, vero fenomeno parallelo di autopoiesis of law, si è formata una *lex mercatoria* che ha costruito e forgiato modelli contrattuali sfornati dalle law firms anglosassoni; strumenti che, non previsti dagli organi legislativi degli Stati, regolano in modo uniforme i mercati internazionali e alcuni di essi anche i mercati interni. Alcuni di questi modelli (sub-fornitura; franchising) hanno l'effetto di trasformare in rapporti di mercato fra imprenditori quelli che nella sostanza erano rapporti fra capitale e lavoro, potenziale fonte di conflitto; di qui anche l'emersione nell'ordinamento eurounitario del cosiddetto terzo contratto.

Ma, come ha osservato Francesco Galgano, la società civile così dinamica che crea geo-diritto, che si auto organizza e si studia di fare da sé, è a ben vedere, la *societas divitum*; mentre la *societas pauperum* continua a rivolgere "allo Stato" le proprie rivendicazioni e a reclamare "il diritto di avere diritti".

In sintesi: la crisi economica e finanziaria, producendo crescita delle disuguaglianze e ponendo a rischio lo Stato sociale (per il pericolo stesso di default dei debiti sovrani) mette in crisi il costituzionalismo stesso ed i suoi valori nel contesto della World economy; crea sfiducia verso i suoi stessi "interpreti" istituzionali per la limitatezza dei loro spazi di intervento nella concretizzazione in sede giudiziale dei cosiddetti "diritti sociali". Forse anche per questo non è affatto avvertita dall'opinione pubblica la "centralità dell'uomo di legge"; mentre è ben avvertita quella delle istituzioni finanziarie nazionali e internazionali pubbliche e private e dei suoi operatori.

Crisi del costituzionalismo e declino dello Stato-nazione sono le due facce della stessa medaglia; e se è utopistico e in verità poco ragionevole immaginare che si crei d'incanto una via d'uscita che restauri davvero il primato del diritto sull'economia, può e deve essere ricercata la via del confronto anche dialettico fra le due culture.

Un verso del poeta tedesco Hölderlin suona così: un dio è l'uomo quando sogna, un mendicante quando ragiona. Noi, che crediamo invece nella forza della ragione, pensiamo che sia possibile che sia un "sogno realizzabile" una via di uscita dalla crisi che sia una via di uscita umanistica che veda le ragioni dell'utile confrontarsi con quelle del giusto; che si interroghi non solo, come si deve, sul quanto produrre ed a quale costo, ma a quale fine.

